جـامعـــة النجاح الوطنية

كليـــة الدراســـات العليـــا

دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني: دراسة وصفيه تحليلية

إعداد

أحمد محمد أحمد الجبيهي

إشراف

د. رنا دوّاس.

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجه الماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين.

2024

دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني

إعداد

أحمد محمد أحمد الجبيهي

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ: 2024/8/14 وأجيزت:

د. رنا دواس	التوقيع
المشرف الرئيسي	
د. وليد عبيات	التوقيع
الممتحن الخارجي	
د. أمجد حسان	التوقيع
الممتحن الداخلي	

ب

الإهـــــــداء

إلى فلسطين الإسلام والعروبة..

إلى غزَّة وأهلها المرابطين..

إلى أرواح شهداء المسلمين في أقطاب الأرض..

إلى الأسرى، قناديل الحرية وحراس القضية...

إلى كل من طلب العلم يقصد به رفعة هذه الأمة..

إلى أبي وأمي اللذان ربياني صغيراً ودعماني في هذه المسيرة..

إلى أخواني واخواتي وأصدقائي وزملائي..

أهدي هذا العمل.

الشكر

أتقدّم بخالص الشّكر وجزيل العرفان إلى جامعة النجاح الوطنية، وإلى كليّة الدّراسات العليا في الجامعة ممثّلةً بعميدها وأساتذتها الأفاضل، وجميع العاملين فيها.

كما أتقدّم بجزيل الشّكر والعرفان إلى الدكتورة: رنا دواس المشرفة على هذه الرّسالة، لما قدَّمَته لي من جهد وافر وخيّر أعانني على إنجاز هذا العمل، وكما أتقدم بالشكر للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة؛ لما لهم من فضلٍ في إثرائها بملاحظاتهم وإرشاداتهم، التي من شأنها رفع جودة هذا العمل وإخراجه بالشَّكل الأمثل.

كما أتقدم بالشّكر والامتنان إلى كل مَنْ مدَّ لي يد العون والمساعدة بتزويدي بكافَّة المعلومات التي كانت ذات أهميّةٍ في إعداد هذه الدّراسة وخروجها بالشَّكل المطلوب. وإلى كل مَنْ قدم لي يد المساعدة طوال فترة دراستي إلى هذه اللحظة.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: أحمد محمد أحمد الجبيري

التوقيع:

التاريخ: ١٤/ آب/ ٢٠٢٤ ميلادية.

فهرس المحتويات

الإهــداء ..... ج

الشكر ..... د

الإقرار .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

فهرس المحتويات.....و

الملخص .....ط

المقدمة 1

أسباب اختيار الدراسة 3

أهمية الدراسة 4

إشكالية الدراسة 4

أهداف الدراسة 5

نطاق ومحددات الدراسة 6

خطة الدراسة 6

منهجية الدراسة 6

الدراسات السابقة 7

الفصل الأول: دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني السليم..... 10

المبحث الأول: مفهوم النص القانوني السليم وأقسامه 10

المطلب الأول: مفهوم النص القانوني السليم..... 10

الفرع الأول: التعريف بالنص القانوني لغةً واصطلاحاً 11

الفرع الثاني: سمات النص القانوني السليم 12

المطلب الثاني: أقسام النص القانوني السليم 16

الفرع الأول: مراتب النص القانوني الواضح (من حيث قوة الوضوح)..... 16

الفرع الثاني: أقسام الجملة القانونية من حيث قوتها الملزمة..... 31

المبحث الثاني: وسائل تفسير النص القانوني السليم..... 39
المطلب الأول: دلالة منطوق النص القانوني 42
الفرع الأول: دلالة عبارة النص..... 43
الفرع الثاني: دلالة إشارة النص..... 46
الفرع الثالث: دلالة الاقتضاء..... 49
المطلب الثاني: دلالة مفهوم النص القانوني 52
الفرع الأول: مفهوم الموافقة 52
الفرع الثاني: دلالة مفهوم المخالفة..... 56
الفصل الثاني: دور القاضي المدني في معالجة القصور التشريعي..... 64
المبحث الأول: دور القاضي المدني في تفسير النص التشريعي المعيب..... 65
المطلب الأول: دور القاضي المدني في معالجة العيوب الشكلية في التشريع 65
الفرع الأول: الخطأ والنقص..... 66
الفرع الثاني: التكرار في التشريع 72
المطلب الثاني: دور القاضي المدني في معالجة العيوب الموضوعية في التشريع..... 74
الفرع الأول: الغموض في النص القانوني 74
الفرع الثاني: التعارض بين النصوص التشريعية 82
المبحث الثاني: اجتهاد القاضي حال عدم وجود نص التشريعي 93
المطلب الأول: القياس..... 94
الفرع الأول: مفهوم القياس 95
الفرع الثاني: أركان القياس..... 97
المطلب الثاني: الاستعانة بالمصادر الأخرى للقاعدة القانونية..... 111
الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية..... 112
الفرع الثاني: العرف 116
الفرع الثالث: مبادئ العدالة والإنصاف 122
الفرع الرابع: السوابق القضائية..... 123

الخاتمة 126
المراجع العلمية 130
Abstract ..... b

دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني: دراسة وصفية تحليلية

إعداد

أحمد محمد أحمد الجبيهي

اشراف

د. رنا دواس

الملخص

تتلخص هذه الرسالة في تحديد دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني، من خلال بيان الوسائل والمكنات التي بوسع القاضي المدني استخدامها في تفسير نصوص القانون المدني والكشف عن فحواها ومراد المشرع منها، وذلك بغية وضع منهجية واضحة في تفسير النصوص في إطار العمل القضائي، فقد يواجه القاضي المدني –ولدى تعرضه للفصل في الدعوى– تحديات قد تجعل من مهمة إيجاد النص القانوني المناسب للواقعة المعروضة أمامه مهمة صعبة، لا سيما في ظل عدم وجود منهجية تشريعية في تفسير النصوص القانونية فضلاً عن تعدد مشارب التشريع المدني الفلسطيني وخلفياته التاريخية.

وعليه فقد قام الباحث بدراسة تلك التحديات التي قد تواجه القضاة في تطبيق النصوص المدنية، مثل تعارض النصوص القانونية أو غموضها، ومن ثم بيان كيفية التعامل مع تلك التحديات، مستهدياً بما أرساه فقهاء الشريعة الإسلامية من قواعد في تفسير النصوص الشرعية. وختم الباحث الدراسة بتحديد الوسائل التي يتعين اتباعها عند عدم وجود نص قانوني يحكم الحالة المعروضة على القاضي، وذلك من خلال القياس على التشريع والمصادر الأخرى مثل مبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، والسوابق القضائية، وقواعد العدالة والانصاف.

وتتجسد دوافع هذه الدراسة في إثراء السادة القضاة بمرجع يعتمدون عليه في تفسير النصوص القانونية في فروع القانون المدني. فلم تتضمن مؤلفات فقهاء القانون منهجية واضحة ومعمقة في استخلاص المعاني

من النصوص التشريعية أو منهجية واضحة لحل المشكلات الناشئة عن النصوص القانونية القاصرة. هذه الدراسة أيضًا ستثري المهتمين من دارسي القانون من خلال تزويدهم بوسائل تساعدهم على فهم النصوص القانونية وتقدير قوتها ومدى امكان تقديم كل منها على الآخر، لا مجرد تحصيل المعرفة بالنصوص القانونية.

وعلى ضوء ما سبق فقد تشكل هذه الدراسة مرجعا قانونياً هاماً يتناول على نحو مفصل وسائل تفسير النصوص القانونية بما في ذلك النصوص الواضحة وحل المشكلات الناجمة عن غموض النصوص المدنية أو تعارضها، وكذلك المناهج واجبة الاتباع عند خلو التشريع من حكم واقعة معينة.

كلمات مفتاحية: **القاضي المدني، النص القانوني، التشريع، القضاة.**

المقدمة

يقصد بتفسير النص: "استنتاج الحكم القانوني الذي رتبه ذلك النص تمهيداً لإنزاله على واقعة قانونية معينة أو على جزئية منه، وهو الوقوف على معنى النص القانوني ومضمونه وإيضاح غامضه وتفصيل مجمله"[1].

وتظهر الحاجة لتفسير النص القانوني الوضعي لمعرفة مقصد المشرع منه وللوصول إلى الحالة المثلى لتطبيقه إذ لا يمكن تطبيق النص إذا لم يُفهم مضمونه فالتفسير مرحلة سابقة على تطبيق النص، وقد ظهرت لهذا السبب وعلى مر التاريخ مدارس تتبنى مذاهب مختلفة لتفسير النص القانوني[2]. وفي هذا السياق فقد تأثر القانونيون بما أقره علماء أصول الفقه الإسلامي في طرق تفسير القاعدة الشرعية، وعليه، فإن عملية تفسير القاعدة القانونية تعتمد بشكل أساسي على ما حرره علماء أصول الفقه المسلمين من قواعد اعتمدوا عليها في تفسير النصوص الشرعية، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للغة العربية ودلالتها على المعاني وهو ما ينطبق على القاعدة القانونية باعتبارها مادة تشريعية.

والحقيقة أن بعض التشريعات العربية قد اعتمدت صراحة قواعد أصول الفقه الإسلامي، في تفسير القواعد القانونية المدنية وتعيين دلالاتها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 3 من القانوني المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 بقولها: " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي"[3].

وفضلاً عن ذلك فقد اوجد القانون (متمثلاً بالقواعد الأصولية الواردة في مجلة الاحكام العدلية) والفقه الوسائل التي تفيد في تفسير النصوص ومعالجتها، وذلك من خلال الأصوليات الواردة في مجلة الأحكام

---

[1] العبيدي، عواد: **تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص**. الطبعة الأولى. القاهرة–جمهورية مصر العربية. المركز العربي للنشر والتوزيع. (2019). ص38 .

[2] الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون–النظرية العامة للحق)**. الطبعة الثالثة عشر. عمان–المملكة الأردنية الهاشمية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. (2011). ص73، وورد في المرجع المذكور انه كان أول هذه المدارس مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص فهذا المذهب يرى بأنه ينبغي الكشف عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع فإذا لم يوجد نص لحالة معينة وجب البحث عن النية المفترضة للمشرع فيما يتعلق بهذه الحالة وقت التشريع ويعاب على هذه المدرسة أنها تؤدي إلى جمود القانون وعرقلة تطوره. ومن ثم ظهرت المدرسة التاريخية التي ترى بأن القانون لم يوجد إلا لخدمة المجتمع لذلك فإن هذه المدرسة تبحث عند التفسير على نية المشرع التي كان سيتجه إليها فيما لو أنه كان في الظروف المحيطة بالشخص الذي يتولى التفسير، وأخيراً ظهر المذهب العلمي الذي جاء به الفقيه (جيني) والذي دعا إلى البحث عن إرادة المشرع دون إهمال العوامل المتغيرة والتي تساهم في انشاء القاعدة القانونية.

[3] المادة الثالثة من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 2645 الصفحة الثانية بتاريخ 1976/8/1.

العدلية التي تساهم في تزويد القاضي بالاعتبارات والمبادئ العامة التي ينبغي عليه مراعاتها لدى تفسير النصوص المدنية.

ويختلف تفسير القانون الوضعي باختلاف الجهة التي تتولاه[1]، والتفسير الذي هو مدار بحث هذه الدراسة هو التفسير القضائي الذي يقصد به: "التفسير الذي يقوم به القضاة بمناسبة النزاعات المعروضة أمامهم بغرض اسقاط حكم القانون عليها"[2]. إذ يقوم القاضي وبهدف إعطاء الحكم في النزاع المعروض أمامه بالبحث عن النص القانوني الذي ينطبق على الحالة التي بصدد إعطاء الحكم فيها والعمل على تفسيره حتى يتمكن من إصدار حكم قضائي يوافق صحيح القانون.

ولهذا فإن للقاضي دور أساسي في اسقاط النص القانوني على النزاع المعروض أمامه بل أن ذلك يعد من واجباته التي لا تحتاج إلى طلب الخصوم وإن إهمال القاضي لدوره في التفسير يجعل قراره مصاب بقصور في التسبيب ومستحقاً للفسخ[3]. وإن القاضي لن يستطيع اسقاط النص على الوقائع دون تحليل مضمون النص ومعرفة مدى انطباقه على النزاع، كما أن القانون لا يجيز للقاضي الامتناع عن الفصل في الدعوى لعيب في النص أو لعدم وجود نص قانوني يحكم النزاع أو لغموض فيه[4].

وعند قيام القاضي بواجبه في تفسير القاعدة المدنية فإنه قد يواجه أحد فرضيات ثلاث[5]: حالة كون النص الذي ينطبق على الحالة المعروضة أمامه نصاً سليماً واضحاً أو حالة كونه نصاً معيباً كأن يرد فيه خطأ أو غموض أو نقص أو تعارض مع نص سابق أو لاحق لم يلغى صراحة ولا ضمناً أو حالة عدم وجود نص قانوني يلائم الواقعة المعروضة أمامه.

---

[1] فهو إما تفسير تشريعي يضعه المشرع لتفسير تشريع سابق قد اكتنفه غموض أو أثار خلافاً عند التطبيق، وهذا التفسير يعتبر بمنزلة القانون باعتباره يكشف صراحة عن إرادة المشرع. وإما أن يكون تفسيراً فقهياً بحيث يقوم فقهاء القانون بتحليل النصوص التشريعية بغرض الكشف عن معانيها وما تشمله من أحكام وذلك على شكل مؤلفات وشروحات وابحاث علمية وهذا النوع من التفسير غير ملزم للقضاء ولكنه يستأنس به. أنظر في ذلك: الفار، عبد القادر: المرجع السابق .ص 71 –72 . و العبيدي، عواد: المرجع السابق. ص 45.

[2] مشار إليه لدى: الحولي، محمد: **المرجع السابق**. ص22

[3] المادة 175 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية في العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص34 .

[4] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، المادة 164 .

[5] الفار، عبد القادر: **المرجع السابق**. ص 75

وعليه، فإن دور القاضي المدني في تفسير النص التشريعي محاط بعدة ضوابط قانونية وفقهية ينبغي أن يراعيها القاضي عند تعرضه لتفسير النص القانوني وإلا خرج عن محتوى النص وانحرف عن نية المشرع، سيما أن ذلك يشكل سبباً صريحاً أورده المشرع للطعن بالنقض[1]، كما أن الخطأ الجسيم في تفسير النص القانوني قد يشكل خطأً مهنياً جسيماً بالنسبة للقاضي[2] ومن الممكن أن يشكل سبباً لدعوى مخاصمة القضاة[3] متى توافرت شروطها.

أما في الواقع الفلسطيني تغدو المهمة الملقاة على عاتق القاضي المدني أكثر تعقيداً بسبب تنوع مرجعيات التشريعات السارية في فلسطين وتنوع مشاربها نظراً لتعاقب الحكومات عليها الأمر الذي أدى إلى وجود نصوص قانونية مترابطة تعمل فيما بينها في النظام القانوني الفلسطيني مع تشعب الخلفيات التشريعية لكلٍ منها مما أدى إلى اثارة خلاف في تطبيق هذه النصوص على الوقائع المعروضة أمام القضاة المدنيين في المحاكم الفلسطينية.

لذلك بات من الضروري استنباط ضوابط واضحة ومحددة على القاضي المدني أن يتبعها عند تفسير النص القانوني، حتى يحقق الغاية التي شرع القانون لأجلها.

أسباب اختيار الدراسة

تتمثل أسباب اختيار الدراسة في الأهمية التي يشكلها موضوع الدراسة، حيث أن التفسير القضائي للنصوص القانونية أكثر أنواع التفسير شيوعاً نظراً للنزاعات المعروضة على القضاء باستمرار، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التفسير القضائي من الأهمية بمكان كون أن القاضي أكثر احتكاكاً بالواقع الذي يشكل ميداناً لإعمال القوانين وهو لهذا السبب أكثر دراية وتأثر بالأسباب التي شرع لأجلها القانون. وتكمن أسباب اختيار الدراسة أيضاً في عدم تبني منهجية تشريعية واضحة في تفسير النصوص والتعامل

---

[1] تنص المادة 225 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على أنه: " للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو **خطأ في تطبيقه أو في تأويله**".

[2] خطأ القاضي الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه القاضي المتبصر الحريص على اعمال، مشار إليه لدى: صاوي، أحمد: **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**. القاهرة–جمهورية مصر العربية. دار النهضة العربية . (2010). ص 160

[3] دعوى المخاصمة هي دعوى تعويض يرفعها الخصم المضرور على القاضي أو المحكمة لسبب من الأسباب التي نص عليها القانون، صاوي، أحمد: **المرجع السابق**. ص157.

معها، هذا بالإضافة إلى شح المراجع التي تزود القاضي الفلسطيني –على وجه التحديد– بمناهج التفسير الصحيح للنص القانوني.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في ضرورة وضع ضوابط محددة ومنهجية واضحة يمكن للقاضي المدني اتباعها عند تفسير النص التشريعي المدني، سيما في ظل الحالة الخاصة في التشريعات الفلسطينية.

وتبرز أهمية هذه الدراسة في أهمية التفسير القضائي كونه أكثر أنواع التفسير ممارسة، ولأن القاضي يتصل بنزاعات المواطنين اتصالاً مباشراً فلذلك فإنه يغدو أكثر تأثراً بها وأكثر دراية باعتبارات التشريع والسياسة التشريعية.

ومن هنا فإن معالجة موضوع دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني يغدو موضوعاً ذا أهمية بالغة، من منحيين: أولهما: ضرورة الوقوف على منهج تفسيري موحد فيما يخص التشريعات المدنية. وثانيهما: ضرورة وضع ضوابط محددة للتفسير القضائي حتى يكون تفسيراً صحيحاً يراعي الغاية من التشريع ويحقق التطبيق الأمثل للتشريعات المدنية في العمل القضائي الذي يعتبر الميدان الأكثر تطبيقاً للتشريعات.

إشكالية الدراسة

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في ضرورة تحديد دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني المدني، من خلال بيان الوسائل والمكنات التي بوسع القاضي المدني استخدامها في تفسير نصوص القانون المدني والكشف عن فحواها ومراد المشرع منها، وذلك بغية وضع منهجية واضحة في تفسير النصوص في إطار العمل القضائي، ومن هنا تثور عدة تساؤلات، وبها تتمثل إشكالية هذه الدراسة وسيعمل الباحث على الإجابة عنها، وهذه الأسئلة هي:

1- ما هي الوسائل والقواعد التي بوسع القاضي المدني اتباعها في تفسير النص القانوني؟

2- هل يلزم اتباع تلك الوسائل في كافة النصوص أم في النصوص المصابة بعيب من عيوب التشريع؟

3- ما هي منهجية استخلاص المعنى من النص الواضح؟ وهل النصوص الواضحة على درجة واحدة من الوضوح؟

4- ما هي منهجية رفع التعارض والغموض في النص التشريعي المدني؟

5- كيف يكون الترجيح بين النصوص بتقديم إحداها على الآخر، ومتى يمكن القول بقيام حالة التعارض بينها؟

6- كيف يتعامل القاضي مع الأخطاء المادية والقانونية في التشريع؟

7- متى يلجأ القاضي إلى القياس على التشريع وما هي ضوابط ذلك؟

8- متى يلجأ القاضي الى المصادر الخارجية للقاعدة القانونية؟ وهل نظم التشريع المدني الفلسطيني قواعد الرجوع اليها؟ وما هي ضوابط هذا الرجوع؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى:

1- بيان الأحوال التي تستدعي تدخل القاضي المدني في تفسير النص القانوني.

2- بيان الوسائل التي بوسع القاضي المدني اتباعها عند تفسير النص القانوني، وذلك بصورة علمية مفصلة.

3- محاولة استنباط قواعد تفسير محددة وواضحة، لا سيما في أحوال تعارض وغموض القاعدة القانونية.

4- إدراج نماذج من نصوص القانون الفلسطيني وبيان اللبس الواقع فيها والعمل على تفسيرها.

5- محاولة اسقاط قواعد التفسير في الفقه الإسلامي على النصوص التشريعية المدنية.

نطاق ومحددات الدراسة

نطاق هذا البحث هو سلطة القاضي المدني في تفسير النص القانوني والتعامل مع فرضياته ووجوه تفسيره وما قد يحدثه من لبس عند التطبيق وكذلك محاولة القاضي التوفيق بين النصوص القانونية المتعارضة وتقديم أي منها على الآخر طبقًا لما ورد من قواعد التفسير القانونية والأصولية.

وسيكون نطاق البحث فيما ورد من نصوص قانونية في مجلة الأحكام العدلية العثمانية والقانون المدني الأردني والمناهج الأصولية في التعامل مع النصوص والمقررة في علم أصول الفقه الإسلامي، وقواعد القانون الفلسطيني متمثلاً بمجلة الأحكام العدلية وقانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 وقانون أصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001.

خطة الدراسة

لقد ارتأى الباحث تقسيم الدراسة الى فصلين:

الفصل الأول: دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني السليم.

الفصل الثاني: دور القاضي المدني في معالجة القصور التشريعي.

منهجية الدراسة

سوف يعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك عبر دراسة وتحليل منهج علماء أصول الفقه الإسلامي في تفسير النصوص ومعالجتها واسقاط ذلك المنهج على المادة القانونية المدنية، ومستعيناً بالنصوص القانونية السارية في الضفة الغربية التي عالجت موضوع الدراسة، وعن طريق الاسترشاد بالتشريعات المقارنة عند الحاجة وذلك في ضوء آراء الفقه وأحكام المحاكم والاستفادة من المؤلفات الفقهية والعامة بالقدر اللازم لتحقيق أهداف هذه الدراسة.

الدراسات السابقة

1- رسالة ماجستير للباحث محمد الحولي بعنوان: تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية). رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة لكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية – غزة 2017م.

يعالج الباحث في هذه الدراسة السابقة ماهية التفسير وأهميته والحكمة منه وأنواع التفسير ومدارسه والشروط التي ينبغي توافرها في واضع النصوص القانونية، والجهة التي خولها القانون اختصاص تفسير النصوص القانونية وموقف الفقه من ذلك التخويل، وأنواع النصوص التي تخضع لتفسير المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية والإجراءات الواجب اتباعها امامها. ولم تحدد الدراسة السابقة القانون المدني وفروعه كميدان للبحث، وإنما هي دراسة معنية بالقانون العام ووسائل تفسير نصوصه، وقد تناول زميلي الباحث القواعد الأصولية في التفسير كمنهج مقارن لآليات التفسير القانوني ولم يحاول توظيف الأولى في خدمة الثانية، وقد كان الهدف الرئيس من الدراسة توجيه المحكمة الدستورية العليا باتباع قواعد أصول الفقه الإسلامي في التفسير الصادر عنها، ومن هنا يغدو موضوع هذه الدراسة اكثر تحديداً من ناحية تعلقه بالقانون المدني وفروعه كميدان للدراسة، وكذلك فإن هذه الدراسة تتعلق بشكل رئيسي بالتفسير القضائي وذلك ببيان الوسائل التي بوسع المحكمة استخدامها في تفسير المادة المدنية وذلك بصورة معمقة وأصولية من خلال توظيف القواعد الأصولية الثابتة في الشريعة الإسلامية في تفسير مادة القانون المدني.

2- عنقر، خالد: *دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية*. مجلة الفقه والقانون. المغرب. صلاح الدين دكداك. 2016. ع41. ص66-72. ورقة علمية منشورة على موقع دار المنظومة.

في هذه الورقة تناول زميلي الباحث الحالات التي تستدعي تدخل القاضي في تفسير القاعدة القانونية وعلى ماذا يعتمد في تفسيره، وقد تناول الباحث حالات تفسير القاعدة القانونية (الخطأ والنقص والغموض والتعارض بين النصوص) وذلك بمعزل عن وسائل تفسير كل حالة من هذه الحالات على حدا، كما لم

تبين هذه الورقة حالة فقدان النص القانوني كصورة من صور القصور التشريعي، وتلا ذلك بشرح موجز عن وسائل التفسير الداخلية والخارجية للقانون دون بيان الأحوال التي يتعين فيها اللجوء الى كل من هذه الوسائل، ولم يتعرض للقواعد الأصولية في التفسير والمقررة في الفقه الإسلامي والتي تعد مرجعاً في هذا المجال، لذلك سيتناول الباحث في هذه الدراسة –وعلى نحو اكثر تفصيلاً– الوسائل الدقيقة التي يتعين اتباعها لدى كل حالة من الأحوال التي يتعين فيها تفسير النص القانوني بالإضافة الى حالة فقدان النص، معززاً ذلك بالتطبيقات القضائية والنماذج من التشريعات المدنية الفلسطينية بفروعها.

3- بن حوحو، د. ميلود: منهجية تحليل النصوص القانونية. الطبعة الأولى. برلين–المانيا : المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. 2021.

قسم زميلي الباحث هذه الدراسة الى ثلاث أقسام هي: منهجية تحليل النص القانوني، منهجية التعليق على الاحكام القضائي، منهجية تقديم الاستشارة القانونية. وفيما يخص القسم الأول منها تناول الباحث المنهجية البحثية في التعامل مع النص القانوني وتحليله، بدءاً بعملية تحديد هوية النص في هرم التشريعات ومن ثم تحديد الإشكالية التي يتناولها النص ومن ثم الغاية التشريعية منه ومن ثم مناقشة النص وتقويمه. ومن هنا يظهر أن هذه الدراسة تتناول تحليل النصوص من ناحية بحثية شكلية لغايات الإفادة العلمية لشراح القانون، لا من ناحية علمية قضائية، فلم يتطرق زميلي عند بيان أنواع النصوص الى الوسائل الدقيقة في تفسير النصوص السليمة والوسائل التفصيلية التي يتعين اتباعها في أحوال القصور التشريعي وفقدان النص، كالقياس والاستعانة بالمصادر الأخرى، كما لم يجري التمييز في هذه الدراسة السابقة بين الأحوال التي يجري فيها توظيف الوسائل الخارجية في تفسير النص والأحوال التي لا تستدعي ذلك، وإنما يستعان في تفسيرها بالوسائل الداخلية في تفسير النص.

وهذا ما سيجري تناوله في هذه الدراسة بالاستعانة بالقواعد المقررة في علم أصول الفقه الإسلامي والمبادئ العامة المقررة في مجلة الاحكام العدلية، حيث سيتم تقسيم النصوص وفق الآليات الموضوعة لتفسير كل منها على حدا.

الفصل الأول

دور القاضي المدني في تفسير النص القانوني السليم

يعتبر النص القانوني السليم أحد صور العبارة القانونية، وإن للنص القانوني السليم دلائل وبنية نصية متماسكة تدل على أنه نص قانوني سليم فبالتالي ومتى حدد القاضي المدني حالة النص باعتباره نصاً سليماً بات من اليسير عليه تفسيره وفق مقتضياته ومعانيه، وفي هذا الفصل يعرف الباحث النص القانوني السليم وسماته وأنواع العبارة القانونية الواضحة، حتى يتمكن القاضي المدني من تحديد ملامح النص المعروض امامه وتصنيفه ضمن طائفة النصوص الواضحة، ثم يلجأ إلى الوسائل والآليات التي يتعين اتباعها في استخلاص الحكم من ذلك النص القانوني وذلك في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول: مفهوم النص القانوني السليم وأقسامه

ترمي عبارات النص القانوني إلى معانٍ محددة، فهو بذلك ذو دلالة ووظيفة، وعليه فإن على القاضي بالدرجة الأولى أن يبحث في ملامح النص المعروض امامه بحثاً ظاهرياً للتحقق من كونه نصاً سليماً خالياً من الغموض واللبس وبالتالي سلوك منهجية التفسير الخاصة بالنص القانوني السليم حتى يتوصل الى الحكم المستفاد منه، وتبعاً لذلك فإن للنص القانوني عناصر لا بد ان تتوافر فيه وإلا اعتراه النقص أو الغموض، كما ينبغي أن تتوفر فيه شروط معتبرة في الصياغة التشريعية بحيث يؤدي توفر تلك الشروط الى الوصول الى الحكم المتوخى من النص القانوني.

المطلب الأول: مفهوم النص القانوني السليم

قلما يجد الباحث تعريفاً لدى فقهاء القانون للنص القانوني بحيث يشتمل على ضوابط يمكن على اثرها تمييز النص القانوني عن غيره، إلا أن علم أصول الفقه ذا النشأة الإسلامية ساهم وبشكل ملحوظ في العلم القانوني بوجه عام، وكان من تلك المساهمة تحديد الملامح الخاصة لكل ما يعتبر تشريعاً او امراً او نهياً او حكماً، فسهّل علم أصول الفقه لفقهاء القانون عملية تحديد وبلورة مفهوم النص التشريعي، وفي هذا

المطلب نتناول مفهوم النص وفق المفهوم الفقهي والقانوني وعناصر النص اللازم توافرها للقول بصحته ومن ثم نتناول سمات النص القانوني السليم وفق أصول ومبادئ الصياغة التشريعية.

الفرع الأول: التعريف بالنص القانوني لغةً واصطلاحاً

النص لغةً: "هو وحدة كلية مترابطة الأجزاء، فالجمل يتبع بعضها بعضاً وفقاً لنظام سديد، حيث تسهم كل جملة في فهم الجملة التي تليها فهماً معقولاً، كما تسهم الجملة التالية من ناحية أخرى في فهم الجمل السابقة عليها فهماً أفضل"[1] .

أما النص في معناه الاصطلاحي فتتعدد تعريفاته ما بين مراعاة الجانب الشكلي من كون أن النص ترابط جمل معينة وما بين مراعاة الجانب الدلالي من كون أن النص وحدة كلية، وبين مراعاة الجوانب الشكلية والدلالية معاً من كون أن النص هو "أي قطعة ذات دلالة وذات وظيفة"[2] .

واعتبار النص ترابطاً لجمل معينة ذات دلالة ووظيفة هو ما يؤيده الباحث.

أما عند الأصوليين، فعلم أصول الفقه هو علم إسلامي عربي المنشأ، ويقصد به اصطلاحاً: "استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية"[3] ويقصد بالنص في علم أصول الفقه: "اللفظ الدال على الحكم دلالة ظاهرة جلية"[4] .

فالنص عند الأصوليين فيما يراه الباحث عبارة عن مجموعة من العبارات التي وضعها المشرع بهدف الوصول الى الحكم التشريعي بشأن واقعة او اكثر، وقد كان لعلم الأصول باع طويل في دراسة علم النصوص مفهوماً وممارسة، ولا يخفى تأثر فقهاء القانون بهذه الأصول تأثراً واضحاً على مر العصور، كما سيظهر من خلال هذه الدراسة.

---

[1] العبد، محمد: **اللغة والابداع الأدبي**. الطبعة الأولى. القاهرة: دار الفكر للدراسات والنشر . 1989 . ص36

[2] بيومي، سعيد أحمد: **لغة القانون في ضوء علم لغة النص**. الطبعة الأولى .القاهرة: حقوق النشر للمؤلف. 2010. ص20 .

[3] "العلم بالقواعد التي يتوصل بها الى الاستفادة من الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية" أنظر: خلاف، عبد الوهاب: **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**. الطبعة السابعة. مصر: دار الفكر العربي. 1996. ص 14.

[4] الرازي، محمد بن عمر بن الحسين: **المحصول في علم الأصول**. دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر العلواني. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1992. ص103 مشار اليه لدى بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص23 .

وفي القانون، قلما يجد الباحث تعريفاً للنص عند شراح القانون، فالقانون يتألف من عدد من النصوص يُطلق عليها "المواد" وكل مادة تحمل حكماً على الأقل، فالمادة أصغر وحدة في القانون ومن الممكن أن يطلق عليها نص[1] وغالباً ما يميل المشرع إلى تقسيم المادة الى فقرات اذا اشتملت على أكثر من حكم.

ومع ذلك فقد حاول بعض فقهاء القانون صياغة تعريف للنص مثل: "عبارات محددة بألفاظها يراد بها معنى من المعاني"[2].

ويرى الباحث بأن النص القانوني هو: "أي وحدة متكاملة من الكلمات وضعها المشرع لتحقيق دلالة ووظيفة معينة تتسم بالعمومية والتجريد والغرض منها تنظيم سلوك الافراد في المجتمع".

ويشتمل النص القانوني على عنصرين هما: الفرض والحكم، والفرض هو التصرف أو الواقعة والحكم هو النتيجة التي يرتبها المشرع على حدوث الفرض، فكلما تحقق الفرض ترتب الحكم، فالعلاقة بين الفرض والحكم علاقة مطردة وثابتة، وعلى ذلك فإن القاعدة القانونية تتميز بالثبات في اعمال الحكم وهذا ما اصطلح على تسميته بـ "بسريان حكم القاعدة القانونية على من تنطبق عليه"[3] .

ومتى دل النص القانوني على هذين العنصرين بصورة واضحة سيكون من الممكن أن يطلق عليه نصاً سليما، إذ أن المفاهيم السابق بيانها لا تنطبق إلا على القاعدة القانونية الواضحة والدالة إلى فرض وحكم على السواء، ويتناول الباحث فيما يلي سمات النص القانوني السليم.

الفرع الثاني: سمات النص القانوني السليم

يعود اعتبار النص القانوني نصاً سليماً بشكل أساسي إلى مرحلة الصياغة التشريعية، فعلم الصياغة التشريعية هو العلم المعني بتقنين النص القانوني وكتابته، ومن هنا تغدو علاقة علم الصياغة القانونية بعلم تأويل النص القانوني علاقة وثيقة وعلى جانب من الأهمية، إذ أن صلاح أو فساد النص القانوني أو

---

[1] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص26.

[2] البشري، طارق: **النص بين التشريع والاخبار**. دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين. 2007 . ص 3 .

[3] فتح الباب، عليوة مصطفى: **أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات**. المجلد الأول. الطبعة الأولى. القاهرة: مكتبة كوميت. 2007 . ص41 .

قصوره لهما أمران عائدان إلى مرحلة الصياغة التشريعية ومدى التزام صائغي التشريع بقواعد الصياغة القانونية السليمة.

ويرى الفقيه "جورج كود" أن عناصر الصياغة التشريعية التي تنتج نصاً سليماً أربعة:

1- تحديد المخاطب في القاعدة القانونية.

2- توضيح الفرض الواقعي أو القانوني الذي تتناوله القاعدة القانونية.

3- وصف الحالة التي ينطبق عليها الفعل القانوني.

4- تحديد الشروط التي يتوقف على تحققها نفاذ الحكم القانوني.[1]

فحتى تكون القاعدة القانونية واضحة لا لبس فيها ينبغي تحديد المخاطبين فيها، فقد يكون النص عاماً يسري على الجميع وقد يكون خاصاً لا يسري إلا على فئة معينة من الجمهور، كما ينبغي للقاعدة القانونية أن تبين الفعل القانوني الذي يشكل جوهرها ومادتها وكذلك فإنه من سمة النص القانوني السليم تحديد الحالة التي تنطبق عليها القاعدة القانونية (الفرض)، وتحديد الشروط الواجب توافرها حتى يمكن القول بتحقق الفرض القانوني الموجب لتطبيق القاعدة القانونية.

فعندما ينص القانون مثلاً: "1-لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته، بوقائع أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة. 2- يجب على الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه أن يؤدوا الشهادة على تلك الوقائع أو المعلومات متى طلب منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".[2]

[1] مشار اليه لدى: صبرة، محمود محمد علي: **أصول الصياغة القانونية**. الطبعة الأولى. مصر- المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية. 2004 . ص 42

[2] المادة 76 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص226

وباستقراء الباحث لهذا النص من خلال اسقاط المفاهيم السابقة، يجد أن المخاطبين بأحكام هذا النص القانوني هم المحامين والأطباء وكل من أفشي له معلومة بسبب مهنته أو صنعته، ومادة هذا النص القانوني هي امتناع هؤلاء المذكورين عن الافشاء والشهادة، والحالة (الفرض) الذي ينطبق عليهم هو أن تكون المعلومات المحظور افشاؤها قد علموا بها بسبب مهنتهم؛ فإن لم يكونوا قد علموا بها بسبب مهنتهم فلا بأس بالشهادة حولها، وأن الشروط التي يتوقف عليها تحقق هذا الفرض هي: 1- أن يكون الشخص المحظور شهادته محامي أو طبيب أو من في حكمهم. 2- أن تكون المعلومات التي بحوزته قد علم بها بسبب مهنته.

وقد استثنت المادة المذكورة حالة أن تكون المعلومة الغرض منها ارتكاب جناية أو جنحة؛ فعندئذ يزول الحظر المذكور، في الفقرة الثانية وضع المشرع الاستثناء وهو السماح للمذكورين أعلاه بالشهادة متى طلب منهم من أسرها لهم الشهادة حولها[1].

إضافة إلى ذلك فقد تناول الشراح والفقهاء سمات النص القانوني السليم الناتجة عن صياغة قانونية سليمة:

1- النص القانوني نص دقيق وموجز يخلو من السرد والإنشاء: إن مقتضى القانون تنظيم ظاهرة اجتماعية او اقتصادية او سياسية تنظيماً دقيقاً وباستخدام عبارات محددة بعيداً عن التزيد والاستطراد، فالمعنى الذي يحتويه النص القانوني يجب أن يُقدم بأقل الألفاظ حتى لا يكون التزيد دافعاً لاختلاف التفسيرات، كما أن دقة النص القانوني تؤدي إلى التفسير الدقيق، فكلما قلت عبارات النص القانوني كلما دلت على المعنى، فإن حوى النص تزيداً أو استطراداً غير مفيد أو أن النص جاء مبتور المعنى أو انه قد استخدم مصطلحاً فقهياً يشير إلى معنيين أو أكثر فإنه يثير إشكالات

[1] يشار إلى أنه إذا شهد احد الممنوعة شهادتهم بما يجب عليه الامتناع عن الشهادة حوله فإن تلك الشهادة باطلة ولا يصح أن تعتبر دليلاً قانونياً، ويبطل الحكم كذلك إذا بني على تلك الشهادة وحدها (أنظر: نشأت، أحمد: رسالة الاثبات. الجزء الأول. الطبعة السابعة. جمهورية مصر العربية. لا توجد دار نشر. لا توجد سنة نشر. ص 569)، وتجدر الإشارة ايضاً أن الإدلاء بمثل هذه الشهادة امر معاقب عليه وفق أحكام قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 لا سيما المادة 1/335 منه التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من: حصل بحكم وظيفته أو مركزه الرسمي على أسرار رسمية وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها أو إلى من لا تتطلب طبيعة وظيفته ذلك الاطلاع وفقاً للمصلحة العامة". انظر المادة 335 من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1487، ص 374، تاريخ 01-05-1960، تاريخ الصدور : 01-05-1960، تاريخ السريان : 01-06-1960.

عند التفسير، بل ينبغي أن تكون المصطلحات المستخدمة في القاعدة القانونية محددة وواضحة وتشير إلى معان بعينها[1].

2- النص القانوني السليم نص يتميز بالعرض المُحكم: يفترض بالنص القانوني السليم الإحكام، بحيث لا يكون فيه قصور في عرض الحالة المراد تنظيمها، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التبويب السليم وعرض الأفكار بطريقة متسلسلة لغرض ربط اجزائها وكشف غايتها بسهولة ويسر[2].

3- استخدام النص للغة والأسلوب التشريعي: فكلما كان النص القانوني خال من المصطلحات الفقهية، كلما اتضحت دلالته والرأي الذي تبناه المشرع على نحو محدد، فاللغة التشريعية تختلف عن غيرها من اللغات من حيث تضمنها لعبارات الامر والنهي في المواضع التي تستوجب ذلك، ومن حيث تضمنها لعبارات صارمة من حيث المعنى والدلالة، بحيث توجه إلى معنى واحد فقط، فاللغة التشريعية لغة واضحة ومعينة ومحددة ليس الغرض منها اثارة جدل فقهي، ولذلك فإن النص القانوني السليم لا بد أن يخلو من الكلمات العامية والمصطلحات الفقهية التي من الممكن أن تثير جدلاً عند التفسير[3].

4- النص القانوني الواضح يعبر عن الحكم بشكل مباشر[4]: تتسم اللغة القانونية بأنها لغة مباشرة، بحيث تشير كل كلمة إلى مدلول، وأن كل موضع تأخذه العبارة القانونية يتم اختياره عن عمد لدواعي الدقة والوضوح، وعلى الرغم من أن الدقة في النص القانوني تؤدي إلى الوضوح إلا ان الباحث يرى أن النص القانوني قد يكون دقيقاً إلا أنه غير واضح، بحيث يلجأ المشرع في بعض الأحيان ولتحقيق عامل الدقة في النص القانوني إلى الاسراف في استخدام العبارات المقيدة للمعنى لكي يحقق الدقة في النص القانوني ولكي يحيط بالمعنى، فيؤدي كل ذلك إلى طول الجملة القانونية والفصل بين

---

[1] الشيخلي، عبد القادر: الصياغة القانونية تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014. ص 78 .

[2] بن حوحو، د. ميلود: منهجية تحليل النصوص القانونية. الطبعة الأولى. برلين–المانيا : المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. 2021.ص46.

[3] بيومي، سعيد أحمد: مرجع سابق. ص58–59.

[4] بن حوحو، د. ميلود: مرجع سابق. ص 46.

اجزائها الرئيسية ومن ثم صعوبة استنباط الحكم المنشود منها، مما يفقدها الوضوح المتوخى من القاعدة القانونية.

وعلى النقيض من وضوح القاعدة القانونية، يكون مفهوم القاعدة القانونية غامضاً إذا ترك سياقاً واسعاً للفهم، ولم تراعى عند صياغته الاعتبارات السابق ذكرها.

المطلب الثاني: أقسام النص القانوني السليم

تتميز الصيغ القانونية عن بعضها البعض، لذلك كان من الضروري لفهم القاعدة القانونية الوقوف على اقسامها، وتمييزها عن بعضها البعض، ذلك أن الجملة القانونية لا بد أن تكون عباراتها تصرف المتلقي إلى معنى بعينه، ولا يمكن للقاعدة القانونية أن تفقد أحد عناصر الجملة القانونية، كما ان النص القانوني السليم ينقسم إلى مراتب يلزم تقديم كل منها على الآخر، وإن من أبجديات التفسير هو وقوف القاضي على مدى الزامية القاعدة القانونية من عدمها وتعيين مدى وضوح النص، وعلى ذلك فإن الباحث سيتناول الباحث في هذا المطلب أقسام الجملة القانونية في فروع القانون المدني من حيث مراتب وضوحها وقوتها الملزمة ومن حيث الحكم الذي تتضمنه.

الفرع الأول: مراتب النص القانوني الواضح (من حيث قوة الوضوح)

تتفاوت النصوص القانونية الواضحة السليمة من حيث درجة الوضوح على الرغم من دلالتها جميعها على معناها وخلوها من احد عيوب التشريع، فهناك نصوص قانونية واضحة ونصوص أخرى اكثر وضوحاً، ولا يراد بذلك أن بعض النصوص السليمة إنما يعتريها خفاء في صيغتها؛ لأنها كلها واضحة، وإنما تتفاوت بشدة الوضوح بالشكل الذي يستدعي تقديم بعضها على بعض عن التعارض، فعندما يورد المشرع نصاً يقصد به قصداً اولياً يستدعي ذلك تقديمه على القصد الثانوي المستنبط من نص آخر عند التعارض، مع ان كلا النصين ينطويان تحت مظلة النصوص الواضحة.

وتظهر بذلك ثمرة تقسيم النصوص الواضحة إلى مراتب، بحيث يزول الابهام الناشئ عن التعارض الظاهري بين نصوص التشريع الواضحة، وذلك من خلال بيان النص الأولى بالإعمال على الواقعة المعروضة امام القاضي بالنسبة الى قوة وضوحه في الكشف عن إرادة المشرع بخصوص واقعة بعينها. ومن جهة أخرى ستظهر للقاضي النصوص شديدة الوضوح التي لا مجال فيها للتأويل[1].

والحقيقة، ان بحث قابلية النص للتأويل ينبغي أن تسبق عملية التفسير، ذلك أن القابلية للتأويل يقصد بها "إرادة معنى آخر غير المعنى الظاهر الذي يتبادر الى الذهن لغةً وذلك لدليل يظهر للمجتهد يصرفه عن المعنى الواضح المتبادر الى معنى آخر"[2]، وسنبين في هذا الفرع ما يجوز فيه التأويل من النصوص الواضحة وما لا يجوز فيه بحيث يعبر عن أرادة المشرع القطعية.

وتتفاوت النصوص الواضحة من حيث شدة وضوحها من الأقل وضوحاً إلى الأكثر وضوحاً كما يلي: النص الظاهر(الأقل وضوحاً) ثم النصّ ثم المفسّر ثم المحكم وهو الأكثر وضوحاً. نتناولها تباعاً.

أولاً: النص الظاهر

النص الظاهر في علم أصول الفقه هو: "ما دل على المراد منه من ذات صيغته، ومن غير الحاجة الى قرينة او أمر خارج عن النص، ولكن المعنى المستنبط منه ليس هو المقصود الأصلي من النص"[3]، أي أنه المعنى الذي يتبادر معناه اللغوي الى العقل عند قراءة النص دون اعتماد على دليل خارجي في فهمه إلا أنه المعنى التبعي للمعنى الاصلي.

---

[1] الدريني، فتحي: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**. الطبعة الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2008. ص40-41.

[2] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص39.

[3] الخضري بيك، محمد: أصول الفقه. الطبعة السادسة. مصر: المكتبة التجارية الكبرى. 1969 . ص129.

وهذا النوع من النصوص يحتمل التأويل[1]، فإذا كان عاماً فإنه يحتمل التخصيص وإذا كان مطلقاً فإنه يحتمل التقييد، ولذلك جعله الأصوليين أضعف مراتب النصوص الواضحة[2].

ففي قول الله –تعالى:﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً ﴾ [النساء: 3]، ليس الهدف من الآية بيان مشروعية الزواج –لأن إباحة الزواج معروفة قبل نزول الآية– وإنما نزلت هذه الآية لبيان احكام تعدد الزوجات، فالمعنى الظاهر هو اباحة الزواج وهو معنى تبعي لبيان حكم تعدد الزوجات.

والأصل أن يكون للمعنى الظاهر حجة يجب العمل بها، وأنه ينبغي التعامل مع النص على انه قد شرع للمعنى أصلاً لا تبعاً، ولا يجوز صرف هذا المعنى لمعنى آخر، إلا إذا قام الدليل التشريعي على تأويل النص، فيكون المعنى المستنبط ظاهراً وتبعاً للمعنى المتوصل اليه بنتيجة تأويل الدليل الآخر[3].

ومثال ذلك، ان المادة 103 من مجلة الاحكام العدلية عرفت العقد بأنه: "الْتِزَامُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَتَعَهُّدُهُمَا أَمْرًا وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ ارْتِبَاطِ الْإِيجَابِ بِالْقَبُولِ"[4]، فالمعنى المتبادر الى الذهن بمجرد القراءة هو ان أي عقد يلزم لانعقاده ترابط الايجاب بالقبول بين المتعاقدين، وهذا هو المعنى الظاهر الذي يكون حجة على المحكمة من حيث القول بانعقاد أي عقد من عدمه، وينبغي العمل بهذا المعنى فيما يخص كافة العقود ما لم يظهر دليل التأويل.

---

[1] والتأويل بمفهوم أصول الفقه: "صرف اللفظ عن ظاهره بدليل شرعي من نص أو قياس"، انظر الزحيلي، وهبة: مرجع سابق.ص177.

[2] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص45.

[3] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **أصول الفقه**. الطبعة الأولى. عمان–الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 1996 . ص233 وفي ذات المعنى انظر : الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص47.

[4] المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية: صدرت عن لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة– اسطنبول، برئاسة ناظر الديوان أحمد جودت باشا، سنة 1286 هـ (1869 م) وانهت اللجنة اعمالها سنة 1293 هـ (1876) ، وجاء في مجموعها في 1851 مادة، ورسمت بمرسوم السلطان العثماني واصبحت نافذه في فلسطين الى يومنا الحالي وهي القانون المدني النافذ في فلسطين حتى تاريخه. **وقد عرفت المادة المذكورة عقد البيع**، وجاء في درر الحكام في شرح مجلة الاحكام للأستاذ علي حيدر أن المراد هنا الانعقاد على الجملة، فعقد البيع مثلاً يقصد به التزام المتعاقدين وتعهدهما على المبادلة المالية. (أنظر حيدر: علي: درر الحكام في شرح مجلة الاحكام. المجلد الأول. طبعة خاصة. الرياض– السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003. ص105).

ودليل التأويل هنا، هو ان بعض العقود المسماة لا تنعقد بتلاقي الايجاب بالقبول فحسب، بل يلزم لانعقادها القبض والتسليم، كما في عقود التبرعات عموماً وفي عقد الهبة خصوصاً، حيث نصت المادة 57 من مجلة الاحكام العدلية على انه: "لَا يَتِمُّ التَّبَرُّعُ إلَّا بِقَبْضٍ، فإذا وهب أحد شيئا إلى آخر لا تتم الهبة قبل القبض"[1].

فبما ان نص المادة 103 من المجلة والسالف ذكرها، قد احتملت التأويل وذلك بتخصيص المعنى العام الوارد فيها بمعنى آخر خاص فيما يخص عقود التبرعات، فهي من قبيل النص الظاهر.

ويلاحظ، ان هذا التأويل لا بد ان يكون بدليل تشريعي آخر[2]، ويظهر في المثال السابق ان المعنى المستفاد من النص الظاهر ينبغي العمل به في كافة الأحوال والوقائع، لأنه يدل دلالة واضحة على المعنى باعتباره من صنف النصوص الواضحة، ما لم يقم دليل يقتضي العدول عن ذلك المعنى الظاهر وذلك بالتخصيص أو التقييد أو خلاف ذلك من النصوص التي تعتبر استثناءً من النص.

ثانياً: النصّ[3]

"هو اللفظ الدّال على معناه بوضوح، وكان ذلك المعنى مقصوداً أصالةً من التشريع لا تبعاً"[4].

وهو "ما ازداد وضوحاً عن الظاهر بحيث دل على معناه مباشرة من سوق كلام المتكلم"[5].

وبتحليل هذه التعاريف، فإن النصّ هو ما ازداد وضوحاً عن الظاهر، ولكن زيادة وضوح النصّ على الظاهر لم تأتِ من ذات الصيغة، لان كلا النصيّن من صنف النصوص الواضحة لا الغامضة، وإنما تقدّم

---

[1] وهذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف:«لا تَجُوزُ الْهِبَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً»، فلو كانت الهبة تتم بلا قبض لأصبح الواهب مجبراً قضاءً على أداء الشيء الموهوب وهو بذلك يكون مجبراً على أداء شيء هو غير مجبر على أدائه حسب الأصل، وهو ما يخالف مقتضى التبرع من حيث كونه من قبيل الإحسان. (انظر: حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص57).

[2] عبد الله: محمد حسين: الواضح في أصول الفقه. الطبعة الثانية. بيروت: دار البيارق. 1995 . ص281.

[3] كلمة "النص" بالمفهوم العام تطلق على كل نص أياً كانت درجة وضوحه، لكن معناه الاصطلاحي عند علماء أصول الفقه في مقام مراتب النص الواضح هو النص الذي يدل على الحكم دلالة واضحة مقصودة أصالةً لا تبعاً. "أصول البزدوي 49/1" مشار اليه لدى: الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص51.

[4] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: مرجع سابق. ص 233

[5] الزحيلي، وهبة: مرجع سابق. ص 176

النص على الظاهر من حيث أن المعنى المستفاد من النصّ مقصوداً من قبل المشرع **قصداً اولياً**، بينما المعنى المستفاد من النص الظاهر ثانوي.

وبذلك فإن النص الذي يستخرج منه المعنى الذي قصده الشارع مباشرة من السياق مقدم على ذلك المعنى الظاهر للنص او المعنى الظاهر لأي نص آخر[1].

ففي قول الله تعالى: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۖ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ حَكِيمًا ٢٤﴾[النساء: 24]، يظهر من عبارة "وأحل لكم ما وراء ذلك" عدم تقييد عدد الزوجات بقيد وهذا الظاهر من النص يتعارض مع قول الله تعالى :﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً ٣﴾ [النساء: 3] والمستفاد من النصّ (القصد الاولي المباشر) من الآية الأخيرة هو تقييد عدد الزوجات، وهي مقدمة على الآية 24 من ذات السورة، لان الأخيرة حملت معنىً ظاهراً رغم وضوحها، والآية 3 حملت قصداً مباشراً لله –تعالى– بتقييد عدد الزوجات.

وكما في المثال المذكور عند بيان النص الظاهر، فإن قول المشرع في مجلة الاحكام العدلية: "لَا يَتِمُّ التَّبَرُّعُ إلَّا بِقَبْضٍ، فإذا وهب أحد شيئا إلى آخر لا تتم الهبة قبل القبض"، هو من قبيل النصّ، لأنه دل على المعنى دلالة مباشرة ومفادها أن الانعقاد لا يتم الا بالقبض، وهذا هو القصد الاولي المباشر للمشرع وهو مقدم على قواعد الانعقاد العامة، عند عرض مسائل التبرعات على المحكمة.

وكذلك، ما نصت عليه المادة 21 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الضرورات تبيح المحظورات"[2]، فيفهم من هذا النص أن حدوث الضرورة يبيح اتخاذ ما هو محظور، إلا ان نص المادة 22 من ذات القانون جاء بالنص على انه: "مَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا" ويستفاد من القصد المباشر للمشرع من المادة

[1] عبد الله: محمد حسين: مرجع سابق. ص 283.

[2] المادة 21 من مجلة الاحكام العدلية: مرجع سابق. والضرورة هي:" الضَّرُورَةُ هِيَ الْعُذْرُ الَّذِي يَجُوزُ بِسَبَبِهِ إجْرَاءُ الشَّيْءِ الْمَمْنُوعِ"، انظر: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص37.

الأخيرة أنه لا يجوز اتخاذ ما هو محظور الا بالقدر اللازم لدفع الضرورة[1]، فيكون نص المادة 22 من المجلة من قبيل النصّ، وهو مقدم على المادة 21 لأن القصد الاولي من المادة 21 هو جواز اتخاذ المحظور لدفع الضرورة على الاطلاق وهو ما أوّله المشرع في المادة التالية، بأن جعل اتخاذ المحظور بقدر الضرورة.

ومثال ذلك أيضاً: ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 بقولها: "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[2]، فيستفاد من ظاهره عدم جواز الاثبات بالبينة الشفوية في وجود التزام تزيد قيمته عن 200 دينار اردني أو انقضائه، بل لا بد من الاثبات بالوسائل الكتابية، وهذا المعنى قد قصده المشرع أصالةً لا تبعاً، فهو يندرج في مرتبة "النصّ".

وهذا النص الآنف ذكره، يقبل التأويل لورود العديد من الاستثناءات التشريعية عليه، ومنها ما نصت عليه المادة 14 فقرة 2 من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم 40 لسنة 1952 بقولها:" بقطع النظر عن أي حكم يخالف ذلك في المجلة أو في قانون أصول المحاكمات الحقوقية أو في أي قانون متعلق بالأراضي والمياه، يكون لمحكمة التسوية صلاحية طلب أية بينة شفوية أو خطية قد يستلزمها البت في الاعتراضات التي لا يكون في وسع الفقراء إبراز أية بينة خطية على تصرفهم أو ملكيتهم وكذلك الاعتراضات التي تبرز من أجلها بينة خطية دون أن تكون هذه البينة صادرة من دائرة التسجيل"[3].

وبتأمل الباحث لنص قانون التسوية السابق ذكره، نجد انه لم يقم اعتباراً لقيمة الحق المتنازع عليه بصدد قبول البينة الشفوية من عدمها، ونص صراحة على ان الحكم الوارد فيه شكل استثناءً عما هو وارد في

[1] فلا يجوز أن يباح من الشيء المحظور شيء إلا بالمقدار الذي تندفع به الضرورة دون توسع في استباحة المحظور الشرعي. أنظر: زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية. الطبعة الأولى. بيروت–لبنان. مؤسسة الرسالة. (2001) . ص73.

[2] المادة 68 فقرة 1 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص226

[3] المادة 14 فقرة 2 من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم 40 لسنة 1952 المنشور في الجريدة الرسمية : 1113، تاريخ الصدور : 26–05–1952 تاريخ السريان: 16–06–1952، ص 279 .

المجلة او قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية أو البينات. فيكون نص قانون البينات الآنف ذكره قد قبل التأويل بدليل تشريعي آخر كان استثناءً منه[1].

ويظهر في ضوء ما تقدم من الأمثلة، أن الاجتهاد في "النصّ" ينصب على معرفة المقصود الاولي والمباشر للمشرع والمقصود أصالةً من السياق، كما ينصب على معرفة الحكم القانوني عند تعارض الظاهر مع النصّ كما في الامثلة أعلاه، فيقدم النصّ على الظاهر في الواقعة التي يتناول حكمها النصّ.

وعليه، فإنه ينبغي العمل بالحكم المستفاد من "النصّ"، لأنه يفيد معناه الذي قصده الشارع بشكل قطعي، وذلك مع قابليته للتأويل والانحراف عن حكمه في حال ظهر دليل قانوني يتعارض معه أو يشكل استثناءً منه أو إذا تعارض مع نص محكم او مفسر كما يأتي بيانه، إلا أن قابلية "النصّ" للتأويل لا تقدح في دلالته على قطع إرادة المشرع طالما أن تلك القابلية لم تكن ناشئة عن دليل آخر، ومن جهة أخرى فإن قابلية "النص" للتأويل أبعد من قابلية النص الظاهر لذلك[2].

وهذا ما ثبت في مثال اشتراط القبض في التبرعات ومثال اشتراط أن تقدر الضرورة بقدرها، فكلا هذين النصين لا يوجد ما يتعارض معهما ولم يقبلا التأويل لمعنى آخر غير المعنى المستنبط من عباراتهما.

ثالثاً: النص المُفسَّر

النص المُفسَّر هو: "ما دلَّ على معناه الذي سيق لأجله، وهو المقصود الأصلي للمشرع، والذي بلغت درجة وضوحه إلى الدرجة التي لا يقبل معها التأويل"[3].

---

[1] يذكر أن قبول المحكمة للبينة الشفوية فيما كان يجب اثباته بالكتابة في ضوء النص المذكور، ليس وجوبياً عليها وإنما خاضع لسلطتها التقديرية حسب ظروف الاعتراض المقدم اليها ومقتضيات العدالة، كما أن الاستثناء المذكور في المادة 14 آنفة الذكر يتعلق فقط بجواز قبول البينة الشفوية فيما كان يجب اثباته بالكتابة، ولا يعفي محكمة التسوية من اتباع القواعد المقررة في قانون البينات بخصوص باقي وسائل الاثبات، كالمعاينة والخبرة والعمل بحجية الإقرار الواردة في قانون البينات. أنظر: دواس، أمين: قانون الأراضي. لا يوجد رقم طبعة. رام الله: منشورات المعهد القضائي الفلسطيني.2013. ص296.

[2] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص52.

[3] الزحيلي، محمد مصطفى: الوجيز في أصول الفقه الإسلامي. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دمشق: دار الخير للنشر والتوزيع. 2006. ص90، وأضاف الفقه أنه يقبل النسخ في عهد الرسالة، أي أنه يقبل الإلغاء ولكن في عهد الرسالة. اما بخصوص القابلية للتأويل فقد سبق بيان ان المقصود بها قابلية صرف اللفظ عن ظاهره بدليل شرعي من نص أو قياس بخصوص واقعة من الوقائع.

وقد تكون درجة الوضوح هذه من ذات الصيغة وقد تكون بغيرها[1]، بحيث يقسم النص المفسر الى قسمين هما: الوضوح من ذات الصيغة والوضوح من مصدر تشريع خارج عن النص ولكن ذلك المصدر أيد النص او وضحه او أزال ابهامه.

ومن امثلة النوع الأول من النص المفسر (أي الوضوح النابع من ذات الصيغة)، النسب المئوية أو مدد التقادم التي يوردها المشرع، فهذه النسب أو المدد واجبة التطبيق على كافة الوقائع الخاضعة لها، ولا تحتمل التأويل، ولكنها تحتمل نسخ المشرع لها او تعديلها او الغاءها.

ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة 98 فقرة 4 من قانون التنفيذ الفلسطيني –فيما يخص المزايدات– بقولها: "يؤخذ من كل من يشترك في المزايدة تأميناً بمعدل عشرة بالمائة"[2].

فمبلغ التأمين اللازم للدخول في المزايدة على العقارات المحالة إلى المزاد العلني في دوائر التنفيذ هو بواقع 10% من القيمة المقدرة للعقار، وهذا نص واضح وصريح ويدل على إرادة المشرع دلالة مباشرة قطعية وهو بذلك لا يقبل التأويل ولا الاستثناء بحيث يجوز قبول أقل من هذا المبلغ، كما أن قبول أقل من هذا المبلغ كتأمين لدخول المزايدة خارج عن سلطة القاضي التقديرية، هذا كله مع قابلية النص للتعديل او الإلغاء من قبل المشرع.

اما النوع الثاني من أنواع النص المفسر هو النص المفسر بغيره، بحيث أن النص يحتمل التأويل أو انه نص غامض أو خفي الدلالة على معناه[3] فألحق به المشرع به ما فسره تفسيراً قاطعاً؛ فالتفسير يلحق بما فُسِّر به، وينظر للمجموع كنص واحد مفسَّر[4].

---

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص55.

[2] المادة 98 من قانون التنفيذ الفلسطيني والتي تنص على أنه: " 1- عند مباشرة بيع أموال المطلوب التنفيذ ضده المحجوزة ينشر أمر البيع في صحيفة يومية أو أكثر وفي ديوان دائرة التنفيذ خلال أسبوعين إلا إذا كانت قيمة الأموال لا تتحمل نفقات النشر أو لم يكن في محل البيع صحف فيكفي عندئذ تعليق إعلان عن البيع في ديوان دائرة التنفيذ وفي محل وجود الأموال.2 – يدرج في الإعلان جنس ونوع الأموال التي ستباع ووصفها بالإجمال ومكان المزايدة ووقتها. 3- يحفظ في ملف التنفيذ نسخة من الصحيفة ومن ورقة الإعلان والمحاضر المحررة بشأنه.4- **يؤخذ من كل من يشترك في المزايدة تأميناً بمعدل عشرة بالمائة**". أنظر قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 63، بتاريخ 27-04-2006، تاريخ الصدور : 22-12-2005، تاريخ السريان : 27-05-2006، ص 46.

[3] سياتي بيان النصوص الغامضة في الفصل الثاني.

[4] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: مرجع سابق. ص 235.

وعلى ذلك فكل من النص الظاهر والنصّ اللذان يحتملان التأويل كما اسلفنا، قد يلتحق بهما نصاً يفسرهما تفسيراً قاطعاً يرفع احتمال التأويل عنهما، فيصبحان من صنف النصوص المفسرة.

وكذلك كافة أنواع النصوص الغامضة التي سيأتي بيانها في الفصل الثاني (المجمل والخفي والمشكل)، قد يلحق بها ما يزيل غموضها فتكون نصوصاً مفسرة محددة التفاصيل ودالة على قصد المشرع المباشر منها، على نحو ينفي عنها القابلية للتأويل.

ومن أمثلة ذلك، مواد التعريفات التي يوردها المشرع في مستهل القوانين، والمراد منها بيان المقصود من بعض الكلمات او العبارات التي قد تثير لبساً إن لم يجري توضيح المراد منها، فمثلاً لا يستقيم ذكر كلمة الوزارة في التشريع دون بيان الوزارة المطلوبة او الوزارة التي افردها المشرع بالاختصاص دون غيرها من الوزارات، وكذلك عرف المشرع في قانون العمل الفلسطيني، عقد العمل ومفهوم العامل ومفهوم الاجر وساعات العمل الى غير ذلك من المفاهيم الاصطلاحية التي اختارها المشرع لغايات فهم سائر مواد القانون، وبدون بيان هذه الاصطلاحات لا يمكن فهم تلك المواد وتكون تلك المواد غامضة المعنى، بحيث يختلط المعنى اللغوي مع الاصطلاحي او قد تضطر المحكمة الى الرجوع الى المفاهيم العامة الواردة في مجلة الاحكام العدلية والذي قد لا يتلاءم مع اعتبار بعض التشريعات خاصة عن المجلة باعتبار الأخيرة شريعة عامة.

ومن ذلك أيضاً، المذكرات التفسيرية الملحقة بالقانون[1] والصادرة عن السلطة التشريعية او عن السلطة التي تولت اختصاص السلطة التشريعية، ذلك ان بعض مواد التشريع قد يعتريها الغموض، ويختلف الشراح والاجتهاد القضائي في تفسيرها وتحديد المراد منها، فيعمد المشرع الى اصدار مذكرة تفسيرية يكون لها صفة التشريع وتكون ملحقة بالتشريع لإزالة ذلك الغموض، فإذا اصدر المشرع مذكرة كهذه كان من الواجب على المحكمة اتباع ما جاء فيها، وتكون بذلك مكملة للتشريع وجزءاً منه ولا يمكن الاجتهاد بالرأي فيما

[1] الدريني، فتحي: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي. الطبعة الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2008. ص58

دلت عليه تلك المذكرة دلالة واضحة، وتكون بذلك –فضلاً عن كونها جزءاً من التشريع– قد أعطت النص الأصلي صفة النص المفسر الذي لا يقبل التأويل كما سبق بيانه.

وكذلك فقد نصت المادة 2/24 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 المعدلة بالفرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 والتي تناولت اختصاصات المحكمة على انه: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي... أ–تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها ب– تفسير نصوص التشريعات، بما يشمل القوانين التي يقرها المجلس التشريعي والقرارات بقانون التي يصدرها رئيس الدولة إذا أثارت خلافًا في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها"، ونصت المادة 2/27 من ذات القانون على انه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية".

ونصت المادة 1/30 من ذات القانون وبصيغتها المعدلة على انه: "يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو رئيس المحكمة الإدارية العليا"[1].

[1] المواد 2/24 و2/25 و2/27 و1/30 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 62 ، بتاريخ 25–06–2006 تاريخ الصدور : 17–02– 2006 ، تاريخ السريان : 25–07–2006، ص 93، المعدل بالقرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 المنشور في الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز رقم 27، بتاريخ 2022/7/24، ص2.

يتضح من هذه النصوص ان للمحكمة الدستورية العليا في فلسطين صلاحية في تفسير القوانين، إلا أن هذه الصلاحية مقيدة في الحدود التي رسمها قانون المحكمة، ويمكن اجمال اختصاصات المحكمة بتفسير القوانين بما يلي:

1- تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين الأخرى لدى التنازع بين السلطات الثلاث حول صلاحياتها وواجباتها.

2- الفصل في دستورية النصوص المدعى بعدم موافقتها لأحكام القانون الاساسي أثناء المحاكمة بطلب من المحكمة او من أحد الخصوم[1].

3- تفسير التشريعات التي يقرها المجلس التشريعي والتي اثارت خلافاً في التطبيق وكانت على جانب من الأهمية بالشكل الذي يستدعي تفسيرها. وهذا الاختصاص قد اضيف على اختصاصات المحكمة بموجب القرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته.

وهذا الاختصاص الأخير هو الاختصاص الوحيد الذي يصح للمحكمة أن تباشره بلا طلب، فإذا لاحظت المحكمة الدستورية أن ثمة نص قانوني غامض بالشكل الذي أثار خلافاً في التطبيق بين المحاكم كان للمحكمة ان تتصدى لتفسيره من تلقاء نفسها، ويشترط لانعقاد اختصاص المحكمة في هذا النوع من التفسير أن يكون النص المراد تفسيره قد أثار خلافاً في التطبيق وعلى جانب من الأهمية، فإن لم يكن كذلك تفقد المحكمة اختصاصها في التصدي لتفسيره.

[1] يكون للمحكمة من تلقاء نفسها إحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية للبت في دستورية النص الذي ينطبق عليها إذا ما تراءى لها أنه شائبة مخالفة القانون الأساسي تشوبه، كما يكون لأحد الخصوم أن يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص قانوني فإذا رأت المحكمة ان الدفع جدي تمهل الخصم أن يقيم الدعوى بشأن عدم دستورية ذلك النص امام المحكمة الدستورية خلال 60 يوماً فإن لم يفعل أعتبره دفعه كأن لم يكن. وهذا ما نصت عليه المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 بصيغتها المعدلة بالقرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 والتي تنص على انه: " ذا دفع أحد الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت تلك المحكمة أن الدفع جدي، تؤجل النظر بالدعوى وتحدد لمن أثار الدفع ميعادًا لا يتجاوز (60) يومًا لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن". أنظر المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 بصيغتها المعدلة بالقرار بقانون رقم 32 لسنة 2022: مصدر سابق.

وبإسقاط مفهوم النص المفسر على ما سبق بيانه، فيتضح أن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بخصوص نص تشريعي غامض، يجعل من النص الغامض نصاً واضحاً مفسراً، لأنه –وعلى الرغم من غموضه– قد أُلحق بتفسير صادر عن جهة ذات اختصاص فزال ما به من غموض او إبهام.

ويذكر ان للتفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا له قوة ملزمة للجهات القضائية ولسلطات الدولة، وذلك لنص المادة 1/41 من قانون المحكمة على انه: "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة"، كما نصت المادة 2/25 من ذات القانون على انه: "عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئياً أو كلياً، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون"[1].

فإذا صدر حكم عن المحكمة الدستورية يفيد بإلغاء نص قانوني ما لعدم دستوريته وجب وقف العمل به إعمالاً لنص المادة 1/41 من قانون المحكمة، وكذلك فإن القرارات التي تصدرها التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا في تفسير القوانين حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث واختصاصاتها تكون واجبة الاتباع لدى المحاكم الأخرى وتعتبر مفسرة لنصوص التشريع التي تناولت تلك الاختصاصات والحقوق المنوطة بالسلطات الثلاث والمتنازع عليها.

ويزيل التفسير الذي تتبناه المحكمة بشأن أي نص تشريعي على النحو المذكور آنفاً، اللبس عن النص التشريعي محل التفسير ويكون ما تبنته المحكمة واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى، وذلك ضمن قرينة قانونية وضعها المشرع تفيد أن حكم المحكمة الدستورية بشأن تلك النصوص يزيل ما يكون قد اعتراها من غموض أو إبهام بالشكل الذي تكون فيه دالة على إرادة المشرع ولا تقبل معه التأويل.

[1] المواد 1/41 و 25/ 2 من من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته: مصدر سابق.

وعليه، فإن حكم النص المفسر يتمثل في انه ينبغي على المحكمة العمل به فيما دلَّ عليه دلالة واضحة وقطعية في ضوء التفسير الذي أُلحق به، وانه لا يحتمل التأويل بدليل آخر، ولا مجال فيه للاجتهاد بالرأي إلى الحد الذي وقع عليه التفسير والبيان، كما أنه مقدّم –عند التعارض– على النصّ والظاهر لانهما يحتملان التأويل وهو لا يحتمله، إلا انه –وبالمعنى القانوني– يحتمل النسخ والالغاء والتعديل من قبل المشرع[1].

رابعاً: النص المُحكم

النص المُحكم لغةً: "النص المتقن"، وفي الاصطلاح: "اللفظ الذي ظهرت دلالته بنفسه على معناه ظهوراً واضحاً قوياً، بحيث دل بالصيغة على معناه دلالة واضحة قطعية، فهو مقصود أصالة، وسيق النص لأجله مباشرة، ولا يحتمل التأويل بالتخصيص ان كان عاماً ولا يحتمل تأويلاً إن كان خاصاً، ولا يحتمل النسخ أو الإلغاء؛ لأنه يدل على حكم أصلي لا يتبدل بتبدل الأحوال، فهو في غاية وضوح المعنى والإفادة"[2].

وفي علم الشريعة الإسلامية يندرج تحت النص المحكم النصوص الشرعية التي تتضمن الاحكام الأساسية في الدين، كأصول العقيدة والإيمان والفضائل وقواعد الاخلاق التي يقرها العقل السليم ولا تختلف باختلاف الأحوال، وكالنصوص التي تقرر العدل وتأمر به، وتلك التي تأمر بالوفاء بالعهود وبر الوالدين وصلة الأرحام، والتي تنهى عن الرذائل كالظلم والكذب ونقض العهود وخلافه من النصوص[3].

[1] عبد الله: محمد حسين: مرجع سابق. ص 285. وفي الشريعة الإسلامية يقبل النسخ في عهد الرسول –صلى الله عليه وسلم– لان حقبة الرسالة حقبة تشريع، ولكنه لا يقبل النسخ في وقتنا لانقطاع الوحي بوفاة الرسول –صلى الله عليه وسلم–.

[2] زيدان، عبد الكريم: الوجيز في أصول الفقه. الطبعة الأولى الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2004. ص274 وما بعدها، وكذلك أنظر : أصول السرخسي 165/1 مشار اليه لدى: الزحيلي، محمد مصطفى: مرجع سابق.ص92.

[3] الزحيلي، محمد مصطفى: مرجع سابق.ص92.

فكل هذه النصوص تعتبر في الشريعة الإسلامية محكمة لذاتها[1]، لأنها قررت مبادئ عامة واصولية في الشريعة الإسلامية وفي الايمان والعقيدة، وأخرى تتصل بمعان خالدة أقرتها الشريعة الإسلامية ووافقتها الفطرة الإنسانية السليمة، لذلك فإنها لا تحتمل التأويل ولا النسخ.

ومن النصوص المحكمة أيضاً في ميدان الشريعة الإسلامية، تلك النصوص التي اقترن فيها ما يفيد تأبيد حكمها وهي ما اصطلح الفقه الشرعي على تسميتها "النصوص المحكمة لغيرها"[2]، كقول الله –تعالى:

﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝٤﴾ [النور: 4]، فالنص هنا يقضي بعدم جواز قبول شهادة من يرمي المحصنات إلى الأبد ولو صار عدلاً وتاب بعد ذلك.

والنصوص المحكمة لغيرها في الشريعة الإسلامية، إنما اكتسبت هذه الصفة لانقطاع التشريع بانقطاع الوحي بوفاة الرسول –صلى الله عليه وسلم– فصارت احكاماً باتة وقطعية ودالة على معناها وغير قابلة للنسخ لانتهاء عهد التشريع في الإسلام، فمنشأ كونها محكمة ليس لذات الصيغة بل لأمر خارج عنها، ألا وهو وفاة الرسول –صلى الله عليه وسلم–[3].

وبإسقاط الباحث لهذه المفاهيم على القانون، فإن القانون يظل عملاً بشرياً قابل للتغيير والتعديل بمرور الازمان وتبدل الأحوال، فلا يمكن القول بأن التشريع لا يقبل النسخ والتعديل والإلغاء، لا بل ان القول بذلك يتنافى مع طبيعة التشريع من وجوب ان يجري تحديثه وفق متطلبات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ومن هنا لا يمكن القول بانتشار النصوص المحكمة في القانون على نطاق واسع، لا سيما الاحكام التي تتسم بالتأبيد (المحكم لغيره)، إذ ان سبب القول بتأبيد الاحكام في الشريعة الإسلامية هو انتهاء الحقبة التشريعية، اما في القانون الوضعي فلا تزال عجلة التشريع مستمرة.

[1] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: مرجع سابق. ص 236.
[2] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: مرجع سابق. ص 237.
[3] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص63.

ولكن، يرى الباحث، انه من الممكن اعتبار النصوص الدستورية من صنف النصوص المحكمة لذاتها، ذلك من كونها تؤسس لمبادئ مستقرة وثابتة في العلم الإنساني كالعدل والمساواة بين المواطنين والحق في العلاج والصحة وتلقي التعليم، والحق لكل انسان بمحاكمة عادلة تكفل له ضماناته الإنسانية، فكل هذه الحقوق ثابتة ومستقرة في الفطرة الإنسانية وتوافق العقل وقد أجمعت عليها الأمم ومن غير الممكن الغاءها أو تعديلها[1].

وكذلك، يرى الباحث أن ما يعتبر من النصوص المدنية المُحكمة الدالة على معناها بصورة قطعية، ولا يتصور نسخها او الغاءها بتبديل معناها أو قلبه او تغييره، تلك النصوص التي تعتبر نصوصاً عامة وأصوليات في القانون المدني بحيث تبنى عليها سائر الأحكام، والتي اتفق عليها التشريع القانوني الاممي واجمع عليها فقهاء وشراح القانون، ولا يتصور العزوف عنها لعدالتها من ناحية ولموافقتها للعقول السليمة، ومنها ما نصت عليه المادة الثامنة من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ" والمادة التاسعة منها بقولها: "الْأَصْلُ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ الْعَدَمُ"[2].

فالأصل في الانسان أنه بريء الذمة مما هو مدعى عليه به، وعلى المدعي إقامة الدليل على انشغال الذمة، والمديونية صفة عارضة على ذلك الأصل، والاصل في تلك الصفة هو العدم حتى يقوم الدليل على ثبوت المديونية، فكل إنسان يولد وهو برئ الذمة فالأصل أنه ظل على هذا الحال، ومن يدعي خلاف هذا الأصل فعليه ان يثبت ذلك.[3]

والقول بخلاف ذلك معناه ان يكون مباحاً لمن لا يملك أي دليل على مديونية شخص اليه ان يدعي بذلك الدين بهتاناً، وأن يكتفى منه بمجرد القول، وأن يجبر المدعى عليه على دفع تلك الدعوى، وهو ما يتنافى

---

[1] على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة 9 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 : " الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، والمادة 1/10:"حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام."، والمادة 14:" المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه". أنظر هذه الضمانات والحقوق وغيرها في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد الممتاز 2 بتاريخ 2003/3/19 الصفحات 5-48.

[2] المواد 8 و 9 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[3] حيدر علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص 25.

مع أصول العمل القضائي ويتنافى مع المنطق القانوني، فتعتبر هذه النصوص من العموم والأصولية بمكان لا يمكن معه للمشرع العزوف عنها او التخلي عن معناها.

وهذا النوع النصوص لا يحتمل التأويل بنصوص أخرى تقيدها او تخصصها، فلا تجد نصاً تشريعياً آخر يجيز قبول الدعوى وتكليف المدعى عليه بدفعها لمجرد قول مرسل من المدعي، وعلى ذلك فإن هذه النصوص نصوصاً محكمة.

وختاماً لهذه المراتب، فإن ثمرة التفاوت بينها تظهر عند التعارض بخصوص واقعة ما، كما في الأمثلة التي طرحها الباحث عند كل نوع، فيقدم "النصّ" على الظاهر والمفسر على كليهما، والنص المحكم على جميع تلك النصوص، وذلك لان النص الأقوى أولى بالإعمال والتقديم، فالمحكم يتقدم على غيره[1] لأنه لا يحتمل التأويل ولا النسخ ويليه المفسر لأنه لا يحتمل التأويل ولكنه يحتمل النسخ، ويليهما "النصّ" ثم الظاهر، فالنص مقدم على الظاهر مع ان كل منهما يتفقان بالقابلية للتأويل والنسخ، إلا أن النصّ يدل على قصد المشرع المباشر الذي سيق الكلام لأجله، اما الظاهر فغنه يدل على معنى لم يقصد أصالة من النص بل تبعاً.

الفرع الثاني: أقسام الجملة القانونية من حيث قوتها الملزمة

تنقسم الجملة القانونية من حيث قوتها الملزمة إلى قاعدة قانونية ملزمة (آمرة) وقواعد غير ملزمة (مكملة)[2].

فالقواعد الملزمة أو الآمرة هي "تلك القواعد التي تهدف إلى حماية المصالح الكبرى في المجتمع، والتي لا يمكن للأفراد الاتفاق على خلافها أو استبعادها، وهذه القواعد تشكل قيداً على حرية الأفراد وهذا القيد اقتضته المصالح العليا للمجتمع"[(3)].

[1] فمثلاً ينبغي مراعاة قاعدة أن الأصل براءة الذمة والأصل في الصفات العارضة العدم في كل وقائع المديونية التي تعرض على المحكمة.

[2] القماري، فهيمة أحمد علي: **أساسيات الصياغة القانونية**. لا يوجد رقم طبعة. الإسكندرية: دار الكتب والدراسات العربية. 2019.

[3] القماري، فهيمة أحمد علي: **مرجع سابق**. ص 78 .

وفي ذلك قررت محكمة استئناف عمان: "وعليه وحيث ان القواعد القانونية تقسم الى قواعد قانونية امرة وناهية وقواعد قانونية مكملة. وحيث ان القواعد القانونية الامرة والناهية هي التي توجه للأفراد بشكل اوامر او نواهي وينعدم ازاءها سلطان ارادتهم وتقيد فيها حريتهم بحيث يجبرون على احترامها والخضوع لها ولا يستطيعون التحلل من احكامها ولو بالاتفاق فيما بينهم على مخالفتها وهي ترد بصورة امرة او بصورة نهي وبالتالي تكون بمثابة قيد على حرية الافراد فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفة حكمها وكل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا ولا يعتد به فيما بينهما ولا بالنسبة للقاضي"[1].

أما القاعدة المكملة وقد يطلق عليها المفسرة أو المتممة فهي "تلك القاعدة التي يمكن للأفراد الاتفاق على خلافها، ولكنها تكون ملزمة لهم في حال لم يتفقوا على خلافها"[2].

فالقواعد المكملة تهدف الى حماية المصالح الخاصة للأفراد وبالتالي يمكن للأفراد الاتفاق على خلافها، مثل: وقت تسليم المبيع وزمانه وطريقة دفع الثمن، والقاعدة القانونية الواردة في تحديد الاختصاص المكاني للمحاكم النظامية والتي يسقط حق من لم يتمسك بها في أول جلسة وقبل الدخول بأساس الدعوى وقبل إبداء أي دفع موضوعي[3] .

وفي ذلك قررت محكمة استئناف القدس: "ان القواعد القانونية تنقسم من حيث قوة الزامها الى قواعد امرة ينعدم امامها سلطان ارادة الافراد فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها والا وقعت اتفاقاتهم باطلة بطلانا مطلقا لا تصححه اجازة ولا يرد عليه قبول واخرى مكملة او قدرة تعن الحاجة اليها لتقدير حكم القانون فيما

---

[1] الحكم رقم 15222 لسنة 2016 الصادر عن محكمة استئناف عمان بتاريخ 2016/4/27، والمنشور على موقع قسطاس.

[2] الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون–النظرية العامة للحق)**. الطبعة الثالثة عشر. عمان–المملكة الأردنية الهاشمية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. (2011) . ص53 .

[3] المادة 91 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية في العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص34 .

تخلو اتفاقات المتعاقدين من النص عليه فتصبح هذه القواعد مكملة لإراداتهم طالما انهم لم يستبعدوها من نطاق التطبيق"[1].

وفي ذات السياق قررت محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية: "ونخلص الى ان القاعدة المكملة على عكس القاعدة الآمرة لا تمثل قيداً على حرية الافراد بل تترك لهم الحرية في تطبيقها كما هي أو استبعادها وتطبيق ما اتفقوا عليه ولهذا اعتبرت هذه القاعدة مكملة لإرادة الفرد فلا تنطبق الا حيث لا يوجد اتفاق بين ذوي الشأن على تنظيم علاقاتهم او حيث وجد الاتفاق وكان ناقضاً"[2].

فالقاعدة القانونية المكملة تتدخل لإكمال اتفاق الأفراد في حالة سكوتهم عن تنظيم مسألة معينة، ومن هنا أطلق عليها القواعد القانونية المكملة، لأنها تكمل إرادة الأفراد الناقصة، كدفع الثمن قبل استلام المبيع، والحكم الذي يقضي بأن الإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة تقع على عاتق المؤجر[3].

ويمكن للقاضي المدني التمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية المكملة وفق إنزال أحد المعايير التالية:

1- المعيار الشكلي: يقوم هذا المعيار على التعرف على عبارات النص القانوني والتي يظهر منها اتجاه نية المشرع الى اعتبار القاعدة القانونية المدنية قاعدة آمرة، من خلال عبارات النص نفسه وألفاظه، ويعبر المشرع عن هذه النية من خلال استخدام عبارات تدل على القطع والفرض والالزام أو تعيين

[1] الحكم رقم 264 لسنة 2011 الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 2011/6/27 وأضافت المحكمة: "ومن قبيل ما يوصف بانه آمر من قواعد اصول المحاكمات ونصوصه وهذه المسائل المتعلقة بالاختصاص ولائيا كان او نوعيا او قيميا وبطلانه ضمن الدعاوي وضمن الطعون لعدم التوقيع عليها من محامين مقبولين للمرافعة امام المحاكم المختصة .واسباب عدم صلاحية القضاة لنظر الدعاوي المطروحة عليهم واجراءات التقاضي ومواعيد الطعن في الاحكام وطرق الطعن فيها والدفع بحجية الامر المقتضى وتحديد جهات القضاء وتشكيل المحاكم واجراءات اصدار الاحكام وما يتعين ان تشمل عليه هذه الاحكام من بيانات جوهرية". منشور على موقع قسطاس.

[2] الحكم رقم 78 لسنة 2022 الصادر محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بتاريخ 2022/1/18 والمنشور على موقع قسطاس.

[3] الشامسي، جاسم علي سالم: تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية-جامعة عين شمس. المجلد 41 العدد 1 ./الصفحات 226-152، ص199.

الجزاء على مخالفة النص القانوني، كاستخدام عبارة: "لايجوز..." أو "يقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"[1] .

وعادةً ما تنحصر صيغ القاعدة التشريعية الآمرة بخمسة صور أساسية هي: صيغة الالزام: مثل "يجب.."، "على كل من ..."، "يتعيّن..."، صيغة تخويل السلطة التقديرية لشخص بصفته الوظيفية: مثل "يجوز لرئيس المجلس القيام بكذا..." فيفهم من ذلك أنه لا يجوز لغيره، صيغة الحظر والإبطال: مثل "يحظر القيام بكذا"، "يمنع.."، "لا يجوز"، "لا يعتبر صحيحاً.."، صيغة الاشتراط: مثل "يشترط فيمن يكون أهلاً للشهادة ما يلي..." فالشرط هنا آمر لتعلقه بالعمل القضائي[2].

ومثال النصوص الآمرة وفقاً للمعيار الشكلي، ما نص عليه قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني والنافذ في فلسطين رقم 40 لسنة 1952 في المادة 16 فقرة 3 على أنه: " في الأماكن التي تمت التسوية فيها، **لا** يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل. كل من كان فريقاً في معاملة أجريت خلافاً لما ذكر يكون عرضة بعد الإدانة من قبل المحكمة التي تنظر في القضية لدفع غرامة لا تتجاوز خمسة دنانير"[3].

إذ رتبت هذه المادة البطلان على بيع أي عقار خارج الدائرة الرسمية، فلا يمكن للأفراد الاتفاق على خلافها ولا يمكن للمحكمة الأخذ بصحة البيوعات الجارية خارج الموقع الرسمي، إذ أن الجملة القانونية قد بدأت بلفظ "لا يعتبر.." وهو لفظ يفيد النهي، فالقاعدة المذكورة تكون ملزمة للأفراد وللمحكمة[4].

---

[1] الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص56.

[2] الصوالحة، سماح و العوري، استقلال: الدليل الإجرائي الداخلي لصياغة التشريعات (ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني). رام الله: ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني. 2020. ص37.

[3] قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني والنافذ في فلسطين رقم 40 لسنة 1952 .

[4] وفي ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية في الحكم رقم 111 لسنة 2022 بتاريخ2023/5/10 : "وحيث ان هذا العقد لم يسجل في الدائرة المختصة حسب الاصول ... وحيث ان المادة 16 فقره 3 من قانون تسوية الاراضي والمياه قد نصت على " في الاماكن التي تمت فيها اعمال التسوية لا يعتبر البيع والمبادلة والافراز في الارض او الماء صحيحا الا اذا كانت المعاملة قد جرت في دائر التسجيل " وحيث ان التسجيل في دائرة التسجيل يعتبر شرطا لاعتبار العقد صحيحا منتجا لآثاره فان عدم تسجيل العقد يعني ان العقد غير صحيح وغير منتج لآثاره ولا يحتج به ولا يعتبر بينة منتجه في الدعوى". منشور على موقع قسطاس.

ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 141 فقرة 1 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والمتعلقة بأحوال امتناع القاضي المدني عن نظر الدعوى، إذ نصت على أنه " يجب على القاضي أن يمتنع عن نظر الدعوى ولو لم يطلب رده أحد الخصوم إذا توفرت إحدى الأسباب التالية..."[1]

ثم تلا الحكم المذكور في الفقرة الأولى من المادة المذكورة الفقرة الثانية من ذات المادة والتي رتبت البطلان على كل حكم أو قرار أصدره القاضي وفق الحالات المذكورة.

يتبين من ذلك بأن هذه القاعدة قاعدة آمرة ملزمة للقاضي ومتعلقة بالنظام العام إذ استخدم المشرع العبارات الواضحة والصريحة التي تشير الى الالزام والقطع ورتب جزاء البطلان على مخالفة أحكام المادة.

وفي ذلك قررت محكمة استئناف عمان: "ان الفرق بين القاعدة القانونية الامرة والناهية والقاعدة القانونية المكملة يستند الى صياغة النص وعباراته بحيث تسمى بالمعيار المادي (او الشكلي او اللفظي). وعليه فاذا اراد المشرع ان يضع قاعدة قانونية امرة وناهية فمن الممكن ان يعبر ذاكرا صراحة انها امرة وناهية بحيث يعبر عن ذلك باي لفظ كان يذكر مثلا "عدم جواز الاتفاق على مخالفتها" او "اي خروج عنها يقع باطلا" او ان يجعل عبارة النص بصيغة الامر او النهي كان يبدا بكلمة "يجب او بمجرد او لا يجوز او لا يصح" الى غير ذلك من العبارات التي تفيد الامر او النهي"[2].

أما في القواعد القانونية المدنية المكملة فيستخدم المشرع ألفاظاً تدل على السماح بمخالفة القاعدة القانونية، أو جواز الاتفاق على خلافها، وتخلو من عبارات الأمر والنهي او ترتيب البطلان على مخالفة حكم القاعدة[3]، مثل عبارة : "مالم يتفق على خلاف ذلك.." أو كلمة "يجوز...".

---

[1] المادة 141 فقرة 1 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[2] الحكم رقم 15222 لسنة 2016 الصادر عن محكمة استئناف عمان بتاريخ 2016/4/27، والمنشور على موقع قسطاس.

[3] الشامسي، جاسم علي سالم: مرجع سابق. ص 202.

ومثالها ما نصت عليه المادة 68 فقرة 1 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 على أنه: "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[1] .

فلقد بينت المادة المذكورة آنفاً، أنه لا يجوز اثبات وجود أو انقضاء أي التزام مدني في غير المادة التجارية تزيد قيمته عن 200 دينار أردني أو ما يعادلها إلا ببينة خطية، ولا يمكن اثباته بشهادة الشهود، مالم يوجد اتفاق صريح او ضني بين الأطراف يقضي بغير ذلك.

ومن هذا النص يتضح بأن المشرع قد أكمل إرادة الأطراف في حال لم يتفقوا على اجازة الاثبات بشهادة الشهود على المطلق، إذ حظر الاثبات بها فيما يزيد عن 200 دينار أردني أو ما يعادلها في حال لم يجري الاتفاق على اجازتها في هذا النصاب بين الأطراف، فكأنما أكمل المشرع إرادة الأطراف الناقصة عند التعاقد بوجوب الاثبات ببينة خطية فيما زاد عن 200 دينار أردني او ما يعادلها[2].

ومثال القاعدة المكملة أيضاً، ما نصت عليه المادة 48 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 بقولها: "يجوز في دعاوى التعويضات الناشئة عن الفعل الضار إقامة الدعوى لدى المحكمة التي يقيم المدعي ضمن دائرة اختصاصها أو المحكمة التي حدثت في دائرتها الواقعة المنشئة للفعل المشكو منه"[3].

فالملاحظ هنا ان هذه المادة قد ابتدأت بكلمة "يجوز" إذ جعلت الجواز لصالح المدعي بأن يقيم دعواه في لدى إحدى المحاكم المذكورة إن رغب بذلك ولم تمنع هذه المادة تقديم دعوى الفعل الضار في غير الاختصاصات الواردة فيها، وفي ذلك قررت محكمة استئناف رام الله: "من جانب اخر فان ما اشار اليه

[1] المادة 68 فقرة 1 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص226

[2] زبيدات، ياسر محمود محمد: شرح قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية. الطبعة الأولى. القدس: حقوق النشر للمؤلف. 2010. ص165.

[3] المادة 48 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

قاضي محكمه الدرجة الاولى من ان موطن المدعين هو نابلس وبالتالي تنطبق احكام المادة 48 من قانون اصول المحاكمات بحيث يكون مناط الاختصاص هو مكان اقامه المدعين في حاله الادعاء بالتعويض الناتج عن الفعل الضار فان هذا القول لا يتفق واحكام القانون وروحه بل ان الفهم الصحيح لهذه المادة هو اعطاء الخيار للمدعي بإقامه الدعوى في مكان اقامته وهو امر جوازي منوطا باختياره دليل ان المادة 48 المذكورة بدأت بعباره يجوز وهذا الجواز للمدعي دون غيره فان تركه فلا يضيره"[1].

2- المعيار الموضوعي (المعنوي): إذا لم يتضمن النص القانوني عبارة تفيد الالزام والقطع وترتيب الجزاء على المخالفة كما تبين في المعيار الشكلي، فينبغي على القاضي المدني وعند دراسته للقاعدة القانونية أن يبحث في مدى تعلقها بالصالح العام فيحدد الزاميتها أو تعلقها بمصالح الأفراد فيقرر بأن النص القانوني الذي أمامه نص مكمل[2].

فتكون القاعدة القانونية آمرة إذا تعلقت بالنظام العام والآداب وتكون مكملة إذا تعلقت بحماية المصالح الفردية.

ولم تضع التشريعات العربية تعريفاً محدداً للنظام العام والآداب، ولكن من المستقر عليه بأنه يرجع لتحديد المسائل المشمولة بالنظام العام والآداب للنظريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل زمان ومكان[3].

ويرى الباحث بأنه من الممكن للقاضي المدني تحديد مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب إذا قام بالرجوع الى المبادئ الدستورية التي تحكم البلاد من جهة ومدى تعلق المصلحة التي يحميها النص بالصالح العام من جهة اخرى، فإذا كان النص القانوني متعلقاً بمصلحة يحميها الدستور أو القانون الأساسي كانت القاعدة القانونية آمرة، كما يمكن للقاضي تحديدها من خلال الرجوع الى القوانين العامة

[1] الحكم رقم 1012 لسنة 2015 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2017/9/17 والمنشور على موقع قسطاس.

[2] الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص56

[3] الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص57

المتفرع عنها النص القانوني المعروض أمامه ودراسة الخلفية التشريعية لهذه القاعدة القانونية وطبيعة المصلحة المراد حمايتها، فإن كانت المصلحة المراد حمايتها متعلقة بالمصالح العامة أو بالأسس التي يقوم عليها كيان الدولة و بناء المجتمع أو كانت متعلقة بالتنظيم القضائي أو بحقوق الدولة أو بنظام الاسرة كانت القاعدة القانونية التي تنظمها من النظام العام، وإلا فالقاعدة مكملة.

وإن تحديد مدى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام من عدمها لهو أمر راجع بالدرجة الأولى لقاضي الموضوع وتراقب عليه محكمة النقض في ذلك لكون هذه المسألة من مسائل القانون[1] .

وختاماً تجدر الإشارة كذلك، الى ان القاعدة القانونية تنقسم من حيث الحكم إلى جملة قانونية حكمية وجملة غير حكمية، وهي كما يلي:

1- الجملة الحكمية: ويقصد بها "العبارة القانونية التي تنص على الحكم، أو القاعدة التي تحملها القاعدة القانونية، وتتمثل وظيفتها عادة في فرض واجبات والتزامات أو حظر القيام بأعمال معينة أو تخويل سلطة تقديرية، أو حق أو اختصاص، أو سلطة لشخص على شيء"[2].

وتتكون الجملة الحكمية في القاعدة القانونية من عنصرين رئيسيين هما: الفعل القانوني والفاعل القانوني، فالفاعل القانوني هو الشخص المخاطب بالحكم القانوني الذي تضمنته القاعدة القانونية، وهو الذي يقع عليه التزام أو يحظر عليه القيام بأمر، أو الشخص الذي منحه القانون حقاً أو سلطة أو امتيازاً، وبمعنى أدق هو الذي ينطبق عليه النص القانوني، وقد يكون المخاطب بالحكم القانوني شخصاً عادياً أو معنوياً أو شخصاً من شخوص القانون العام كالهيئات والمؤسسات العامة وما إلى ذلك. أما بخصوص الفعل

[1] المادة 225 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي تنص على أنه: "للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".

[2] القماري، فهيمة أحمد علي: أساسيات الصياغة القانونية: مرجع سابق. ص79.

القانوني، فهو الجزء من القاعدة القانونية والمتضمن للحق أو الامتياز الممنوح للفاعل القانوني أو للحظر الواقع عليه، وعادة ما يرد بعد عبارة "فيمكن.." أو "يجوز له..." أو "يحظر عليه..."[1].

فعندما ينص القانون مثلاً في المادة 137 من قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005 على أنه: "لا يجوز لأي شخص أن يستعمل مركبة آلية، أو أن يسمح لأي شخص آخر باستعمالها أو أن يتسبب في ذلك إلا إذا كانت للمركبة وثيقة تأمين نافذة المفعول متفقة وأحكام هذا القانون".[2]

فالفاعل القانوني في هذه المادة هو أي شخص يستعمل مركبة آلية، والفعل الذي تضمنته المادة المذكورة هو حظر استعمال المركبة الآلية أو السماح للغير باستعمالها بدون وثيقة تأمين نافذة المفعول.

2- الجملة القانونية غير الحكمية: "وهي الجملة التي لا تحدد أي التزامات أو تخول حقوق ولا تحظر القيام بعمل أو إجراء"[3].

ومثالها مواد وفقرات التعريفات الواردة في مستهل أغلب القوانين، فالغرض منها هو تحديد معاني بعض المفاهيم التي سترد في المواد الحكمية التالية.

المبحث الثاني: وسائل تفسير النص القانوني السليم

يقصد بوسائل تفسير القاعدة القانونية: "المسالك والمناهج وطرق التحليل التي يتبعها القاضي أو المفسر من أجل بيان قصد النص القانوني واستظهار نية المشرع منه حتى يتم فيما بعد تطبيقه تطبيقاً صحيحاً"[4].

وتظهر الحاجة الملحة لتفسير النص القانوني سواء أكان واضحاً أم غير واضح، ففي حال كان النص القانوني واضحاً فلا بد من منهج موحد يلتزم به القضاة لاستخراج الدلالة منه، وفي حال كان النص معيباً

---

[1] الصوالحة، سماح و العوري، استقلال: الدليل الإجرائي الداخلي لصياغة التشريعات (ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني). رام الله: ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني. 2020. ص36.

[2] قانون التأمين رقم 20 لسنة 2006 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية العدد 62 بتاريخ 2006/3/25، ص 5 .

[3] القماري، فهيمة أحمد علي: **مرجع سابق**.ص80

[4] الحفيان، إسماعيل: *تفسير النصوص بين الشريعة والقانون: تكامل أم تعارض؟*. **وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا**. العدد الثامن. / الصفحات من 153 - 208 . ص186.

فلا بد من وضع ضوابط معينة لتفسيره وتحليله حتى لا تختل المراكز القانونية للأفراد باختلاف القضاة أو باختلاف مناهج التفسير.

ولقد احتذى القانونيون حذو علماء أصول الفقه الإسلامي في طرق تفسير القاعدة القانونية سيما في تعيين طرق دلالة الألفاظ على المعاني وفي علم الدلالات والمفاهيم في النصوص وما يحتمل التأويل وما لا يحتمله إلى غير ذلك من ضوابط فهم النصوص واستقاء الحكم منها، وعليه، فإن عملية تفسير القاعدة القانونية تعتمد بشكل أساسي على ما حرره علماء أصول الفقه المسلمين من قواعد اعتمدوا عليها في تفسير النصوص الشرعية، معتمدين في ذلك على الطبيعة الخاصة للغة العربية ودلالتها على المعاني وهو ما ينطبق على القاعدة القانونية باعتبارها مادة تشريعية[1].

وبما أن النص التشريعي السليم لا يحتاج لفهمه الى مصادر خارجة عنه، فإنه يتعين تفسيره من خلال عباراته وصيغه ودلالات الفاظه وهو ما اصطلح عليه فقهاء القانونية بمصطلح "الوسائل الداخلية لتفسير القاعدة القانونية" التي يقصد بها: "تلك الوسائل التي يستخلص بها القاضي مدلول النص من النص ذاته عن طريق عباراته وصيغه، ودون الاستعانة بأي وسائل خارجة عنه"[2].

وتفسير النص السليم الواضح يكون إما تفسيراً لفظياً بالاعتماد على حرفية النص وعباراته وألفاظه ومفرداته وهو ما يسمى بالتفسير بالاعتماد على منطوق النص، فبالتالي فإن التفسير اللفظي للقاعدة القانونية يعمد إلى الكشف عن إرادة المشرع من خلال العبارات التي يتضمنها النص التشريعي، وقد يكون للعبارة أو للكلمة معنى لغوي ومعنى قانوني، فعندئذ فالأصل أن تحمل الكلمة على معناها الاصطلاحي الذي تستعمله لغة القانون إلا إن كان سياق النص يفيد غير ذلك[3] .

---

[1] خلاف، عبد الوهاب: *تفسير النصوص القانونية وتأويلها*. **مجلة القانون والاقتصاد– جامعة القاهرة– كلية الحقوق**. العدد الثاني مجلد 18 ./ الصفحات من 177–198 . ص 177

[2] عنقر، خالد: *دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية*. مجلة الفقه والقانون. المغرب. صلاح الدين دكداك. 2016. ع41. ص66–72. ص70 .

[3] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. الصفحات 429 و 430 .

وقد يكون التفسير من خلال استخلاص المعنى من روح النص وفحواه (التفسير المنطقي) بحيث لا يقف القاضي عند حدود عبارات النص ومفرداته بل يتعداها ليتقصى جميع المعاني التي تستفاد من روح النص وفحواه، وإن عدم وقوف القاضي عند عبارات النص ومفرداته قد يؤدي به إلى تفسير النص تفسيراً واسعاً ليشمل عدداً أكبر من الفرضيات حتى يدخل النزاع المعروض أمامه في إحدى هذه الفرضيات، وهذا لا يصح، لأن التفسير الواسع للنص القانوني لا يصلح في كل الحالات، إذ لا يجوز تحميل النص أكثر مما يحتمل، بل أن هناك نصوص قانونية ينبغي تفسيرها تفسيراً ضيقاً والوقوف عند معناها الحرفي، كالنصوص المتعلقة بالاستثناءات إذ أنه من المعروف بأن الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه، فقولنا أن الأصل في الأمور الاباحة، يقتضي منا القول بان النصوص التي تجعل من بعض الأمور غير مباحة استثناء عن الأصل وينبغي التضييق في تفسيرها[1].

وقد يثور التساؤل التالي: متى يفسر القاضي النص القانوني بالاعتماد على مفرداته ومعانيه ومتى يفسره بناء على روحه وفحواه؟

إن كلاً من التفسير اللفظي للنص والتفسير المنطقي يكملان بعضهما البعض، فمضمون القاعدة القانونية لا يتحدد بعباراتها وألفاظها الحرفية فحسب، بل بقياس المعنى المستنبط على الإرادة الحقيقية للمشرع، فيقع على القاضي استنباط المعنى من خلال عبارات النص وصولاً إلى إرادة المشرع الحقيقية من سنه[2] .

وبما أنه قد سبق القول أن فقهاء القانون قد تأثروا بعلماء أصول الفقه المسلمين في استنباط دلالات الالفاظ على المعاني، فإن دراسة الوسائل الداخلية لتفسير القاعدة القانونية لن تخرج عن تلك القواعد التي اقرها علماء أصول الفقه بشأن علم الدلالات، وقد قسم الشافعية والجمهور من الائمة دلالة اللفظ على معناه إلى قسمين هما: دلالة المنطوق وتشمل دلالة العبارة والاشارة والاقتضاء، ودلالة المفهوم وتشمل مفهوم الموافقة

[1] عبد العال، عكاشة و منصور، سامي: **مرجع سابق**. ص58 .

[2] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص435 .

ومفهوم المخالفة[1]. ومن هنا سيتناول الباحث في هذا المبحث دور القاضي المدني في تفسير النص الواضح من خلال منطوقه ومفهومه وذلك في مطلبين.

المطلب الأول: دلالة منطوق النص القانوني

متى كان النص سليماً لا عيب فيه، وجب على القاضي أن يستخلص منه المعاني التي ضمنها الشرع إياه، وأن يطبق حكمه على النزاع المعروض عليه، ولا يجوز له ترك انزال هذا الحكم بحجة أنه يرى أنه غير عادل، أو أن حكماً قد يكون أعدل منه أو أصلح، ولذلك فإن حكم المشرع واجب الاتباع دائماً وليس على القاضي سوى استنباط الحكم منه، ولهذا نصت المادة 14 من مجلة الاحكام العدلية على أنه : "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[2] .

والدلالة لغة: "مصدر دل ويدل، ودلالة بفتح الدال وهو أفصح، أي أن اللفظ إذا أطلق فهم منه معنى"، وفي المعنى الاصطلاحي: "كون الشيء يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، وهذا من أصلح التعريفات لأنه يدل على أن هناك تلازماً بين الدال والمدلول، بحيث إذا فهم الدال فهم المدلول"[3].

وتعني دلالة المنطوق: "المعنى الذي يُفهم من دلالة اللفظ قطعاً في محل النطق على حكم شرعي مذكور في الكلام، وسواء أكانت تلك الدلالة مطابقة أو تضمنية أو لازمة"[4].

فهي بذلك استخراج الحكم القانوني من النص عن طريق نفس ألفاظ النص، وقد تكون عن طريق دلالة عبارة النص أو دلالة إشارة النص أو دلالة اقتضائه[5] .

---

[1] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **أصول الفقه**. الطبعة الأولى. عمان–الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 1996 . ص254. يذكر أن الحنفية خالفوا هذا التقسيم فلم يأخذوا بالتفرقة بين المنطوق والمفهوم، لا بل وأضافوا مفهوم الموافقة الى دلالات اللفظ نفسه وقدموا عليها عبارة النص واشارته كما سيأتي بيانه في متن الدراسة، (أنظر ذات المرجع ص247).

[2] عبد العال، عكاشة و منصور، سامي: **المنهجية القانونية**. لا يوجد رقم طبعة. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2008.ص56 وكذلك أنظر المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية: مصدر سابق، يذكر ان العلامة احمد محمد الزرقا قد ذهب إلى ان النصوص التي لا اجتهاد فيها في النصوص المفسرة والمحكمة لأنها تدل على إرادة المشرع بصورة قطعية ولا يحتملان التأويل، اما غيرها من النصوص كالنصّ والظاهر فيحتملان التأويل والاجتهاد بالتخصيص والتقييد وهو ما يؤيده الباحث.(أنظر: الزرقا، أحمد محمد: شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم.(1989).ص 147).

[3] النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **المهذب في علم أصول الفقه المقارن**. المجلد الثالث. الطبعة الأولى. الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع. 1999 م. ص1053 .

[4] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **أصول الفقه**. الطبعة الأولى. عمان–الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 1996 . ص254.

[5] الشامسي، جاسم علي سالم: *تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله*. **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية–جامعة عين شمس**. المجلد 41 العدد 1 ./الصفحات 226–152 . ص 155 .

الفرع الأول: دلالة عبارة النص

يقصد بدلالة عبارة النص: "دلالة اللفظ على المعنى أو الحكم المقصود من سوق الكلام"[1] وهي "المعنى الذي يتبادر فهمه من الصيغة، ويكون مقصوداً أصالة أو تبعاً".[2] والمقصود أصالة هو الغرض الأول من النص والمقصود تبعاً هو الغرض الثاني الذي يدل عليه اللفظ[3].

وبمعنى آخر، يعرف الباحث دلالة عبارة النص بأنها: "الدلالة أو الحكم الذي يمكن استخلاصه من خلال صيغة النص القانوني مباشرة، وسواء أكان الحكم أصلياً (أي هو جوهر الحكم) أو ثانوياً (تابعاً للحكم الأصلي او متفرعاً عنه)".

وقد أخطأ البعض –لا سيما بعض فقهاء القانون– في تعريف عبارة النص بأنها المعنى الحرفي للنص، لأن عبارة النص لا تعني فقط المعنى المطابق للنص[4]، وإنما تشمل معناه الضمني أيضاً، ويقصد بالمعنى الضمني: "دلالة النص على جزء من معناه الذي وضع له" كاستخدام المشرع للفظ "البيع" للدلالة على الايجاب، مثل نص المادة 178 من مجلة الاحكام العدلية والتي جاء فيها: "... فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بألف قرش..." فيقصد بلفظ "بعتك" هو الايجاب فحسب لا انعقاد البيع[5]، ومن المعاني التضمنية للنصوص أيضاً استخدام المشرع الباب للدلالة على المنزل كاملاً.

وقد يكون المعنى المستخلص من عبارة النص ليس مستخلصاً من المعنى المطابق، وإنما قد يكون المعنى المستخلص لازماً عقلاً او عرفاً، وهو ما يطلق عليه (المعنى الإلتزامي) الذي يظهر من النص أن المشرع قد قصده وساق النص لأجله[6]، فمثلاً وجوب تسليم المبيع معنى خارج عن البيع بحد ذاته الذي يكفي

---

[1] الدريني، فتحي: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**. الطبعة الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2008. ص221

[2] الزحيلي، محمد مصطفى: **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دمشق: دار الخير للنشر والتوزيع. 2006. ص138 .

[3] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **مرجع سابق**. ص 247.

[4] دلالة المطابقة هي موافقة المعنى المستخلص من النص للنص تماماً. (بهذا المعنى أنظر: الدريني: فتحي: مرجع سابق. ص217)

[5] فإن قال المشتري قبلت، انعقد البيع، فقد نصت المادة 169 من مجلة الاحكام العدلية على أنه: "الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ يَكُونَانِ بِصِيغَةِ الْمَاضِي كَبِعْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَأَيُّ لَفْظٍ مِنْ هَذَيْنِ ذُكِرَ أَوَّلًا فَهُوَ إيجَابٌ وَالثَّانِي قَبُولٌ فَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ: بِعْت، ثُمَّ قَالَ الْمُشْتَرِي: اشْتَرَيْت، أَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي أَوَّلًا: اشْتَرَيْت، ثُمَّ قَالَ الْبَائِعُ: بِعْت، انْعَقَدَ الْبَيْعُ وَيَكُونُ لَفْظُ " بِعْت " فِي الْأَوَّلِ إيجَابًا وَ " اشْتَرَيْت " قَبُولًا. وَفِي الثَّانِيَةِ بِالْعَكْسِ...". مصدر سابق.

[6] يطلق الفقه على ذلك الدلالة الالتزامية لعبارة النص؛ بأن يكون اللفظ دالاً على معنى يلزم ان يدل عليه عقلاً او عرفاً. (أنظر في هذا المعنى فتحي: مرجع سابق. ص217)

لانعقاده توافق الإيجاب مع القبول، ولكن تسليم المبيع معنى لازم عقلاً وعرفاً لتمام معنى البيع، فلو استخدم المشرع عبارة (من باع ملكه..) فإنه يفهم من البيع إرادة تمامه لا مجرد انعقاده.

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 114 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 بأنه : "إذا كان حائز المنقول بحسن نية قد **اشتراه** في سوق عامة أو من بائع يبيع أمثاله فلا يجبر على إعادته لمستحقه خلال الأجل المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (113) من هذا القانون إلا مقابل الثمن الذي دفعه، أو قيمته وقت الاستحقاق أيهما أقل"[1] فيفهم من كلمة (اشتراه) تمام البيع بالتسليم لا مجرد انعقاده بالقبول، وفي ذلك معنى ضمني أيضاً بقول المادة (اعادته لمستحقه) أي أن القبض قد تم وكذلك عبارة "حائز المنقول" أي أنه يشترط لإعمال أحكام هذه المادة أن يكون المشتري قد حاز المال حيازة كاملة لا ان يكون عاقداً فحسب، دون حاجة لأن يبين المشرع ذلك صراحة.

فكلاً من المعاني المطابقة للنص أو المفهومة ضمناً منه أو المقصودة منه عقلاً هي من صور المعاني المستفادة من عبارة النص، وهذا هو الأصل بالقاعدة القانونية، بأن يكون مرادها واضحاً من خلال الصيغة مباشرة، والمقصود هنا هو أن تدل عبارة النص على مضمونه بمجرد سماعه أو قراءته، والأصل في المشرع عند صياغة عبارات وألفاظ النص القانوني أن تدل هذه العبارات على مضمون النص دلالة واضحة وصريحة وسريعة الفهم.

وتجدر الإشارة الى ان مراتب النص الواضح كلها (الظاهر والنصّ والمفسر والمحكم) والتي سبق بيانها تشملها دلالة عبارة النص القانوني لأنها كلها من صنف النصوص الواضحة، وأن التفرقة فيما بينها

[1] المادة 114 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001: مصدر سابق، تعالج هذه المادة وما قبلها حالة ضياع مال من صاحبه أو سرقته، إذ يمكن لمالك المال إقامة دعوى استحقاق المال بوجه من يحوز المال المنقول خلال 3سنوات من يوم الضياع او السرقة (المادة 113 من ذات القانون) إلا أن المشرع قد جاء بحكم مغاير فيما يخص الحائز حسن النية الذي اشترى المال في ظروف دعته ليطمئن أن المال ليس بمسروق ولا ضائع، فقرر المشرع هذه القرينة الواردة في المادة 114 لتبيان حسن نيته، فلا يجبر على إعادة المال لمدعي استحقاقه إذا ما قام الأخير بإقامه دعوى الاستحقاق، إلا إذا قبض الحائز حسن النية الثمن الذي دفعه أو قيمة المال وقت الاستحقاق أيهما أقل، وقد راعى المشرع أن الثمن الأقل هو ما يتوجب دفعه مراعاة لاعتبارات زيادة او نقصان قيمة المال خلال مدة ضياع المال المنقول، وبهذه الحالة يستوفي الحائز حسن النية حقه، وبعد ذلك يكون من حق المالك الذي دفع الثمن على النحو المذكور أن يرجع على السارق او من تسبب في ضياع المال بالثمن المدفوع للحائز حسن النية، كما ان من حق الحائز الذي اخذ منه المال بقيمته وقت الاستحقاق والتي كانت تقل عن قيمته وقت الشراء ان يرجع بالفرق عمن تلقى منه المال المنقول. (انظر: زبيدات، ياسر محمود محمد: مرجع سابق. ص 260).

ووضعها في مراتب هو من باب بيان النص الأوضح بياناً من الآخر وما يقبل التأويل منها بالتخصيص والتقييد وما لا يقبل، وفيما عدا ذلك فكل تلك النصوص هي من النصوص الواضحة التي يمكن استخراج حكم القانون منها من ذات ألفاظ النص[1].

ويمكن للقاضي استنتاج المعنى من عبارة النص عن طريق عزو عباراته الواضحة إلى المعنى الواضح الذي ترمي اليه والذي أراده لها المشرع، ويتقيد في أمرين:

أ- أن العبرة بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[2]: بمعنى أن يصل القاضي لمعنى النص وحكمه دون تقيد بالألفاظ المستخدمة كل لفظ على حدا، وإنما يبحث عن المعنى المستفاد من مجموع عبارات وألفاظ النص القانوني وذلك باعتبار النص وحدة متكاملة تسوق الى معنى معين.

ب- تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي ما لم يثبت العكس: فإذا أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه على هذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه، إلا أنه إذا تبين أن المعنى الاصطلاحي يجافي قصد المشرع فعندئذ يصار إلى المعنى اللغوي ويجب في الحالة الأخيرة أن يدل على ذلك ظاهر النص، وعلى ذلك فإن الاصطلاحات الواردة في التشريع تحمل على معناها الاصطلاحي القانوني الذي تقتضيه لغة القانون والعرف لا ما تقتضيه الأوضاع اللغوية[3].

ومثال القاعدة القانونية التي تفهم من دلالة عبارة النص قول المشرع في المادة 368 من مجلة الأحكام العدلية: "البيع الذي يتعلق فيه حق آخر كبيع الفضولي أو بيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك

---

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص222.

[2] وهذا مأخوذ من المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية والتي جاء فيها: "الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي" ومفاد هذه القاعدة ان العبرة بالقرائن اللفظية الواردة في العبارة وما تشمله المقاصد الاصطلاحية في عرف الناس وتخاطبهم، ولان المقصد هو قوام النص والمراد منه، فإذا ظهر القصد كان له الاعتبار وتقيّد اللفظ به وترتب الحكم بناءً على ذلك القصد، فتراعى أولاً المعاني الظاهرة للنصوص إذا دلّت على قصد المشرع او العاقدان –حسب الحال–، فإن لم تدلل على القصد فإنها تهمل من جانب دلالتها على المعاني الظاهرة ويصار الى البحث عن القصد. أنظر زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية. الطبعة الأولى. بيروت– لبنان. مؤسسة الرسالة. (2001) . ص14.

[3] بيومي، سعيد أحمد: مرجع سابق. ص451.

الآخر"[1]، فيفهم من عبارات النص بأن البيع المتعلق فيه حق للغير ينعقد إلا أنه موقوف على إجازة ذلك الغير[2].

وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية في قرارها الذي يحمل الرقم 2016/359 وفي معرض تفسيرها للمادة 207 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي تنص على انه: "تقدم لائحة الاستئناف مرفقاً بها عدد من النسخ بقدر عدد المستأنف عليهم إلى قلم المحكمة الاستئنافية المختصة"[3] ، حيث تلخصت أسباب الطاعن في انه قد تقدم بلائحة الطعن بالاستئناف لدى المحكمة مصدرة القرار المستأنف خلال المدة القانونية وقد قامت محكمة الاستئناف برد استئنافه كونه مقدم خارج المدة القانونية، وقضت محكمة النقض برد الطعن قائلةً: "ولما أن المادة (207) حددت تقديم الاستئناف فقط لقلم محكمة الاستئناف (المحكمة المختصة) وإلا اعتبر تقديمه خارج إطار ذلك ولا يعتد بالمدة التي قدم أمامها، بمعنى أن عبارة النص وإشارته يجب أن يستقيم مع المعنى المقصود من الدلالة "[(4)] .

الفرع الثاني: دلالة إشارة النص

"هي المعنى الذي لا يتبادر إلى فهمه من الفاظه ولا يقصد من سياقه أصالة ولا تبعاً، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من الفاظه، فالدلالة بالإشارة تثبت من اللفظ، ولكنها تثبت بطريق الالتزام للمعنى المتبادر للذهن لأنه لم يسق الكلام لأجلها"[5].

ويعرفها الباحث بأنها: "معنى غير متبادر للذهن، ولم يقصد المشرع ايراده بصفة مباشرة ولكنه مع ذلك معنى ملازم للنص، واستنتاجه يحتاج لشيء من التفكر".

---

[1] المادة 368 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[2] فإذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ فلا يظهر أثره في محل العقد ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه من له الحق في الإجازة ووقعت الاجازة مستوفية لشروط صحتها. (أنظر: قدري، محمد باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية. الطبعة الأولى. بيروت– لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2012. ص 104. المادة 310).

[3] المادة 207 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[4] الحكم الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/359 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، تاريخ الفصل 25/ابريل/2016 ، منشور على موقع (موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية–مقام).

[5] الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص140 ولا يصدق هنا وصف الدلالة اللازمة عقلاً او عرفاً –كما هي الحالة بعبارة النص والتي سبقت الإشارة اليها في هذه الدراسة– لأن المعنى في إشارة النص وإن كان لازماً إلا أنه غير مقصود من المشرع (لم يسق لأجله النص)، فلا تشمل إشارة النص الا المعنى الإلتزامي غير المقصود، فلو كان المعنى مقصوداً من المشرع مباشرة لكان ذلك من قبيل دلالة عبارة النص لأن الدلالة حينئذ لازمة أما في إشارة النص فلا تكون لازمة.

وعلى ذلك، فالمعنى المستخلص بإشارة النص ليس معنىً مطابقاً للنص ولا تضمنياً، وليس هو تمام المعنى الذي يدل عليه النص، ولكنه معنى خارج عن النص لغةً ولكنه يستلزمه عقلاً او عرفاً[1].

ومثال الاستدلال من عن طريق إشارة النص ما نص عليه المشرع في المادة 1/4 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على أنه: "1-الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة... 2- يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن وأكثر من محل عمل في وقت واحد، وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع".[2]

فالموطن هو أي مكان يقيم فيه بشكل معتاد أي تستقر به إقامته على وجه الدوام والاستقرار ولو تخللت هذه الإقامة فترات انقطاع، ويتكون الموطن المعتاد من عنصر مادي يتمثل بالإقامة الفعلية وعنصر معنوي يتمثل بالاستقرار والإقامة على نحو يتحقق معه شرط الاعتياد، وقد يكون الشخص بلا موطن إن لم يعتاد على الاستقرار بمكان معين كالبدو الرحل، كما يجوز وفق المادة 2/4 من ذات القانون أن يكون للشخص اكثر من موطن وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع[3].

فالمعنى المستخلص من عبارة النص أن الموطن هو المكان الذي يقيم به الشخص على نحو معتاد والمعنى المستخلص بطريق إشارة النص هو أنه من الممكن ألا يكون للشخص موطن إذا كان ممن لا يقيمون في مكان معين على نحو معتاد.

---

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص225.

[2] المادة 4 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[3] التكروري، عثمان: الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته. الطبعة الرابعة. الخليل-فلسطين: المكتبة الاكاديمية. 2019. ص138-139.

وكذلك ما نصت عليه المادة 380 من مجلة الاحكام العدلية : "السَّلَمُ كالبيع..."[1] فالمعنى المستخلص من دلالة عبارة النص أن بيع السَّلَم[2] حكمه كحكم البيع ويجري عليه ما يجري على البيع من أحكام وأركان وشروط وأوصاف (الرضا والمحل والسبب إلى غير ذلك)[3].

والمعنى المستخلص من إشارة النص هو مشروعية عقد السَّلَم وجواز التعامل به كأحد أنواع البيوع. إذ لم يرد النص صراحة بمشروعية بيع السَّلَم، وإنما يستدل على تلك المشروعية من إشارة النص.

ويتضح من هنا التفرقة بين دلالة عبارة النص ودلالة إشارة النص، من حيث قصد المشرع للمعنى الذي ساق اليه النص أصالةً او تبعاً أو عدم قصده أصلاً، ففي الحالة الأولى تكون الدلالة دلالة عبارة وفي الحالة الثانية تكون الدلالة دلالة إشارة، فدلالة العبارة يستوي أن يكون المعنى المقصود منها قد قصده المشرع أصالةً او تبعاً أو كان المعنى مطابقاً للنص أو ضمنياً أو التزامياً –كما أسلف الباحث عند بيان دلالة النص–، اما دلالة الإشارة فلا تشمل إلا المعنى الإلتزامي الذي لم يقصده المشرع ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من الفاظه، أي أنها تثبت بطريق الالتزام للمعنى المتبادر للذهن، إلا أن ما يجعلها أقل مرتبةً من عبارة النص أنه لم يسق الكلام لأجلها؛ فيما أن المعنى الإلتزامي اذا سيق الكلام لأجله وقصده المشرع مباشرة كان ذلك المعنى مستنبطاً بطريق دلالة النص.

كما ان دلالة الإشارة منها الخفي الذي يحتاج على تأمل ودراية في اللغة، ومنها ما يكون ظاهراً بفهم يسير أو تأمل بسيط، لذلك قد لا يتفق المفسرون في استخلاص إشارة النص، لأنها لوازم عقلية أو عرفية تتفاوت باستخلاصها من شخص إلى آخر، لذلك فإن في هذه الدلالة ميداناً واسعاً للاجتهاد والتفسير؛ أما عبارة

[1] المادة 380 من مجلة الأحكام العدلية. 1876 ميلادية.

[2] السَّلَم هو بيع مؤجل بمعجل، كما نصت عليه المادة 123 من مجلة الاحكام العدلية.

[3] وحكم السلم كحكم البيع وهو ثبوت ملكية البدلين، بحيث يكون رأس المال ملكاً لِلْمُسْلَمِ إليه معجلاً وَالْمُسْلَمِ فِيهِ ملكاً لِرَبِّ السَّلَمِ مُؤَجَّلاً. (انظر: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص412).

النص فلا تتطلب هذا القدر من الاجتهاد إلا في حالة ما كانت مستنبطة من المعنى الإلتزامي المفهوم عقلاً من ظاهر المعنى المتبادر من النص وذلك حينما يكون مقصوداً من المشرع أصالةً[1].

ومن هنا فإن دلالة العبارة والاشارة على المعنى قطعية ويثبت الحكم فيهما قطعاً إلا إذا وجد احتمال ناشئ عن دليل أقوى درجة، واذا تعارضت دلالة عبارة النص مع دلالة إشارة النص فإنه لا بد من التأكيد على أن دلالة العبارة تثبت من خلال دلالة عبارة النص بالدرجة الأولى، فهي الحكم المقصود بالذات والثابت بالإشارة هو ما يتبع ما ثبت بحكم دلالة عبارة النص؛ إلا أن الحكم لم يسق لأجله، فإذا وقع تعارض بين الدلالتين قدم الثابت بدلالة عبارة النص لأنه أقوى ومقصود لذاته[2].

الفرع الثالث: دلالة الاقتضاء

الأصل –مبدئياً– أن الحقيقة اللغوية للنص هي مقصود المشرع، فينبغي أن ينزل المشرع النصوص على الأوضاع اللغوية الأصلية وألا يحمل النص على المجاز، فإذا كان للفظ الواحد معنى لغوي وآخر اصطلاحي قانوني وجب حينئذ تغليب المعنى الاصطلاحي، لان المشرع يخاطب الناس بتلك الالفاظ قاصداً معناها بعرف التشريع والقانون لا معانيها اللغوية، فالأصل يقضي أن تحمل النصوص على معانيها الحقيقية الاصطلاحية المعروفة في عرف المشرع وإلا يصار إلى تقدير معاني زائدة عن ذات النص من باب المجاز، فإذا تعذر فهم الحقيقة يصار الى المجاز[3].

والأصل في النصوص القانونية ان تكون معبرة عما تتناوله من معان، ولا يجوز إضافة لفظ أو اضماره أو تقدير كلمة أو عبارة زائدة في النص، إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة ماسة ليستقيم معنى النص واقعاً او عقلاً او شرعاً[4]، فمن حسن صياغة المشرع الاقتضاب وتجنب التزيد تلافياً للوقوع في التعارض أو اللغو، فمن هنا قد تظهر الحاجة أحياناً إلى زيادة شيء في الكلام إلى النص كي يستقيم معناه، وهذه الزيادة هي

---

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص243.

[2] الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص142

[3] أنظر المادة 61 من مجلة الاحكام العدلية :" إذَا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَةُ يُصَارَ إلَى الْمَجَازِ".

[4] (كشف الاسرار على البزدوي) مشار اليه لدى: الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص274.

مقصود المشرع بكل تأكيد، ولكنه لم يذكرها لضرورات اللغة والصياغة القانونية، وتلك الزيادة ضرورية لإفادة المعنى واستخلاصه من النص.

ومن هنا فإنه يقصد بدلالة اقتضاء النص: "ما دل عليه النص من طريق المعنى الذي لا يستقيم النص إلا بتقديره، ويتوقف على تقدير ذلك المعنى صدق الكلام او صحته شرعاً أو عقلاً، وسميت هذه الدلالة بالاقتضاء؛ لأن الاقتضاء معناه الاستدعاء أو الطلب، أي استدعاء الكلام الذي تتطلبه صحة الكلام شرعاً"[1].

وهي "المعنى الذي لا يستقيم النص القانوني إلا بتقديره، وهي دلالة النص بأمر زائد اقتضى تقديره في الكلام لضرورة استقامة الحكم"[2].

ويعرفها الباحث بأنها: "المعنى مضمر في بطن النص وهذا المعنى ملحوظ في قصد المشرع من النص، ولا يتوصل القاضي على هذا المعنى المضمر إلا من خلال إضافة كلمة أو عبارة على النص، وأن هذه الكلمة مقدرة في الكلام وضرورية لصحة الجملة الحكمية، ولذلك سميت دلالة الاقتضاء لأن مقتضى فهم النص القانوني لا يتأتى بدونها".

ومثالها ما نصت عليه المادة 1009 من مجلة الأحكام العدلية[3]: "حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع، ثانياً للخليط في حق المبيع، ثالثاً للجار الملاصق، وما دام الأول طالباً ليس للآخرين حق الشفعة، وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة"[4] .

---

[1] الزحيلي، وهبة: مرجع سابق.ص168. وكذلك انظر الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص276.

[2] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص455

[3] المادة 1009 من مجلة الأحكام العدلية. 1876 ميلادية.

[4] ومفاد هذه المادة أنه إذا اجتمعت أسباب الشفعة في اكثر من شخص طلبها، روعي الترتيب وقُدّم الأقوى، فحق الشفعة للشريك في نفس المبيع اولاً، فإن طلب الشفعة لا ينالها الآخرون، ثم للخليط بحق ارتفاق في المبيع فما دام طالباً لها فليست للجار الملاصق، ثم للجار الملاصق. (أنظر: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الثاني. ص756).

فتقدير الكلام عند عبارة "وما دام الأول طالباً ..." أي طالباً حق الشفعة، وهذه الإضافة ضرورية لفهم النص.

وكذلك مثالها الشرعي: قول الله –تعالى– :﴿وَسۡـَٔلِ ٱلۡقَرۡيَةَ ٱلَّتِي كُنَّا فِيهَا وَٱلۡعِيرَ ٱلَّتِيٓ أَقۡبَلۡنَا فِيهَاۖ وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ ٨٢﴾ [يوسف: 82] واسأل القرية، لا يُقصد به سؤال ماديات القرية، فهذا لا يستقيم عقلاً، بل المقصود سؤال أهل القرية.

ويتضح مما سبق بيانه ومن المثال أعلاه، أن دلالة الاقتضاء تتكون من ثلاث عناصر هي[1]:

1- النص التشريعي الذي يستلزم إضافة كلمة او عبارة ضرورية لاستقامة المعنى، ويسمى بالمقتضِي (بالكسر).

2- المعنى او الكلمة التي يكون من الضروري اضافتها لصحة المعنى، وتسمى بالمقتضَى (بالفتح).

3- عملية استدعاء المعنى او الكلمة التي تنبغي اضافتها، وتسمى هذه العملية بالاقتضاء.

وكما سبق القول في تعريف هذه الدلالة من حيث كون المعنى المضاف لازماً لصدق النص أو لازماً عقلاً أو شرعاً، فإن المعنى المضاف بذلك ينقسم الى ثلاثة أقسام:

الأول: ما يتوقف عليه صدق النص: أي إذا لم نقم بإضافة تلك الكلمة او العبارة لصار الكلام كذباً أو مخالفاً للواقع[2].

الثاني: ما يتوقف عليه صحة الكلام عقلاً، كما في مثال "واسأل القرية" الآنف بيانه، فلا يعقل سؤال الجدران والطرقات وإنما المقصود سؤال الناس.

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص275و276.

[2] ومثاله قول الرسول –صلى الله عليه وسلم: "إن الله رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، فليس المراد ان الخطأ والنسيان لا يقعان في الناس، وإنما المراد رفع الإثم عن الأفعال التي يرتكبها المسلم خطأ أو نسياناً او اكراهاً.

الثالث: ما يتوقف عليه صحة الكلام شرعاً او قانوناً[1]، كنص مجلة الاحكام في المادة 101: "الْإِيجَابُ أَوَّلُ كَلَامٍ يَصْدُرُ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ..." فلا يراد بذلك أي كلام يبدأ به العاقدين، وإنما الكلام المنتج للإيجاب هو الكلام الدّال على الرغبة في التعاقد. وهذا المعنى لا يستقيم النص قانوناً بدونه.

المطلب الثاني: دلالة مفهوم النص القانوني

يقصد بدلالة المفهوم: "المعنى الذي يفهم من اللفظ في غير محل النطق"[2].

أي أن يدل اللفظ على حكم لم يُذكر في النص، ولم ينطق به، وهي تدل على الحكم من باب دلالة الالتزام دون الحاجة الى تأمل كبير لان المعنى المستخلص بهذه الدلالة من بديهيات وفرضيات النص، ويعرفها الباحث بأنها:

"دلالة النص على حكم واقعة لم تذكر فيه واستخراج هذا الحكم لا يحتاج إلى تفكر، وهي تقابل دلالة المنطوق، ويمكن من خلال هذه الدلالة ان نستخرج احكاماً لم تذكر في النص".

وتقسم دلالة المفهوم إلى قسمين هما: دلالة الموافقة ودلالة المخالفة، وهي كما يلي.

الفرع الأول: مفهوم الموافقة

"هي دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه وموافقته له نفياً أو إثباتاً"[3].

وهي: "دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه **لاشتراكهما** في علة الحكم التي يمكن فهمها عن طريق اللغة"[4].

---

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص276 وما بعدها.

[2] عبد الله: محمد حسين: مرجع سابق. ص212

[3] النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**.ص1743

[4] الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص143 كما أن البعض يطلق على تسمية دلالة المفهوم تسمية "دلالة النص" كما هي التسمية في المرجع المذكور وهي التسمية المعتمدة في المذهب الحنفي(أنظر: النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**.ص1743)، وسميت بدلالة النص لأن الحكم الثابت فيها لا يفهم من عبارة النص أو اشارته او اقتضائه، وإنما يفهم من علة الحكم المساوي لها او الذي يفوقها.

فقد تدل عبارات النص على حكم معين، إلا أن هناك حالة لا يتناولها ذلك النص بعبارته الحرفية، ولكن تلك الحالة التي لم يتناولها النص تشترك مع الحالة المنصوص عليها في النص في العلة التي استوجبته، فبالتالي يثبت الحكم نفسه للحالة المسكوت عنها.

وعلى ذلك فإن مناط مفهوم الموافقة اشتراك المنصوص عليه والمسكوت عنه في العلة التي يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة من غير الاجتهاد والرأي، فهي الحكم الذي يفهم من النص ومعقوله، وعرفت بمفهوم الموافقة لأن مدلول اللفظ في محل السكوت مطابقة لمدلوله في محل النطق[1] .

ومثال مفهوم الموافقة: ما نصت عليه المادة 1026 من مجلة الأحكام العدلية : "...لا تجري الشفعة في البيع الفاسد.."[2] ، وعلة عدم جريان الشفعة في البيع الفاسد أنه يكون من حق البائع في البيع الفاسد حق فسخ البيع واسترداد المبيع فلا يزول بذلك ملك البائع من المبيع ولا تقوم الشفعة تبعاً لذلك[3]. **ومن باب أولى** ألا تجري الشفعة على البيع الباطل الذي لا يفيد حكماً؛ والذي يكون فيه للبائع حق ابطاله؛ فلا يحكم بالشفعة عند ثبوت بطلان عقد البيع لأن اعلان بطلانه يفيد إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد.

والاشتراك في العلة –في مفهوم الموافقة–، قد يكون **مساوياً** في العلة بين المسألتين وقد يكون **من باب أولى** للمسألة غير المنصوص عليها، بأن تتوفر العلة بالمسكوت عنه بصورة أكبر من العلة الواردة بالمنطوق، ففي الحالة الثانية تسمى "بالمفهوم من باب أولى" وفي الأولى" بالقياس الجلي"، ففي المفهوم من باب أولى نعطي حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها بحيث تكون العلة متوفرة في الحالة غير المنصوص عليها بشكل أشد قوة[4].

---

[1] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص457 .

[2] المادة 1026 من مجلة الأحكام العدلية: مصدر سابق، (انظر: حيدر: علي: درر الحكام في شرح مجلة الاحكام. المجلد الثاني. طبعة خاصة. الرياض– السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003.. ص784).

[3] حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الثاني. ص784

[4] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص252 وما بعدها.

وفيما يخص المفهوم من باب أولى، قررت محكمة النقض الفلسطينية في أحد احكامها ابطال حكم تحكيم محلي لمخالفته النظام العام في فلسطين، رغم أن قانون التحكيم الفلسطيني[1] لم يرد فيه نص يوجب توافق احكام التحكيم المحلية مع مبادئ ومقتضيات النظام العام في فلسطين.

وقد رأت المحكمة ان المشرع في قانون التحكيم الفلسطيني اعطى المحكمة صلاحية رفض الأمر بالتنفيذ والمصادقة على قرارات التحكيم **الأجنبية** عند مخالفتها للنظام العام في فلسطين[2]، فرأت انه من باب أولى أن يسري ذات الحكم على قرارات التحكيم المحلية عند مخالفتها النظام العام في فلسطين، فسطرت قائلة:

"أنه وإن كان المشرع لم ينص على شروط معينه للمصادقة على قرار التحكيم على غرار ما فعلت العديد من القوانين العربية، إلا أنه بداهة يشترط أن لا يكون قرار التحكيم مخالفاً للنظام العام في فلسطين، ولعل قانون التحكيم لم يشترط ذلك عند الحديث عن التحكيم الوطني إلا أنه اشترط ذلك صراحة عند الحديث عن التحكيم الأجنبي، حيث نص في المادة 48 منه على أنه مع مراعاة الإتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين:1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. وانطلاقاً من هذا الأساس فإنه من باب أولى أن لا تخالف قرارات التحكيم الوطنية النظام العام، ولما كان المقرر أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فإن ذلك يلقي على هيئة التحكيم واجب مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، سواء كان التحكيم الذي تجريه تحكيماً بالقانون أو تحكيما بالصلح.."[3].

ويذكر، أن من اطلق على مفهوم الموافقة: القياس الجليّ، هو الامام الشافعي، اما باقي الأئمة فيطلقون عليها دلالة النص ويقدمونها على دلالة الإشارة كما سيأتي بيان ذلك عند بحث التعارض بين الأدلة في الفصل الثاني، ويرى الامام الشافعي تقديمها على دلالة إشارة النص، لان العلة الواضحة والجلية في

[1] قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 33 ، ص 5 ، بتاريخ 30-06- 2000 تاريخ الصدور : 05-04-2000 تاريخ السريان : 30-07-2000.

[2] أنظر المادة 48 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000: مصدر سابق.

[3] الحكم رقم 419 لسنة 2020 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2023/4/3 والمنشور على موقع قسطاس.

النص تجعلها تعمل عمل دلالة عبارة النص فتلحق بها، وطالما ان العلة المستنبطة بمفهوم الموافقة هي مساوية او أشد من العلة المنصوص عليها في النص ذاته وتستنتج بمجرد اللغة، وعلى اعتبار أن الثابت بالإشارة غير مقصود من الشارع أصلاً بينما مفهوم الموافقة أو دلالة النص مقصودة قطعاً، ألحق الفقه الشافعي مفهوم الموافقة بالدلالات المستنبطة مباشرة من النص؛ لأن وضوح العلة وثبوتها بمعيار لغوي يدركه كل من يعرف اللغة، يجعلها بمثابة عبارة النص وبأنها تعمل عمله وعبارة النص مقدمة على اشارته واقتضائه[1].

ويشترط للتفسير بمفهوم الموافقة وجود المعنى المشترك بين المنطوق به والمسكوت عنه في النص، بأنه إذا عرف المعنى المقصود من الحكم المنصوص عليه عرف من المسكوت عنه لأنه لا يقل أهمية عن الحكم المنطوق[2] .

ويختلف مفهوم الموافقة عن القياس، من حيث أن وجه الارتباط بين النص ومفهوم الموافقة تكون ظاهرة جداً ويمكن تحصيلها بمجرد الفهم بغير اجتهاد او استنباط وتفهم بمجرد اللغة بحيث يتساوى في فهمها المجتهد وغيره من اهل العلم باللغة، خلافاً للقياس كدليل مستقل والذي لا تدرك علته إلا بالاجتهاد بالرأي لخفاء العلة، كما لا بد في القياس من اتباع شروط ومسالك سنأتي على بيانها في الفصل الثاني، فأساس مفهوم الموافقة لغوي بدهي محض بينما أساس القياس عملية عقلية قائمة على الاجتهاد والتأمل، لذلك سمي مفهوم الموافقة بهذه الصورة بالقياس الجليّ، وسمي القياس كدليل (في حالة فقدان النص) بالقياس الخفي[3].

وتأسيساً لهذا الفرق بين مفهوم الموافقة والقياس، فإن مفهوم الموافقة كما اسلفنا، دلالته قطعية على إرادة المشرع؛ لأن العلة التي جاء بها مساوية أو أشد من العلة المنصوص عليها وتدرك بمحض اللغة والعقل

---

[1] أنظر في ذلك الفصل الثاني(الترجيح بين النصوص).

[2] النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**.ص1743

[3] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 252 وكذلك أنظر النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**.ص1744

والمنطق وعليه فإنها ثابتة بالنص نفسه، وتعمل عمله، اما القياس فإنه عمل اجتهادي فردي، والعلة المستنبطة منه مظنونة قابلة لان تنقض بمثلها[1].

ففي مفهوم الموافقة يمكن إدراك العلة بمجرد اللغة وهي ثابتة في النص من حيث الأصل ودون الحاجة لتفكر، أما في القياس كدليل فالعلة فيه لا تعرف إلا باجتهاد واستنباط (كما سيأتي الباحث على بيانه لاحقاً) ولا يكفي في القياس مجرد الفهم باللغة أو فهم ظاهر النص، وعلى ذلك فإن المعنى الذي يتوصل اليه القاضي بمفهوم الموافقة لا يغدو أكثر من كونه أحد المعاني التي يتضمنها النص، أما القياس فيلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص.

الفرع الثاني: دلالة مفهوم المخالفة

هي "دلالة النص على نفي الحكم الثابت في الشيء المنطوق به عن المسكوت عنه، لعدم توافر قيد من قيود المنطوق"[2] .

ويعرفها الباحث بأنها: "الدلالة التي يكون فيها حكم المسكوت عنه مخالفاً لحكم المنطوق به في النص"، ولذلك سميت بمفهوم المخالفة.

ويشترط للأخذ بمفهوم المخالفة للنص الشرطين التاليين:

أ- يشترط ألا يكون للقيد الذي قُيد به الحكم فائدة أخرى سوى نفي حكم المنطوق به عن المسكوت عنه، بمعنى نفي الحكم عند نفي القيد، فإن كان للنص فائدة خلاف ذلك فلا يعمل بمفهوم المخالفة ولا يكون حجة كمفهوم مخالفة، ومثال ذلك قول الله -تعالى-: "﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ

[1] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص253 وما بعدها.

[2] الزحيلي، وهبة: **الوجيز في أصول الفقه**. إعادة الطبعة الأولى. دمشق: دار الفكر. 1999 . ص171 .

﴿أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٣٠﴾ [آل عمران: 30] فلا يعمل بالمفهوم المخالف لهذه الآية وهو جواز أكل الربا إن لم يكن أضعافاً مضاعفة[1].

ب- ألا يوجد دليل خاص في المحل الذي يثبت فيه مفهوم المخالفة[2] ، فإن وجد ذلك الدليل فهو أولى بالإعمال.

ويقسم مفهوم المخالفة إلى خمسة أقسام هي:

1 – مفهوم الصفة: "هو دلالة اللفظ المقيد بوصف على نقيض حكمه عند انتفاء ذلك الوصف"[3]، ويعرفه الباحث: "ثبوت المعنى المعاكس للنص القانوني عند تخلف **الوصف** الذي اشترطه المشرع لإعمال حكم ذلك النص".

ومثاله ما نصت عليه المادة 91 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[4]، فصفة الأمر الذي ينفي الضمان هو الجواز الشرعي؛ وإذا انتفت هذه الصفة صار مفهوم المخالفة لازماً، فالجواز غير الشرعي لا ينافي الضمان، فقد بنيت المادة المذكورة على صفة يترتب على انتفائها نقيض الحكم المبين في المادة وهي صفة الجواز الشرعي.

ومثال ذلك أيضاً، ما نص عليه المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 في المادة 192 من صفة لبعض القرارات التمهيدية الجائز استئنافها استقلالاً، فنصت على انه: "لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة الا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا ... 4- الاحكام الصادرة بعدم الاختصاص.."[5]

---

[1] زيدان، عبد الكريم: **الوجيز في أصول الفقه**. الطبعة الأولى الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2004. ص293 .

[2] الشامسي، جاسم علي سالم: *مرجع سابق. ص16* .

[3] الزحيلي، وهبة: مرجع سابق. ص171 .

[4] المادة 91 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق، ومفاد هذه القاعدة أن "الجواز الشرعي" أي كون الامر مباحاً شرعاً وقانوناً فعلاً كان او تركاً ينافي الضمان أو التعويض لما حصل بذلك الامر المباح من التلف او الضرر للغير. (أنظر: الزرقا، أحمد محمد: مرجع سابق. ص449).

[5] المادة 192 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

وعليه فإن الاحكام الصادرة برفض الإحالة وإعلان اختصاص المحكمة بنظر الدعوى المطلوب احالتها لا تقبل الاستئناف استقلالاً، وهذا ما يفهم من مفهوم المخالفة للنص، إذ أن الصفة المشروطة هي ان يكون الحكم صادراً بعدم الاختصاص، **وبمفهوم المخالفة** فإن الحكم الصادر بإعلان الاختصاص ورفض الاحالة لا يقبل الاستئناف استقلالاً رجوعاً للأصل العام المتمثل بعدم جواز استئناف القرارات التمهيدية استقلالاً إلا ما استثناه المشرع منها[1].

2 – مفهوم الشرط: "هو دلالة اللفظ الذي عُلّق فيه الحكم على شرط على ثبوت نقيض ذلك الحكم للمسكوت عنه إذا انتفى عنه الشرط".[2] ، أي أنه يجب على القاضي أن يعمل بالحكم المنصوص عليه إذا توفر الشرط الوارد فيه وأن يعمل بنقيض الحكم القانوني إن لم يتوفر الشرط.

ومثاله: ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 119 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 على انه: "يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً غير محجور عليه، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم إلا بإذن من المحكمة"[3].

فقد اشترط هذا النص في المقر أن يكون عاقلاً بالغاً غير محجور عليه، ومفهوم المخالفة هو انه إذا كان المقر قاصراً أو صبياً أو محجوراً عليه **فلا يقع اقراره**، ويشترط لصحة إقرار الأولياء أو الأوصياء عن هؤلاء أن يكون اقرارهم بإذن المحكمة.

---

[1] وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف رام الله في الحكم رقم 20 لسنة 2016 بتاريخ 2016/3/14 والمنشور على موسوعة مقام والذي جاء فيه: " ولما كانت المادة 192 من قانون اصول المحاكمات المدنية التجارية رقم 2 لسنة 2001 نصت على انه لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة الا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا ..... (4) الاحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة المختصة وبمفهوم المخالفة فان الاحكام الصادرة بالاختصاص ورفض طلب الاحالة الى محكمة اخرى لا تقبل الطعن الا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها".

[2] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص290 .

[3] الفقرة 1 من المادة 119 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001: **مصدر سابق**.

بمفهوم المخالفة أيضاً هو حالة ما إذا كان الإقرار عن القاصرين أو من في حكمهم بواسطة اوليائهم أو أوصيائهم بغير إذن المحكمة فلا يؤخذ بهذا الإقرار كحجة على مال القاصر، ويفهم كذلك من نص هذه المادة أن إقرار الولي أو الوصي على إذن بالإقرار من المحكمة الشرعية[1].

3 – مفهوم الغاية: هو "دلالة اللفظ الذي عُلّق فيه الحكم على غاية على ثبوت نقيض ذلك الحكم إن لم تتوفر الغاية المنصوص عليها فيه"[2].

بمعنى ان ثمة نص مقيد لثبوت حكمه بتحقق غاية معينة، إن لم تتحقق ثبت حكم مخالف للحكم المنصوص عليه.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 672 من مجلة الاحكام العدلية فيما يخص الكفالة في عقد الايجار: "لو استؤجر مالٌ إلى تمام مدة معلومة وكفل أحد بدل الإجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة. فإن انعقدت إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد"[3] .

ومفاد هذه المادة أن كفالة كفيل المستأجر في بدل الاجارة تظل سارية حتى تنتهي مدة الاجارة، فإن لم تنتهي مدة الاجارة ظلت الكفالة سارية في ذمة الكفيل، فالغاية المحددة لانتهاء الكفالة هي انتهاء مدة الاجارة وإن لم تتحقق هذه الغاية أخذنا بمفهوم المخالفة لهذا النص ومفاد مفهوم المخالفة هنا هو أن تظل الكفالة سارية في مواجهة الكفيل وليس له التحلل منها.

---

[1] زبيدات، ياسر: مرجع سابق. ص 269.

[2] الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص160 .

[3] أنظر قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 510/ 2010 تاريخ الفصل 2012/9/4 والمنشور على موقع (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين– المقتفي) والذي عالجت فيه المحكمة أثر الامتداد القانوني لعقد الايجار والمنصوص عليه في قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953 (المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية : عدد 1140، بتاريخ 16–04–1953، تاريخ الصدور : 06–04–1953، تاريخ السريان : 16–04–1953، ص661) واثر ذلك الامتداد القانون على كفالة المستأجر في بدل الإجارة وقررت بأن الكفالة في وفاء بدل الاجارة لا تنفذ في مواجهة الكفيل إلا في السنوات العقدية المتفق عليها ولا تسري على سنوات الامتداد القانوني الحكمي لعقد الايجار، حيث قررت: " بما ان المادة 672 من مجلة الاحكام العدلية قد اوضحت هذه المسالة حيث نصت على أنه "لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة وكفل احد بدل الإجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإيجار ، فان انعقدت إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد. من هذا نجد ان الكفيل ضامن للمؤجر طيلة مدة العقد التي تبدأ من 2001/7/1 وحتى نهاية 2002/6/30 . وحيث اقر المدعى عليه (المستأجر) بانشغال ذمته بالأجرة المستحقة للمدعي (المؤجر) فان الكفيل المدعى عليه الثاني يشارك الاصيل المدعى عليه الاول بالالتزام بدفع الاجور المستحقة للمؤجر حتى تاريخ 2002/6/30 وتبقى المدة الباقية على المدعى عليه الاول منفرداً".

وكذلك ما نصت عليه المادة 293 من مجلة الأحكام العدلية: "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري"[1].

فالغاية التي يترتب عليها حكم هذه المادة هي قبض المشتري للمبيع، فإن كان المشتري قد قبض المبيع كانت تبعة الهلاك عليه[2] وهذا هو مفهوم المخالفة.

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة السادسة من قانون التجارة بقولها: "يراد بعقد الحساب الجاري الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات مختلفة من نقود وأموال وإسناد تجارية قابلة للتمليك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع ودياً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال هذا الحساب ديناً مستحقاً ومهيأ للأداء"[3].

إذ ان الغاية المضروبة للمطالبة بمفردات الحساب الجاري حسب منطوق نص المادة المذكورة هي اغلاق الحساب وبتحقق هذه الغاية تكون المطالبة بمفردات الحساب صحيحة، وبمفهوم المخالفة فإنه لا تصح المطالبة بإحدى مفردات الحساب من قبل احد طرفيه قبل اقفاله، وتكون دعواه بذلك سابقة لأوانها.

وفي ذلك قررت محكمة التمييز الأردنية: "من المقرر فقهاً أن الحساب الجاري بما تضمنه من مفردات يعد وحدة غير قابلة للتجزئة إذ تفقد المدفوعات المدرجة في الحساب صفاتها الخاصة وكيانها الذاتي وتذوب فيه وتمتزج ببعضها وينشأ عن هذا المزج دين واحد وهو الرصيد الذي يستخلص عند قفل الحساب فلا يوجد قبل قفل الحساب دين أو حق أو مدين أو دائن وإنما يستمر قيد المدفوعات في الحساب حتى يقفل فتجمع المفردات المدونة في جانب الأصول والمفردات المدونة في جانب الخصوم ثم يطرح المبلغ الأقل من المبلغ الأكبر ليستخلص الرصيد النهائي من الفرق بينهما وقد أكد المشرع الأردني على هذا المعنى من

---

[1] المادة 293 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[2] وهذا الحكم ما كرسته المادة 294 من المجلة بقولها: "إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ بَعْدَ الْقَبْضِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي وَلَا شَيْءَ عَلَى الْبَائِعِ.."

[3] المادة 106 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1910 على الصفحة 472 بتاريخ 30-03-1966.

خلال المادة 106 التي بين فيها أنه ليس لأي من طرفي الحساب الجاري مدين حق مطالبة الآخر بما سلمه له بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال الحساب ديناً مستحقاً ومهيأ للأداء وبما يفيد بمفهوم المخالفة عدم تحقق شرط صحة المطالبة قبل إغلاق الحساب بصورة نهائية. ولما كان الأمر هو ما تقدم وكانت محكمة الاستئناف قد توصلت إلى ذلك وانتهت إلى رد الدعوى لكونها سابقة لأوانها فقد جاء قرارها مستمداً من الأوراق ويتفق وصحيح القانون"[1].

4 – مفهوم العدد: "هو تعليق الحكم بعدد مخصوص منصوص عليه يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد بالزيادة او النقصان"[2] .

أي أن يضرب المشرع عدد معين أو مدة زمنية يجب حصول الإجراء خلالها فإن حصل الإجراء بعدها انتفى حكم النص.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 124 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 على انه: " ما لم يكن التأخير ناتجاً عن عدم استقرار الإصابة أو عن عذر مشروع يسقط حق المصاب في المطالبة بالتعويض عن إصابة العمل بانقضاء سنتين على وقوع الإصابة"[3] .

فالمفهوم المخالف في هذه المادة هو جواز سماع دعوى العامل بشأن إصابة العمل إن كانت المدة الواقعة بين تاريخ الإصابة ويوم إقامة الدعوى أقل من سنتين وعدم سماعها إذا أقيمت بعد سنتين من الإصابة او زوال العذر المشروع[4].

[1] الحكم الصادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 1881 لسنة 2019 محكمة تمييز حقوق بتاريخ 2019/4/29 والمنشور على موقع قسطاس.

[2] النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**. ص1786 وكذلك : الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص173

[3] المادة 124 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000: **مصدر سابق**.

[4] تجدر الإشارة إلى أن النص المذكور يحتوي على دلالة اقتضاء، فالمادة المذكورة تسقط حق العامل بالتعويض عن إصابة العمل بمرور سنتين، ومقتضى المادة المذكورة هو مرور سنتين او أكثر على وقوع الاصابة، ولا يمكن للقاضي أن يفصل في دعوى مقدمة بعد مرور سنتين على الإصابة إلا من خلال تفسير هذه المادة بدلالة الاقتضاء وهي إضافة المعنى المضمر بالنص وهو "سنتين او أكثر" وهو المعنى الذي لا يستقيم فهم المادة بدونه.

ومفهوم المخالفة في العدد عادة ما يكون في مدد التقادم والمواعيد الحتمية التي نص عليها المشرع في العديد من القوانين، كالتقادم المدني الطويل ومدة تقديم اللائحة الجوابية، ومدة عرض التسوية في قانون التنفيذ الفلسطيني وغير ذلك، فكل هذه نصوص عددية يترتب على مخالفة مواعيدها الأخذ بمفهوم المخالفة واضفاء نقيض الحكم المنصوص عليه في النص القانوني.

5 – مفهوم اللقب: "هو دلالة اللفظ الذي علق فيه الحكم على الذات دون الصفة، على نفي ذلك الحكم على غير تلك الذات"[1] .

بمعنى ان يكون النص متعلق بشخص له صفة معينة، يترتب على توافرها انطباق الحكم القانوني الوارد في النص، وعند انتفاء تلك الصفة ينتفي حكم النص على الواقعة المعروضة على القاضي.

مثل: "يجوز لرئيس المجلس..." بمفهوم المخالفة: لا يجوز لغيره.

ومثال ذلك أيضاً: ما نصت عليه المادة 77 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 : "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انفصامها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر..."[2]، فاللقب المراد منه هنا لحظر الشهادة هو كون المراد سماع شهادته **زوجاً** لأحد الخصوم، وفي غير حالات الزوجية الصحيحة لا ينطبق النص المذكور، كحالة كون المراد سماع شهادته خاطباً لأحد الخصوم.

وبذلك يتبين للقارئ بأن مفهوم المخالفة بجميع أقسامه يدل على ثبوت نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه.

وبعد أن قام الباحث بتبيان أنواع الدلالات والمفاهيم، يثور التساؤل التالي: ماذا لو تعارضت الدلالات بأن يتعارض المنطوق مع المفهوم أو دلالة إشارة النص مع اقتضائه ؟

---

[1] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص292 .

[2] المادة 77 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001: **مصدر سابق**.

هذا ما سيعمل الباحث على الإجابة عليه عند الحديث عن دور القاضي المدني في التفسير عند تعارض النصوص.

الفصل الثاني

دور القاضي المدني في معالجة القصور التشريعي

سبق أن بين الباحث انه يُقصد بوسائل تفسير القاعدة القانونية: "المناهج وطرق التحليل التي يتبعها القاضي أو المفسر من أجل بيان قصد النص واستنباط الحكم القانوني المترتب على الفرض الذي يحويه النص القانوني"، ولا يستقيم للقاضي استنباط ذلك الحكم في الحالة التي تعتري فيها النص عيوباً شكلية أو موضوعية، بحيث لا يكون معها النص دالاً على الحكم المقصود منه، ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة لتفسير النص القانوني في هذه الحالة؛ حتى لا تهمل إرادة المشرع وأن يجتهد القاضي في التوصل الى الإرادة التي توخاها المشرع رغم قصور النص عن ايصالها مباشرة.

ومن جهة أخرى، فقد لا يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن اللجوء اليه لفض النزاع المعروض عليه، فكان لا بد من وجود وسائل بيد القاضي يستعين بها لسد ذلك القصور في التشريع –في ظل عدم جواز رفض البت في الدعوى كما سيأتي بيانه– ، فيستعين القاضي بتلك الوسائل حتى يتمكن من فض ذلك النزاع على نحو قاطع للمنازعة من جديد وبالشكل الذي تتماهى به أحكام المحاكم مع بعضها البعض في معالجة النزاعات المماثلة، ذلك حتى لا يختلف القضاء باختلاف القاضي ووحدة المسائل.

وتبعاً لما تقدم كان لا بد لفقهاء الشريعة والقانون من إيجاد مناهج موحدة لمعالجة النصوص غير الواضحة بوضع ضوابط معينة لتفسيرها وتقصي إرادة المشرع منها وتحليلها تحليلاً ينتج عنه استخلاص حكم القانون من النصوص، كما كان لا بد من وضع وسائل لسد القصور التشريعي في حال عدم وجود قاعدة قانونية وذلك لمواكبة تطور التعامل المدني وإيجاد حلول قانونية للمسائل المستحدثة التي لا يسعفها التشريع.

ومن هنا فسيتناول الباحث حالتي النص القانوني المعيب وحالة فقدان النص كصور لحالة القصور في التشريع.

المبحث الأول: دور القاضي المدني في تفسير النص التشريعي المعيب

في حالة النص القانوني المعيب فإنه يفترض وجود نص قانوني من الممكن تطبيقه على الواقعة المعروضة أمام القاضي إلا أن هذا النص مصاب بعيب من عيوب التشريع، كأن يتضمن خطأ أو نقص أو غموض أو تكرار أو تعارض. وقد عمد الباحث الى تقسيم هذه العيوب الى طائفتين هما: العيوب الشكلية: وتشمل الخطأ والنقص والتكرار وإلى عيوب موضوعية وتشمل: الغموض والتعارض.

المطلب الأول: دور القاضي المدني في معالجة العيوب الشكلية في التشريع

لم يجد الباحث تعريفاً للعيوب الشكلية في التشريع في المراجع الفقهية، ويعرفها الباحث بأنها : "تلك العيوب التي تصيب النص القانوني في صياغته وبنائه، فلا يكون ذلك النص قادراً على بث الحكم القانوني جراء ذلك العيب". وذلك بأن يعتري النص خطأ مادي أو نقص كلمة ضرورية لاكتمال المعنى وغير ذلك من العيوب التي تمس بالسياق اللغوي للتشريع بالشكل الذي يخل بالمعنى، وعادة ما يكون ذلك جراء مخالفة أصول الصياغة القانونية السليمة، كالإيجاز المخل بالمعنى أو تكرار الحكم في مادتين منفصلتين مع اختلاف طفيف بينهما في الصياغة، أو ان يخلو النص من المخاطب فيه أو أن يخلو من الحكم القانوني المترتب على الفرض الوارد في النص، فيكون النص كأنما عرض فرض قانوني دون ان يبين حكمه.

ويتحد الخطأ والنقص في كونهما عيوباً تلحق بالنص ذاته، فيما ان التكرار –فيما يراه الباحث– لا يعني بالضرورة ان يكون النص معيباً وإنما يتمثل القصور في حالة التكرار في تكرار المشرع للفرض القانوني بالشكل الذي يؤدي إلى ارباك في الفهم. وفي هذا المطلب يتناول الباحث كل من الخطأ والنقص كعيوب تلحق بالنص ذاته في فرع والتكرار في التشريع في فرع ثان.

الفرع الأول: الخطأ والنقص

أولاً: الخطأ في النص القانوني

يتخذ الخطأ الذي قد يشوب النص التشريعي نوعين اثنين: خطأ مادي أو خطأ قانوني، كما يلي:

1- الخطأ المادي: تتنوع الأخطاء المادية في النصوص القانونية والتي قد تكون ناتجة عن مراحل اعداد التشريع فقد تكون موجودة في أصل النص أو في مسودته، وغالباً ما يكون الخطأ المادي في النص القانوني على بإضافة حرف أو نقصان حرف أو كلمة أو عبارة أو عن طريق التزيد بعبارة أو كلمة لا معنى لها بحيث تربك المعنى وقد يكون الخطأ في ترقيم المواد أو في تسلسلها[1].

والنص الذي ينطوي على خطأ مادي فإنه يستوجب بأي حال التصحيح، لأن اغفال كلمة أو عبارة أو اضافتها عن طريق الخطأ قد يؤدي إلى تغيير المراكز القانونية التي اتجهت نية المشرع الى احداثها او المحافظة عليها.

2- الخطأ القانوني في التشريع: "هو والخطأ الواضح غير المقصود والذي تدل عليه القواعد العامة والخلفية التشريعية للقاعدة القانونية بحيث يتأكد للقاضي وجوب تصحيحه"[2] .

ويرى الباحث بأن الخطأ القانوني من الممكن وصفه بالخطأ المعنوي، ذلك بأنه يمس جوهر القاعدة القانونية ويغير في معناها أو الأثر المترتب على تطبيقها، ويختلف عن الخطأ المادي من كون أن الخطأ المادي يظهر بالزيادة أو النقصان في العبارات أو الحروف بحيث يظهر اختلال المعنى إثر الخطأ اللغوي أو الاملائي بشكل واضح للقارئ العرضي، أما الخطأ القانوني في التشريع فهو لا يمكن اكتشافه إلا من خلال دراسة النص وتبعاته والاعتبارات التي بني عليها ومواءمته مع القوانين العامة المتفرع عنها ودراسة المراكز التي أراد المشرع المحافظة عليها.

---

[1] السعيدي، ثامر: **الصياغة القانونية لنصوص التشريع**. لا يوجد رقم طبعة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2019. ص152 .

[2] الشيخلي، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص107 .

وفي صورة الخطأ المادي يرى الباحث أنه يمكن للقاضي المدني استنتاج الخطأ المادي بسهولة باعتباره من أهل الاختصاص وعليه أن يستدرك هذا الخطأ عن طريق تصويب القاعدة القانونية بتصحيح الخطأ المادي ومن ثم تطبيقه، شريطة ألا يخل ذلك التصحيح بالمعنى أو أن يغير في إرادة المشرع من سن القانون، فكل قانون عادة ما يحتوي على تصور عام لإرادة المشرع من اقراره، وهذا التصور لا ينبغي أن يغيب عن ذهن المحكمة عند تصويب الأخطاء المادية، كما يجدر التأكيد على ان ذلك التصويب يتعين ان يكون متعلقاً بخطأ مادي بحت، لا يخل بالمعنى بحيث يمس سلامة العبارات الأخرى الواردة في النص القانوني، وإلا فإن ذلك يعتبر تدخلاً في عمل السلطة التشريعية، ويرى الباحث أن المعيار في ذلك يتمثل بأن يكون الخطأ المادي ظاهراً للقانوني العادي الذي يكتشف الخطأ بمجرد قراءة النص.

أما في حالة الخطأ القانوني فبإمكان القاضي الاستعانة بالتقريب بين النصوص في التشريع ذاته أو في التشريعات الأخرى المتعلقة به وهو بذلك يصل إلى المعنى الذي أراده المشرع، لأن النصوص القانونية عادة ما يجمعها رباط فكري واحد[1] . كما يمكن للقاضي المدني تفسير القاعدة القانونية المصابة بخطأ قانوني من خلال اعتماد الحكمة من التشريع، أي الغاية التي توخاها المشرع من النص على القاعدة القانونية.

ومثال الخطأ القانوني في التشريع الفلسطيني ما كانت تنص عليه المادة 130 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 حيث نصت: "إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك"[2].

---

[1] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص466 .

[2] المادة 130 من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 : **مصدر سابق**. يذكر أنه قد جرى تعديل هذه المادة اثناء كتابة واعداد هذه الرسالة وذلك بموجب المادة 2 من القرار بقانون رقم 22 لسنة 2023 المنشور في العدد 205 من الجريدة الرسمية بتاريخ 2023/8/28 الصفحات 9 –10 وأصبحت تنص على انه: " إذا تخلف الخصم عن الحضور الاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي **ما كان يجوز فيها ذلك**". وحسناً فعل المشرع بإقرار هذا التعديل.

حيث تناقش هذه المادة أثر تخلف الخصم عن الاستجواب فيما اذا دعته المحكمة لسماعه، أو إذا امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، حيث جعلت هذه المادة جزاء هذا التخلف عن الحضور أو عن الإجابة هو جواز قبول البينة الشفوية والقرائن في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، ولكنها في حقيقة الأمر لم توقع أي جزاء على الخصم المتخلف عن حضور الاستجواب؛ طالما أنها ربطت جواز سماع البينة الشفوية في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك فقط، فما هو الجزاء المترتب على التخلف عن الاستجواب طالما أن الخصم الآخر بإمكانه أن يتقدم ببينة شفوية بطبيعة الحال؟

ويظهر هذا الخطأ القانوني من خلال التناقض مع المواد السابقة والتي نظمت الاستجواب كدليل من أدلة الإثبات، ويظهر أيضاً خطأ هذا النص القانوني بشكل واضح إذ جعل عملية الاستجواب لا أثر لها في الدعوى كدليل، إذ بإمكان كل خصم أن يتخلف عن الاستجواب ولن يكون بوسع خصمه سوى استخدام البينات التي كانت متاحة له بطبيعة الحال، فيفتح النص الباب واسعاً أمام الخصوم للتخلف عن حضور الاستجواب دون أي جزاء يذكر.

فيمكن للقاضي المدني مثلاً استدراك هذا الخطأ القانوني؛ من خلال إجازة الاثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي لا يجيز فيها القانون ذلك كجزاء على التخلف عن حضور الاستجواب، إذ أن هذه هي غاية المشرع من ايراد هذا النص القانوني، وإلا لكان الاستجواب كدليل من أدلة الاثبات بلا جدوى إن امتنع الخصم عن حضور جلسة الاستجواب أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني.

ثانياً: النقص في النص القانوني

يقصد بالنقص في التشريع: "إغفال لفظ بالنص لا يستقيم الحكم بدونه"[1] .

فيلاحظ من التعريف المذكور أعلاه بأن النقص يكون في تشريع موجود ولكن هذا التشريع يشوبه النقص بحيث يغفل عن تنظيم الأمور التي كان من المفترض أن ينظمها.

[1] عبد العال، عكاشة و منصور، سامي: **المنهجية القانونية**. لا يوجد رقم طبعة. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2008. ص67

ولعل أبرز صورة من صور قصور النص التشريعي هي النقص في ألفاظه وعباراته، إذ أن النقص في التشريع لا يعطي القاضي المدني الحل المباشر للنزاع المعروض أمامه، ولقد ميز الفقهاء بين نوعين من نقص القاعدة القانونية: النقص المزيف والنقص الحقيقي، فقالو بأن النقص المزيف يكون في حالة وجود قاعدة قانونية إلا أنها لا تتماشى مع التطورات الحاصلة في الميدان الذي تنظمه، ويطلق عليه البعض القصور الأيديولوجي أو الانتقادي لأن القاضي يتنقد القاعدة القانونية بسبب عدم تحقيقها للغاية التي ينشدها المشرع، أما النقص الحقيقي فهو وجود قاعدة قانونية إلا أنها قد غفلت عن تنظيم الحالة المعروضة على القاضي[1].

وفي حالة اغفال لفظ لا يستقيم المعنى بدونه (حالة وجود نص ولكنه ناقص) يمكن للقاضي المدني اكمال ذلك النقص عن طريق استنباط الغاية التي توخاها المشرع من النص أو عن طريق الرجوع الى الأعمال التحضيرية للتشريع أو عن طريق الرجوع الى النص القانوني المأخوذ عنه التشريع مثل النص الفرنسي أو المصري أو الاردني أو مناقشات المجلس النيابي[2] .

إلا أنه وفي حالة النقص المزيف، فالذي يراه الباحث هو عدم جواز تخطي تلك القاعدة القانونية القديمة بداعي انها لا تتماشى مع الواقع، لان في ذلك اهمالاً لإرادة المشرع وتدخلاً في عمل التشريع ولا يستقيم ذلك مع القواعد العامة للنظام القانوني الفلسطيني والتشريع المدني المتمثل بمجلة الاحكام العدلية والتي جاء فيها "إعمال الكلام أولى من إهماله"[3]. وعليه فإنه يتعين على القاضي اعمال النص التشريعي الذي ينطبق على الواقعة حتى ولو كان لا يتماشى مع متطلبات العصر طالما انه يعبر عن الإرادة التشريعية التي لا تزال مستمرة ما لم يتم الغاء القانون.

---

[1] أحمد، محمد شريف: **نظرية تفسير النصوص القانونية**. لا يوجد رقم طبعة. العراق-بغداد: مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. 1978 . ص 156 و 157 .

[2] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص467 .

[3] المادة 60 من مجلة الاحكام العدلية العثمانية: مصدر سابق. ومفاد هذه القاعدة أنه لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما امكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي. (أنظر زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 20).

كما أنه "لا اجتهاد في مورد النص"[1]، فإذا دلّ النص على إرادة المشرع القطعية فإنه لا اجتهاد في ذلك بتبني رأي قانوني آخر بداعي قدم التشريع وعدم مواءمته لمتطلبات العصر.

اما في حالة إغفال المشرع تنظيم حالة ما، فإن ذلك يندرج ضمن حالة فقدان النص القانوني كصورة من صور قصور التشريع وهو ما سيجري بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ثالثاً: دور الوسائل الخارجية في تفسير القانون في أحوال النقص والخطأ

ذكر الباحث، انه في أحوال النقص والخطأ في القاعدة القانونية، فإنه يتعين أن يقوم القاضي باستدراك الخطأ او تصحيح النقص بالرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع أو إلى الأعمال التحضيرية لإصداره أو إلى الحكمة من التشريع، وكل هذه تسمى الوسائل الخارجية في التفسير، ويستعين القاضي بأحدها أو بمجموعها ليجد ضالته. ويتناول الباحث هذه الوسائل على التوالي:

1- تقصي الحكمة من التشريع: يقصد بالحكمة من التشريع: "الغاية أو المصلحة التي يريد المشرع حمايتها في التشريع ذاته"[2]. فعادة ما يهدف المشرع من التشريع الى مصلحة ما، ذات طابع اقتصادي أو سياسي أو فردي، ذلك ان القاعدة القانونية انما تكون وليدة المفاضلة بين مصلحة وأخرى، ويظهر ذلك للقاضي من الاتجاه العام والنزعة التي ينتهجها المشرع في نصوص التشريع الأخرى.

فمثلاً وفي مثال الاستجواب أعلاه، فإن غاية المشرع فرض الجزاء على عدم حضور الخصم للاستجواب، ولا يستقيم عقلاً ولا قانوناً الحكم الوارد في النص لأنه يسلب ذلك الجزاء، فيكون على القاضي القيام بتصحيح ذلك الخطأ.

[1] المادة 14 من مجلة الأحكام العدلية: مصدر سابق، وكذلك أنظر في ذلك : الزرقا، أحمد محمد: شرح القواعد الفقهية. ص147.

[2] بيومي، سعيد أحمد: مرجع سابق. ص 476.

ويستعين القاضي في ذلك بالقاعدة الكلية الواردة في مجلة الاحكام العدلية وهي المادة الثانية منها والتي تنص على انه: "الأمور بمقاصدها"[1]، أي أن النصوص وافعال الناس إنما يجري تكييفها بناء على القصد منها[2].

1-المصدر التاريخي للنص: يقصد بالمصادر التاريخية للقانون: "المراجع التي يأخذ منها المشرع قواعده ويستمد منها احكامه"[3] وقد تكون المصادر التاريخية للقانون شريعة عامة أو مذهب فقهي أو قانون سابق دمجت احكامه في قانون آخر جديد. وفي فلسطين فإن المرجعية التاريخية لمجلة الاحكام العدلية هي المذهب الحنفي[4]، والمرجعية التاريخية للقانون المدني الأردني هي مجلة الاحكام العدلية وقواعد الفقه الإسلامي[5].

وعليه فإن في وسع القاضي في أحوال قصور النص التشريعي، أن يرجع الى المصدر الأصلي الذي استمد منه المشرع حكم ذلك النص وأن يفسره في ضوء ذلك المصدر التاريخي، ويظهر ذلك للقاضي من خلال الفقه الذي تبناه المشرع في التشريع الذي يحتوي على النص المصاب بالقصور، فقد يظهر للقاضي من خلال تأمل نصوص التشريع أن المشرع قد تبنى المذهب الإسلامي أو الفرنسي في ذلك التشريع، فيتعين عليه الرجوع الى هذه المذاهب للتوصل الى حقيقة النص التشريعي القاصر[6].

---

[1] المادة 2 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[2] زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية. الطبعة الأولى. بيروت-لبنان. مؤسسة الرسالة. (2001) . ص11

[3] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص294. وقد قررت محكمة بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية أنه: " من الخطأ اللجوء الى المصادر التاريخية للقانون قبل استيفاء الوسائل الاخرى ذلك ان الاستعانة بالعلة او بالمبادئ القانونية العامة انما هي استعانة بعناصر متوارية لكنها موجودة في صلب القانون نفسه أما المصدر التاريخي فهو عنصر خارجي عن القاعدة ولهذا فهو يصدق احيانا ويخطئ في كثير من الأحيان". أنظر حكم محكمة بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية رقم 2091 لسنة 2016 بتاريخ 2016/9/21 والمنشور على موقع قسطاس.

[4] حطاب، مؤيد. 2021. التنظيم القانوني لمراحل الأهلية وفق القانون النافذ في فلسطين . مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، 35 ، 5 . 769-820. ص 772

[5] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 83.

[6] وتطبيقاً لذلك، قررت محكمة التمييز الأردنية بخصوص دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر أنه: "ان المصدر التاريخي الذي استقت منه القواعد المنظمة لدعوى عدم نفاذ التصرف مأخوذ من قواعد الفقه الاسلامي وعلى وجه الخصوص من الفقه المالكي...وان الاثار التي تترتب على دعوى عدم النفاذ تتطابق مع ما ورد بالفقه المالكي باعتبارها دعوى بطلان وان قصر اثر الدعوى على عدم نفاذ التصرف في حق الدائن يخالف القواعد العامة التي اوردها القانون المدني في المادة 2/175 التي تفيد بأن عدم اجازة العقد الموقوف يستتبع بطلانه وواضح ان دعوى الدائن ضد تصرف مدينه لا تغدو ان تكون معارضة صريحة للتصرف الامر الذي ينبني عليه ان دعوى عدم النفاذ تبقى في نتائجها الاساسية دعوى بطلان" حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 626 لسنة 2013 بتاريخ 2013/7/4 والمنشور على موقع قسطاس.

1- الأعمال التحضيرية أو مناقشات المجلس النيابي:

يقصد بالأعمال التحضيرية: "مجموعة الوثائق التي تبين المراحل التي مر بها التشريع قبل اقراره"، مثل مشروع النص المقدم من مجلس الوزراء او المناقشات التي جرت على ذلك المشروع في المجلس النيابي وهي عادة ما تكون مثبتة بمحاضر، أو مشروحات اللجان القانونية في المجلس النيابي على النص[1]، فهذه الوثائق مفيدة جداً في أحوال الخطأ او النقص في التشريع، فقد تشير المناقشات أو المحاضر الى النص الصحيح الذي ورد في التشريع بصورة خاطئة، كما يمكن ان تفصح هذه المناقشات عن الحكمة من التشريع أو المصلحة المراد حمايتها، وعليه فللقاضي أن يستعين بها في تصويب الخطأ وذلك بتسطير كتاب الى الجهات المعنية للعمل على تزويد المحكمة بهذه الوثائق.

وتجدر الإشارة إلى ان اللجوء الى هذه الوسائل لا يجوز ان يكون على اطلاقه، بل يتعين العمل على تفسير النص من خلال عباراته ومعاني التفسير المستخلصة من النص ذاتها وفق دلالاتها ومفاهيمها وفق أصول التفسير المبينة في هذه الاطروحة، وليس للقاضي اللجوء الى هذه الوسائل قبل تلك؛ لأن المشرع قد يكون في ختام المناقشات بخصوص التشريع قد عدل عما هو وارد في محاضر المناقشة وأورد نصاً مغايراً في الصيغة النهائية، فتكون حينئذ إرادة المشرع أولى بالرعاية. أو قد تتضمن تلك الوثائق اجتهادات شخصية قد يجانبها التوفيق ولا تتفق مع النص المقرر[2]، لذلك لا يرى الباحث دوراً واسعاً لهذه الوسائل في تفسير النصوص القانونية إلا في الحدود المبينة في هذه الدراسة[3].

الفرع الثاني: التكرار في التشريع

في بعض الأحوال يقوم المشرع بتكرار نصوص تشريعية في القانون ذاته أو في قوانين أخرى، الأمر الذي قد يسبب إرباكاً في الفهم.

---

[1] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 285.

[2] حمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 285.

[3] لهذه الوسائل دور في تفسير بعض أنواع النصوص الغامضة كما سيأتي بيانه لاحقاً في هذه الدراسة.

ومع أن التكرار لا يسبب إرباكاً في التفسير طالما لم يؤدي إلى تعارض[1]، إلا أنه قد يحدث لغطاً في ربط المواد والتشريعات ببعضها البعض ويسبب اللغو، ويمس بالقيمة التشريعية للنظام القانوني سيما في ظل القاعدة القائلة : "المشرع لا يقول لغواً".

ويتمثل التكرار في ان يورد المشرع ذات الحكم في نصين في ذات القانون او في قانون آخر، ويشترط حتى يتم اسباغ صفة التكرار أن يتضمن كلا النصين ذات الحكم، فإن تضمن أحدهما حكاً مغايراً عن الآخر في ذات التنظيم كان ذلك تعارضاً بين النصوص لا تكراراً.

ويرى الباحث أن التكرار في النص القانوني لا يخلق سوى حالة ارباك في الفهم، إلا أنه في نهاية المطاف يمكن للقاضي أن يتوصل إلى الحكم بسهولة طالما أن كلا النصين قد تضمنا ذات الحكم في ذات المسألة ولا تثريب عليه إذا قام بتطبيق كلا النصين أو أحدهما دون الآخر.

ومثال التكرار هو التكرار الوارد بين المادتين 60 و 93 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، حيث تنص المادة 60 من القانون المذكور على أنه: "إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها، فعليها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى". وتنص المادة 93 من ذات القانون على أنه:" على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة. وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها"[2] .

ويظهر التكرار بين هذين المادتين في ذات القانون إذ لم تضف المادة 93 سوى حكماً واحداً عن سابقتها، وهو أن الدعوى تحال بحالتها، فكان الأولى بالمشرع هو دمج حكم إحالة الدعوى بحالتها إلى الحكم المنصوص عليه في المادة 60 من ذات القانون.

[1] حتى ان معظم المراجع لا تصنف التكرار كعيب من عيوب النص، فهو أقرب ما يكون إلى كونه خلل يلحق بالصياغة.

[2] المادتين 60 و 93 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: **مصدر سابق**.

ففي هذه الحالة فلا بأس إن قرر القاضي الإحالة وعزى قراره لإحدى هاتين المادتين أو لكليهما طالما أنهما قد تضمنَّتا ذات الحكم.

المطلب الثاني: دور القاضي المدني في معالجة العيوب الموضوعية في التشريع

تختلف العيوب الموضوعية عن العيوب الشكلية في أن العيوب الموضوعية لا تلحق ببناء النص القانوني او صياغته كما في العيوب الشكلية، وإنما تكون عبارات النص سليمة من حيث الصياغة لكن يتعذر استنباط المعنى القانوني منها او الحكم الذي توخاه المشرع من النص، بأن تكون عبارات النص سليمة المبنى غامضة المعنى أو أن يكون النص سليماً ولكنه يتعارض مع نص آخر نافذ المفعول، ومن هنا يستعرض الباحث أنواع هذه النصوص وسبل التصدي لها.

الفرع الأول: الغموض في النص القانوني

يقصد بغموض النص: "بكونه مبهماً، بأن يكون له أكثر من معنى"[1] . أي انه نص غير واضح الدلالة، فهو لا يدل على فحواه بنفسه، بل لا بد عن الاستعانة بوسائل التفسير لفهم محتواه وتحديده.

ويقسم النص الغامض ستة صور هي: نص خفي ونص مشكل ونص مجمل ونص متشابه كما يلي:

1 – النص الخفي: ويقصد به: "النص القانوني الذي يدل على المعنى المراد منه دلالة ظاهرة، ولكن في انطباق معناه على بعض المخاطبين هناك نوع من الغموض"[2] .

وهو اقل مراتب الألفاظ غموضاً، لا بل انه نص واضح، وإنما ينشأ الغموض فيه من احتمال تطبيقه على بعض المخاطبين أو بعض الوقائع، فمنشأ الغموض في النص الخفي ليس من ذات الصيغة بل من عارض قابلية تطبيقه على بعض الافراد والوقائع ام لا[3].

---

[1] عنقر، خالد: ***دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية***. مجلة الفقه والقانون. المغرب. صلاح الدين دكداك. 2016. ع41. ص68 دراسة منشورة على موقع دار المنظومة.

[2] الشيخلي، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص 112 .

[3] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص67.

وإزالة الغموض أو الخفاء إنما يكون بالاجتهاد في تحليل الواقعة التي يراد تطبيق النص عليها، وأن هذا الاجتهاد يلزمه تحقيق المناط الذي بني عليه النص القانوني حتى يتوصل الى مراد المشرع والغاية من تشريع النص والمصلحة المراد حمايتها (الحكمة من النص والغاية من تشريعه) ويلزمه أيضاً دراسة الواقعة المراد تطبيق النص عليها دراسة دقيقة ليتوصل القاضي هل هي مشمولة بالنص أم لا، فإن لم يسفر الاجتهاد الى الوصول الى دخول الواقعة او الفرد في مفهوم النص فلا يطبق حكم النص على تلك الواقعة أو الفرد[1] .

ويمكن كذلك إزالة الغموض بالرجوع الى المصادر التاريخية للنص التشريعي الذي قد يتضمن حكماً مشابهاً او مطابقاً للنص الخفي مع بيان الوقائع او الأشخاص المخاطبين فيه، كما يعتبر مفيداً في تحديد المخاطبين في النص التشريعي الرجوع الى محاضر المجلس النيابي التي جرى فيها مناقشة التشريع، فقد يرد في إطار تلك المناقشات نطاق تطبيق النص التشريعي من حيث الأشخاص أو الوقائع[2].

ومثال ذلك النص المادة 3 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 حيث حددت هذه المادة المخاطبين ونصت على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع العمال وأصحاب العمل في فلسطين باستثناء: 1- موظفي الحكومة والهيئات المحلية مع كفالة حقهم في تكوين نقابات خاصة بهم. 2- خدم المنازل ومن في حكمهم على أن يصدر الوزير نظاماً خاصاً بهم. 3- أفراد أسرة صاحب العمل من الدرجة الأولى"[3].

ويثور الغموض في المادة المذكورة في الفقرة الأولى والثالثة منها، إذ تنطبق هذه الفقرة إذا كان رب العمل شخصاً طبيعياً، ولكن التساؤل المطروح: ماذا لو كان رب العمل شخصاً معنوياً؟ فهل ينطبق قانون العمل على العامل الذي يكون ابناً لرئيس مجلس إدارة الشخص المعنوي أو ممثله القانوني أو المفوض بالتوقيع

[1] عبد الله: محمد حسين: **الواضح في أصول الفقه**. الطبعة الثانية. بيروت: دار البيارق. 1995 . ص286. كذلك أنظر المقصود بحكمة التشريع في مطلب الخطأ والنقص في هذه الاطروحة.

[2] أنظر المقصود بالأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية في مطلب العيوب الشكلية في التشريع.

[3] المادة 3 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 والمنشور في جريدة الوقائع الرسمية في العدد التاسع والثلاثون بتاريخ 25 نوفمبر 2001 في غزة في الصفحة السابعة من العدد .

عنه؟ أو هل ينطبق قانون العمل على العامل الذي يكون ابناً لشريك في شركة عادية أو مساهمة خصوصية؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى الباحث أن مفاد عقد الشركة استقلال شخص الشركة عن شخص شركائها بوصف الشركة شخصاً اعتبارياً مستقلاً[1]، بحيث تذوب مساهمات الشركاء المالية والعينية في الشركة لتصبح ملكاً للشركة بالدرجة الأولى وتترجم تلك المساهمات على صيغة اسهم لكل شريك، وعلى الرغم من أن المشرع لم يجعل هذا الاستقلال على اطلاقه، فقرر مسؤولية الشركاء في الشركة العادية العامة بالتضامن وبالانفراد أيضاً عن ديونها، على أن يتم التنفيذ على أموال الشركة أولاً ثم أموال الشركاء[2]، إلا أن الأصل يقضي بأن تذوب مساهمات الشركاء مع بعضها البعض وأن يولد عنها شخص معنوي مستقل عن شخوصهم وذممهم.

ولما كانت شخصية الشركة –حسب الأصل– مستقلة عن شخص شركائها فإنه ولدراسة نص المادة الثالثة من قانون العمل فلا بد من بحث حكمة المشرع من استثناء أقارب رب العمل من الدرجة الأولى من وصف العلاقة العمالية، إذ انه وبتأمل المادة الثالثة المذكورة نجد بأن غرض المشرع منها هو الحفاظ على الرابطة الاسرية وبأن العلاقة بين الأقارب من الدرجة الأولى عادة ما تفوق باعتباراتها العلاقات العقدية، وإنما تحتكم لظروف واعتبارات عائلية ترك المشرع لها صلاحية تحديد طبيعة الالتزامات المتبادلة بين أولئك الأقارب، وتبعاً لذلك استثنى المشرع تلك العلاقة من قواعد قانون العمل الآمرة.

ولما كان هذا الاعتبار متوافراً فيما لو كان رب العمل شخص طبيعي، فإنه لا يتوافر بحالة الشخص المعنوي المستقل عن شخص شركائه، فالخصم في الدعوى العمالية بالدرجة الأولى هي الشركة لا الشركاء

[1] التلاحمة، خالد إبراهيم: القانون التجاري، الجزء الثاني(الشركات التجارية). منشورات المعهد القضائي الفلسطيني. رام الله.2013. ص33، 36.

[2] أنظر أحكام القرار بقانون رقم 42 لسنة 2021 بشأن الشركات والمنشور في جريدة الوقائع الرسمية ، عدد ممتاز رقم 25 ، بتاريخ 2021/12/30 ، الصفحات من 2–128، حيث تنص المادة 1/33 منه على انه: "يعتبرالشريك في الشركة العادية العامة مسؤولً بالتضامن والتكافل مع سائر الشركاء وبالانفراد أيضًا عن جميع الديون والالتزامات التي ترتبت على الشركة أثناء وجوده شريكًا فيها، ويكون ضامنًا بأمواله الخاصة لتلك الديون والالتزامات..". كما تنص المادة 50 من ذات القرار بقانون على انه: "يجوز لدائني الشركة مخاصمة الشركة والشركاء فيها، ولا يجوز التنفيذ على الأموال الخاصة بالشركاء إلا بعد التنفيذ على أموال الشركة، وإذا لم تكف أموال الشركة لسداد ديونها يحق لدائني الشركة الرجوع على الأموال الخاصة بالشركاء بما تبقى من الدين".

فيها، ولما كانت الشركة تتمتع بهذه الاستقلالية فإنها مستقلة تبعاً لذلك عن شخصية والد العامل فيما لو كان شريكاً فيها، لأنه ليس بصاحب العمل، وإنما الشركة. وبذلك نستظهر الحكمة من استثناء بعض الفئات من قانون العمل ونحاول اسقاطها حال كون رب العمل شخص معنوي، ونقدر توافر ذات الحكمة فيما لو كان رب العمل شخص معنوي فإن توافرت قلنا بانطباق النص وإن لم تتوفر فلا.

2- النص المشكل: ويقصد به: "النص الذي لا يدل على المراد منه مباشرة، بل لا بد من قرينة خارجية توضح معناه"[1] . وهو: "ما خفي المعنى المراد منه خفاءً ناشئاً عن صيغة النص او أسلوبه أو من ان اللفظ موضوعاً لأكثر من معنى"[2].

والمشكل أشد غموضاً من الخفي لأن الخفي لفظه واضح الدلالة[3] بينما المشكل لفظه غير واضح الدلالة وقد أصابه الغموض من ذات الصيغة[4].

ويعرفه الباحث بأنه: "النص القانوني الذي يصيبه الغموض لعلة قصور الصيغة ذاتها أو قصور معناها، ويحتاج في تفسيره لأمر خارج عن التشريع لتوضيح معناه".

وبتحليل هذه التعريفات، فالإشكال في النص المشكل ناشئ عن غموض فيه أو في أسلوب صياغته، إذ لا يدل بذاته على المعنى المراد منه ولا يمكن تطبيق النص إلا بعد الاجتهاد القائم على الأدلة من غيره من النصوص أو القرائن الخارجية او غاية التشريع التي ترجح المعنى الذي أراده المشرع، وإلا فلا يطبق النص ولا يعمل بمقتضاه إلا في حدود ما أسفر عنه الاجتهاد[5] كما سيظهر ذلك في الأمثلة المتقدمة.

وأبرز مثال على النصوص المشكلة، هو الالتباس الحاصل عندما يرد في نص قانوني لفظ له أكثر من معنى اصطلاحي، وليس في سياق الجملة دلالة تصرف القاضي إلى معنى معين، ولا يوجد ما يشير إلى

---

[1] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص 477 ، وكذلك أنظر: كشف الاسرار 52/1 مشار اليه لدى: الزحيلي، وهبة: مرجع سابق.ص182.

[2] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص74.

[3] ولكن في انطباق معناه على بعض المخاطبين نوع من الغموض.

[4] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص288

[5] خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. مرجع سابق. ص163.

انصراف قصد المشرع إلى أحد المعنيين، ولا يمكن إزالة هذا الغموض إلا بالبحث والتأمل في غاية المشرع من النص أو المصلحة المراد حمايتها أو وجود قرينة.

ومثال النص المشكل مفهوم المركبة الالية في قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005[1] والتي عرفتها المادة الأولى من القانون بأنها: "كل مركبة تسير على الطرق بقوة ذاتية مهما كان نوعها والمركبة التي تجرها أو تسندها مركبة إذا كانت مرخصة لذلك، ويستثنى منها الكرسي بعجلات". فهل نرجع الى ما اشترطه القانون في المركبة وفق قانونها الخاص وهو قانون المرور رقم 5 لسنة 2000 والذي أوجب في المادة الثانية منه ان تكون المركبة مسجلة ومجازة من سلطة الترخيص[2]؟

إن الأصل في قانون التأمين انه متعلق في الإصابات الجسدية الناجمة عن حوادث الطرق، وبالتالي فهو ينظر للمركبة أياً كان وصفها بانها مصدر مسبب لتلك الحوادث باعتبارها جسماً مادياً متحركاً، وحيث أنه لم يشترط قانون التأمين أن تكون المركبة مرخصة فإن احكامه تسري على المركبات غير المرخصة طالما انها تسير بقوة الية وقد تسببت بحادث طرق نجم عنه ضرر جسماني، فالقرينة هنا هي تخصيص قانون التأمين بالحماية ضد الاضرار الجسدية التي يكفي أن تسببها مركبة تسير على الطريق.

وفي ذلك قررت محكمة النقض الفلسطينية في هيئتها العامة في النقض المدني رقم 2020/1038 طلب رقم 2021/7[3] بأنه: "إن المشرع في قانون التأمين عندما قصد من تعريف المركبة الآلية لغايات اعتبار الحادث الذي ينتج عن استعمالها وينشأ عنه ضرر جسماني بأنه حادث طرق ، فقد قصد التعريف المادي للمركبة وهي كل مركبة تسير على الطريق بقوتها الذاتية مهما كان نوعها باستثناء الكرسي بعجلات ، وباستثناء المشرع الكرسي بعجلات من تعريف المركبة نؤكد على أن المشرع لم يكن يقصد من تعريف

[1] المادة الأولى من قانون التامين رقم 20 لسنة 2005، مصدر سابق.

[2] المادة الثانية من قانون المرور رقم 5 لسنة 2000 المنشور في **الجريدة الرسمية عدد36 ص** 5 **بتاريخ** 2001-03-19
تاريخ الصدور2000-09-17

[3] قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الفلسطينية الذي يحمل الرقم 2020/1038 طلب رقم 2021/7 الصادر بتاريخ 2021/6/10 المنشور على موقع : موسوعة القوانين واحكام المحاكم الفلسطينية– مقام.

المركبة الآلية لهذه الغاية أن تكون مسجلة لدى سلطة الترخيص وإنما قصد المركبة بمفهومها المادي الصرف ... وأن عدم تسجيلها لا ينفي عنها صفة المركبة لغايات قانون التأمين".

3- النص المجمل: يقصد به: "النص الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن لفظية أو حالية تبينه، ولا بد ان يورد المشرع ما يبينه"[1].

ويختلف النص المجمل عن المشكل في أن المشكل يزول ابهامه بالاجتهاد عن طريق القرائن او تقصي غاية المشرع أو المصلحة المراد حمايتها، أما المجمل فلا يزول ابهامه إلا ببيان من المشرع حصراً[2]، فالنص المجمل لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن لفظية أو حالية تبينه[3]، ولا يمكن فهم المراد منه بواسطة العقل، فلا بد أن يورد المشرع قرائن او نصوص اخرى تدل على تعيين معنى محدد[4].

ويكون ذلك عند تعدد معاني اللفظ الواحد المتساوية يحتاج قرينة لتحديد المعنى المراد، أو أن يكون اللفظ غريب المعنى، أو أن يكون للفظ معنيين احدهما لغوي والآخر اصطلاحي ولم يورد المشرع نص آخر أو قرينة لتحديد المراد منهما[5].

ويظهر ذلك عندما ينقل المشرع المعاني من معناها اللغوي إلى معناها الاصطلاحي القانوني دون بيان المراد القانوني من المعنى، أو أن يستخدم المشرع الألفاظ الغريبة قليلة الاستعمال.

ويرى غالبية الفقهاء أن حكم النص المجمل هو التوقف في تعيين المراد منه، فلا يجوز العمل به إلا إذا وردت قرينة من المشرع تصرفه إلى معنى معين، وإذا كان البيان او القرينة من المشرع قطعية صار

---

[1] أحمد، محمد شريف: مرجع سابق. ص 131 . وكذلك: الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص93.

[2] الدريني، فتحي: مرجع سابق. ص94 و 95. ومن بيان المشرع في الشريعة الإسلامية، قول الله تعالى:" لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ..." (سورة النساء، الآية 7) فلم تبين الآية ما هو النصيب وما مقداره، وإنما بينه الله –تعالى– في الآيات اللاحقة.

[3] وهو ما يميزه عن المشكل الذي توجد قرائن تبينه، فإن لم توجد صار مجملاً وهو بحاجة حينئذ لبيان من المشرع.

[4] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **أصول الفقه**. الطبعة الأولى. عمان–الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 1996 . ص243

[5] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 279 .

المجمل نصاً مفسراً فيجب حينئذ العمل به، وإذا كانت القرينة غير قطعية فإنه ينبغي الأخذ بالنص المجمل بالقدر الذي دلت عليه القرينة[1] .

فمثلاً، حظر قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 تشغيل الأحداث من حيث المبدأ، والحدث في المعنى الاصطلاحي الشائع هو من دون الثامنة عشر من العمر، إلا أن الحدث بالنسبة لقانون العمل هو كل من بلغ الخامسة عشرة من عمره ولم يتجاوز الثامنة عشرة، حسبما أنبأت عنه المادة الأولى من القانون المذكور. وعليه فيكون قانون العمل الفلسطيني قد أورد بيان محدد يزيل اللبس في تحديد سن الحدث لغايات تطبيق أحكام قانون العمل[2]. اما إذا لم يورد المشرع قرينة فالأولى هو الذهاب الى المعنى الاصطلاحي الشائع للحدث، وذلك عملاً بالقرينة بأن المشرع اذا سكت عن تعريف معنى خاص للحدث فهو بذلك أراد المعنى الشائع.

4-النص المتشابه: يقصد بالنص المتشابه : "ما خفي المراد منه، فلا تدل على صيغته على معناه ولا توجد قرائن داخلية ولا خارجية تزيل خفاه"[3] .

ويعرفه الباحث بانه: " النص الذي أصابه غموض لعلة قصور الصيغة ذاتها أو قصور معناها، ولا توجد قرائن في التشريع ولا خارج التشريع توضح معناه".

فالنص المتشابه هو الذي يتعذر فهمه بواسطة الحكمة من التشريع أو الغاية منه او بواسطة الرجوع الى الاعمال التحضيرية ويتعذر فهمه بأي قرينة ترشد الى معناه، كما أن المشرع لم يزيل خفاه بنص آخر.

---

[1] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 279 وكذلك عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **مرجع سابق**. ص 244 وكذلك أنظر: عبد الله، محمد حسين: **الواضح في أصول الفقه**. الطبعة الثانية. بيروت: دار البيارق للنشر والتوزيع. 1996. ص 291 . وانظر المقصود بالنص المفسَّر في الفصل الأول من هذه الدراسة.

[2] المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000: **مصدر سابق**.

[3] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص478 .

وقد ذكر الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه: الوجيز في أصول الفقه، ان النص المتشابه بهذه الصورة يكون قد استأثر الشارع بعلمه[1]، ومثالها أحرف الآيات المقطعة في بعض أوائل السور في القرآن الكريم مثل : "يس" ، "طسم" وغير ذلك.

وأضاف الفقهاء أن النص المتشابه لا يرد في النصوص الشرعية التي تحتوي على احكام شرعية عملية، لأن نصوص الأحكام الشرعية يردا بها الفهم والتطبيق، ولا سبيل لذلك من نص خفي خفاءً تاماً، ذلك أنها شرعت للعمل بمقتضاها، فلا يمكن أن تكون نصوص غامضة على هذا النحو[2] .

وذات الأمر الآنف ذكره ينطبق على النص القانوني، ذلك أن المشرع يورد النص مع مناط التكليف والوجوب، فلا يعقل ان يكون النص خفياً إلى هذا الحد، وكذلك فإن النصوص القانونية تنطوي على احكام ينبغي أن تكون واضحة ما امكن للمخاطبين، فليس من المتصور ان يستخدم المشرع الفاظ خفية المعنى ولا توجد قرينة تبينها، ذلك أن مناط التشريع هو التكليف، ولا يمكن تكليف المخاطبين بالقانون بما لا يفهمونه[3] .

وقد نصت المادة 62 من مجلة الاحكام العدلية على انه: "إذا تَعَذَّرَ إعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ"، أي انه اذا تعذر الوصول الى المعنى الحقيقي للنص أو لمعناه المجازي فإن الكلام يهمل ولا يعتد به ويعتبر لغواً لا يترتب عليه حكم[4]. وسيتجه القاضي المدني في هذه الحالة الى وسائل سد النقص التشريعي في الأحوال التي لا يرد فيها نص تشريعي ينظم الحالة المعروضة امامه، كالقياس واللجوء الى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية.

---

[1] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 280 .

[2]) الزحيلي، محمد مصطفى: **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دمشق: دار الخير للنشر والتوزيع. 2006. ص 118 وكذلك أنظر: زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص280 .

[3] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص 478.

[4] المادة 62 من مجلة الاحكام العدلية. مصدر سابق، انظر في شرح هذه المادة: زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 20.

الفرع الثاني: التعارض بين النصوص التشريعية

يقصد بالتعارض بين النصوص القانونية: "التناقض الذي يقع بين النصوص التشريعية، ويستدعي التوفيق بينها، ويلزم تقديم أحداها على الآخر"[1] . وهو: "أن يقتضي أحد النصين حكماً في واقعة خلاف ما يقتضيه النص الآخر فيها"[2].

فقد تصطدم قاعدة قانونية مع قاعدة قانونية أخرى، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، على الرغم من وضوح كل قاعدة منهما، ولكن كل قاعدة منهما تؤدي إلى حكم قانوني مغاير عن الحكم المقرر في القاعدة الأخرى، وقد يحدث هذا التعارض في تشريعين وقد يكون في تشريع واحد[3] .

ويرى الباحث بأن التعارض يكون في حال انطباق نصين قانونيين على واقعة واحدة ويفرض كل منهما حكماً قانونياً مغايراً عن الآخر.

والتعارض بين القواعد القانونية إما أن يكون تعارضاً كلياً، أو تعارضاً جزئياً، فالتعارض الكلي قد يكون بين قانون قديم وقانون حديث أو بين قانونين صدران معاً –ويرى الباحث بأن الفرض الثاني نادر الحدوث– بحيث يستحيل في التعارض الكلي التوفيق بين القاعدتين ويجعل من أمر انطباقهما أمراً مستحيلاً، أما التعارض الجزئي يكون عندما يكون التعارض بين أحكام القاعدتين القانونيتين بشكل يمكن التوفيق بينهما فيه، بأن يلغى جزء من احدى القاعدتين على اعتبار أن القاعدة الأخرى لا تتضمن حكماً مغايراً تماماً، وهذا ما يسمى تعارضاً جزئياً، فإذا وجد تناقض بين قانونين بحيث لا يمكن تغليب أحدهما على الآخر كان التعارض كلياً، وإذا أمكن تطبيق كل من القاعدتين القانونيتين بحيث لا يعمد القاضي إلى الالتفات عن

[1] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص 465 .

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص243 .

[3] الشيخلي، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص119 .

احدى القاعدتين وإنما يلتفت عن ما يثبت تعارضه ويتعذر التوفيق بينه وبين القاعدة الأخرى كان التعارض جزئياً [1] .

وكذلك يكون التعارض بين الدلالات في النصوص الواضحة، فكما سبق أن بين الباحث دلالات النص القانوني الواضح، فقد تكون هذه الدلالات متعارضة فيستدعي الامر تقديم إحداها على الأخرى.

ويشترط حتى يمكن القول بتعارض نصين قانونيين، أن يكونا متحدين في القوة وفي الدرجة في سلم التشريعات[2] ، فلا يمكن القول بتعارض لائحة او نظام مع قانون، فعندها يلزم القاضي بتطبيق حكم القانون، كون أنه يعلو النظام حسب هرمية التشريعات.

كما يشترط ان يكون النصين متحدان في الموضوع والزمان، فإن اختلف الموضوع فلا يقع التعارض، وكذلك إن كان أحد النصين قديم والآخر حديث، فإن الحديث يلغي القديم ضمناً في حدود ما وقع عليه التعارض[3] .

ويرى الدكتور محمد شريف أحمد، في كتابه: نظرية تفسير النصوص القانونية، بأن فقهاء القانون لم يتعمقوا في دراسة التعارض بين النصوص القانونية بما يكفي، مسايرة منهم لمناهج البحث في الغرب التي لا تعالج هذه المباحث، ويرى الدكتور بيان وسائل رفع التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية ينطبق تماماً على النصوص القانونية باعتبار أن كلا الموضعين من مادة التشريع[4].

وفي ضوء ذلك فإن على القاضي المدني رفع التعارض بين النصوص بالوسائل التالية على الترتيب[5]:

أولاً: محاولة التوفيق بين النصوص المتعارضة:

---

[1] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 138 و 139 .

[2] نصراوين، ليث كمال: ***متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني*** . **مجلة كلية القانون الكويتية العالمية**. العدد 2 مايو 2017 / ص 418 .

[3] بهذا المعنى أنظر: الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص 402

[4] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص136 – 137 – 138 .

[5] لقد ورد هذا الترتيب في: الزحيلي، وهبة: مرجع سابق. ص 244، وكذلك معظم مراجع هذه الدراسة.

يحاول القاضي المدني في بادئ الأمر أن يجمع نقاط اتفاق النصين ما أمكن، لأن إعمال النص أولى من إهماله، وذلك بالاجتهاد في صرف معناهما عن المعنى الظاهر والوقوف على حقيقة إرادة المشرع من كل منها، ويدخل أيضاً في محاولة التوفيق بين النصوص ان يستنبط القاضي كون احد النصين خاصاً والآخر عاماً، أو أن يكون احد النصين مخصصاً لعموم الآخر أو مقيداً لإطلاقه[1].

ففي حالة التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص بأن يصدر تشريع حديث خاص قد تضمن احكاماً متعارضة مع أحكام نص عليها تشريع قديم عام فإن هذا التعارض لا ينطوي على تناقض يستحيل معه الإبقاء على الحكم القديم، بل يظل النص القديم العام نافذاً فيما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة الحديثة، فصحيح أن النص الخاص يقيد العام ولكنه لا يناقضه ويعتبر الحكم الذي جاء به النص الخاص ملغياً للنص العام القديم فيما يخص حكم النص الخاص فقط[2] .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1660 من مجلة الأحكام العدلية :"لَا تُسْمَعُ الدَّعَاوَى غَيْرُ الْعَائِدَةِ لِأَصْلِ الْوَقْفِ أَوْ لِلْعُمُومِ كَالدَّيْنِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَقَارِ الْمِلْكِ وَالْمِيرَاثِ وَالْمُقَاطَعَةِ فِي الْعَقَارَاتِ الْمَوْقُوفَةِ أَوْ التَّصَرُّفِ بِالْإِجَارَتَيْنِ وَالتَّوْلِيَةِ الْمَشْرُوطَةِ وَالْغَلَّةِ بَعْدَ تَرْكِهَا خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً "[3] . وما نصت عليه المادة 68 من قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 من تعديل لهذه المدة فيما يخص تقادم دعوى الفعل الضار، إذ نصت على انه: " لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية الا اذا ابتدأت الدعوى: أ- خلال سنتين من وقوع الفعل او الاهمال او التقصير[4].

فيلاحظ ان مدة تقادم الالتزامات في مجلة الاحكام العدلية وفق المادة 1660 هي خمسة عشر سنة، بينما قررت المادة 68 من قانون المخالفات المدنية اعتبار مدة التقادم هي سنتان في دعاوى المخالفات المدنية، وعليه تكون الاحكام الواردة 68 من قانون المخالفات المدنية نصوص خاصة جاءت لاحقة على مجلة

---

[1] خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. ص214-215.

[2] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 138

[3] المادة 1663 من مجلة الأحكام العدلية : **مرجع سابق** .

[4] المادة 68 من قانون المخالفات المنية رقم 36 لسنة 1944 : **مصدر سابق**.

الاحكام العدلية، ونظمت مسائل التعويض عن الأفعال الضارة دون غيرها من المسائل، فظل نص مجلة الأحكام سارياً فيما لا يتعارض وأحكام التقادم المنصوص عليها في قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944.

وقد يكون التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام، فيظل الحكم القديم الخاص سارياً باعتباره استثناءً على القاعدة العامة الواردة في النص الحديث العام، ولا يلغى الحكم القديم الخاص إلا بحكم خاص مثله[1]. ومثاله ما نصت عليه المادة 1/67 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 : "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"[2] .

بينما نصت المادة 28 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 –وهو قانون سابق على قانون البينات– على انه: "... وللعامل إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات القانونية"[3]. فهل تتقرر المادة 28 من قانون العمل حق العامل بالإثبات بكافة طرق الاثبات حتى فيما يجاوز دليل كتابي؟ وهل يكون على رب العمل دفع مطالبة العامل التي تزيد عن 200 دينار أردني بالبينات الخطية فقط؟

يرى الباحث بأن المزية التي منحها المشرع للعامل باعتباره الطرف الاقتصادي الضعيف هي تمكينه من اثبات حقوقه العمالية بكافة طرق الاثبات، وعليه يكون دفع ما ادعاه رب العمل من قبل العامل جائزاً بكافة طرق الاثبات طالما كان من شأن ذلك تأكيد او اثبات حقوقه العمالية، وذلك بالنظر إلى منطوق نص المادة 28 من قانون العامل التي اجازت للعامل اثبات حقوقه بكافة طرق الاثبات، وعليه يكون له ذلك في دفع ما ادعاه رب العمل لما من شأن إثبات دفعه أن يؤكد حقوقه العمالية في الدعوى.

---

[1] أحمد، محمد شريف: مرجع سابق. ص 138–139.

[2] المادة 68 فقرة 1 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[3] المادة 28 من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000: **مصدر سابق**.

أما بخصوص حق رب العمل في دفع ادعاءات العامل بكافة طرق الاثبات، فنجد بأن المادة 73 من قانون البينات الفلسطيني قد نصت على أنه: " الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق."[1]

وعليه ومن باب التوفيق بين النصوص المتعارضة يجد الباحث بأن نص المادة 73 من قانون البينات قد جاء موفقاً لدفع التعارض الحاصل ما بين المادة 28 من قانون العمل والمادة 68 من قانون البينات الآنف ذكرهما، إذ قررت المادة 73 من قانون البينات الفلسطيني حق الخصم بنفي الوقائع المثبتة بشهادة الشهود بذات الطريقة التي تم اثباتها فيها، وذلك من منطلق المساواة بين الخصوم وتحقيقاً لمبدأ المجابهة بالدليل. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قولها: "يقتضي تطبيق العدالة أن يساوى بين الخصوم في طرق اثبات وقائع الدعوى، فالإجازة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر بنفيها بذات الطريق"[2].

فيلاحظ هنا ان نص قانون العمل –وهو قانون خاص– قد جاء سابقاً عن نص قانون البينات العام الذي منع اثبات ما يزيد عن مبلغ مئتي دينار إلا بدليل كتابي، إلا أن قانون العمل ينظم حقوق خاصة تتمثل في الحقوق العمالية، بينما القانون الحديث وهو قانون البينات ينظم طرق الاثبات في الحقوق كافة، فلا نقول هنا أن النص الوارد في قانون البينات نص حديث مقدم على النص الوارد في قانون العمل لأن قانون البينات أحدث في الإصدار من قانون العمل، وإنما يظل الحكم القديم الخاص سارياً باعتباره استثناءً على القاعدة العامة الواردة في النص الحديث العام (قانون البينات)، ولا يلغى الحكم القديم الخاص إلا بحكم خاص مثله.

[1] المادة 68 فقرة 1 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2006/2015 بتاريخ 2006/12/4 والمنشور على موقع قسطاس.

وقد لخصت محكمة التمييز الأردنية كل ذلك بقولها : "إن القانون الخاص يقيد القانون العام إذا جاء بعده، ويعتبر استثناءً منه إذا جاء قبله، وفي حال تعارض نص عام مع نص خاص يطبق النص الخاص ويعتبر القانون العام مقيداً بالحكم الوارد في القانون الخاص"[1] .

وكذلك فقد استقرت القاعدة الفقهية بأن اللفظ المطلق يجري على اطلاقه ما لم يرد ما يقيده، فيعمل القاضي بمقتضى النص المقيد في محله فقط والمطلق فيما عداه، ولا يمكن له التوسع في القيد[2] .

والخلاصة في ذلك أن القوانين التي تنص على أحكام خاصة لا تلغى بصدور قانون عام لاحق عليها، كما لا تلغى القوانين العامة بصدور قوانين خاصة لاحقة عليها إلا في حدود نطاق تطبيق القوانين الخاصة.

وكمثال على محاولة التوفيق بين النصوص التي صدرت في وقت واحد وذلك بصرفها عن تعارضها الظاهري، ما ورد في تعريف الأجر الاساسي في المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000[3] حيث عرفت الاجر الأساسي بأنه: "الأجر الأساسي: هو المقابل النقدي و/ أو العيني المتفق عليه الذي يدفعه صاحب العمل للعامل مقابل عمله، ولا تدخل في ذلك العلاوات والبدلات أياً كان نوعها"، فيما ان المادة 1/82 من ذات القانون نصت على انه: "يدفع الأجر للعامل بالنقد المتداول قانوناً..." فكيف أجازت المادة الأولى جواز ان يكون الاجر عينياً فيما ان المادة 82 أوجبت أن يكون بالنقد المتداول؟

لا يمكن القول هنا ان المشرع قد حظر بموجب المادة 82 الاجر العيني، لأنه قد نص عليه واجازه صراحة في المادة الأولى، ولكن وفي محاولة التوفيق بين هذين النصين، فإن ما ورد في المادة الأولى من القانون هو المفهوم العام للأجر الذي يجوز ان يكون عينياً، فيما أن المادة 82 جاءت خاصة فيما يتعلق بالأجر النقدي، فأوجبت أن يكون دفعه بالنقد المتداول قانوناً.

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية في القضية رقم 2022/578 الصادر بتاريخ 2022/3/24 والمنشور على موقع قسطاس.

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص245 .

[3] المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 : **مصدر سابق**.

ثانياً: الترجيح بين النصوص المتعارضة:

إذا لم يتمكن القاضي المدني من التوفيق بين النصوص المتعارضة، بأن تعذر رفع التعارض الظاهري والوصول الى المعنى الحقيقي لكل من النصين، او تعذر استنباط الحكم الخاص بالحالة المروضة امامه وتمييزه عن الحكم العام الوارد في النص الآخر او تعذر اطلاق احد النصيين وتقييد الآخر، أو أن يكون المعنى المستفاد من احدها مستنبط بدلالة عبارة النص والمعنى المستفاد من النص الآخر مستنبط بإشارة النص أو من اقتضاء النص وهكذا، أو ان تجتمع هذه الدلالات بمعاني متعارضة في نص واحد وجب عليه ترجيح أحد النصين بأحد المرجحات بالنظر إلى دلالات ومفاهيم ألفاظ كلا النصين وترجيح احدهما على الآخر، كما يلي:

1- الترجيح بين النصوص الواضحة: يقدم "النصّ" على الظاهر والمفسر على كليهما، والنص المحكم على جميع تلك النصوص[1].

2- ترجيح دلالات المنطوق على المعنى المستنبط بمفهوم المخالفة: سبق ان بين الباحث بأن دلالة المنطوق هي ما يستنبط عن طريق نفس ألفاظ النص، وقد تكون عن طريق دلالة عبارة النص أو دلالة إشارة النص أو دلالة اقتضاء النص، بينما يقصد بمفهوم المخالفة دلالة النص على نفي الحكم الثابت في الشيء المنطوق به عن المسكوت عنه.

وعليه إذا تعارضت دلالة منطوق نص قانوني مع دلالة مفهوم المخالفة في نص قانوني آخر، وجب على القاضي ترجيح النص الذي يظهر معناه من دلالة منطوقه؛ لأن المعنى المستنبط من دلالة المنطوق

[1] راجع في ذلك "مراتب النصوص الواضحة" في الفصل الأول-المبحث الأول-المطلب الثاني-الفرع الأول، من هذه الرسالة.

أُستفيد من ألفاظ النص مباشرة أما دلالة مفهوم المخالفة فالمعنى المستنبط من خلالها أستفيد بطريقة غير مباشرة بحيث لم يكن من ذات ألفاظ النص[1] .

3 – ترجيح النص الذي أُستفيد معناه بدلالة عبارة النص عما سواه، لأن دلالة النص من أقوى الدلالات ولأن المعنى المستفاد منها أُستخلص من عبارات النص مباشرة ولأنها تنبئ صراحةً بقصد المشرع أصالةً[2].

4 – ترجيح المعنى المستفاد بمفهوم الموافقة (القياس الجلي أو دلالة النص)، عن دلالة إشارة النص ودلالة اقتضائه. ذلك انه وكما قد سبقت الإشارة في الفصل الأول من هذه الاطروحة، ان بعض الفقه يطلق على مفهوم الموافقة مسمى دلالة النص، وطالما ان العلة المستنبطة بمفهوم الموافقة هي مساوية او أشد من العلة المنصوص عليها في النص ذاته وتستنتج بمجرد اللغة، وعلى اعتبار أن الثابت بالإشارة غير مقصود من الشارع أصلاً بينما مفهوم الموافقة أو دلالة النص مقصودة قطعاً، ألحق الفقه الشافعي مفهوم الموافقة بالدلالات المستنبطة مباشرة من النص؛ لأن وضوح العلة وثبوتها بمعيار لغوي يدركه كل من يعرف اللغة، يجعلها بمثابة عبارة النص ولأنها تعمل عمله وعبارة النص مقدمة على اشارته واقتضائه[3].

---

[1] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 138 وكذلك أنظر عبد الله، محمد حسين: مرجع سابق . ص311. ومثله قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٣٠ ﴾[آل عمران: 130] فالمعنى المأخوذ بمفهوم المخالفة هو جواز أخذ الربا اليسير وهذا المعنى يخالف ما هو مفهوم بمنطوق الآية الكريمة «وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ»(سورة البقرة الآية 279) وعليه لا يجوز أخذ الربا اليسير عملاً بمنطوق الآية الكريمة الثانية التي أوجبت اخذ رأس المال فقط.

[2] عبد الله، محمد حسين: **مرجع سابق** . ص311 وكذلك أنظر زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 312.

[3] الدريني، فتحي: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**. الطبعة الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2008. ص361 وما بعدها. وقد رأى الحنفية أن دلالة إشارة النص مقدمة على مفهوم الموافقة (دلالة النص) لأن الأخيرة غير ثابتة في النص مباشرة، والأولى ثابتة لزوماً، فيما ان فقهاء الشافعية وهم الذين اطلقوا على دلالة النص "القياس الجلي" ذهبوا إلى ما تبناه الباحث أعلاه، وفي ذلك من الوجاهة لأن المعنى المستنبط بدلالة النص (بمفهوم الموافقة) العلة فيه أشد من النص ذاته أو مساوية له بأدنى تأمل ومفهومة بمحض اللغة فالأولى تقديمه عن دلالة الإشارة والاقتضاء لان مفهوم الموافقة على هذا النحو يعمل عمل عبارة النص(انظر ذات المرجع ص361 وما بعدها).

5 – ترجيح المعنى الذي أُستخلص بدلالة إشارة النص عن المعنى المستفاد بدلالة اقتضاء النص، ذلك ان المعنى المقصود بدلالة الإشارة مقصود لزوماً في النص[1] . بينما المعنى الثابت في دلالة الاقتضاء غير مقصود لزوماً بل لا يثبت الا بإضافة كلمة مقدرة للنص.

6 – وفي حال تعذر استخلاص دلالة عبارة النص ودلالة اشارته، يجري العمل بدلالة اقتضاء النص، لأن المعنى المراد بدلالة الاقتضاء لا يظهر من النص ذاته وإنما تقتضيه الضرورة وسلامة الكلام، ولأن دلالة الاقتضاء معنى مضمر في بطن النص، ولا يتوصل القاضي على هذا المعنى المضمر إلا من خلال إضافة كلمة أو عبارة على النص، وأن هذه الكلمة مقدرة في الكلام وضرورية لصحة الجملة الحكمية [2].

7 – الترجيح بين النصوص الغامضة عند تعارضها:

كما سبق بيانه فإن النص غير واضح الدلالة يقسم إلى أربعة اقسام: خفي ومشكل ومجمل ومتشابه، فالفرض هنا، تعذر وجود نص واضح الدلالة يحكم المسألة المعروضة امام القاضي وإنما وجدت نصوص غير واضحة الدلالة قد يحتمل معالجة إحداها للنزاع المعروض امامه، إلا أن هذه النصوص غير واضحة الدلالة تكون متعارضة، وعليه فإن على القاضي ان بمقتضى ما يلي:

تقديم النص الخفي عما سواه من النصوص غير واضحة الدلالة لأنه يدل على المعنى الذي يريده القاضي منه دلالة ظاهرة، ولكن في انطباق معناه على بعض المخاطبين هناك نوع من الغموض، وعليه يكون أقل النصوص إبهاماً، ومن ثم النص المشكل الذي لا يدل على المراد منه مباشرة، بل لا بد من قرينة خارجية توضح معناه، فعلى القاضي أن يبحث على قرينة لتوضح معناه[3].

---

[1] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **مرجع سابق**. الصفحات 251 و 252 .

[2] بيومي، سعيد أحمد: **مرجع سابق**. ص 66 وكذلك أنظر الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**. ص78

[3] العلواني: آسية ، داوود بن احمد: *دراسة أصولية مقارنة في دلالات الألفاظ الواضحة والخفية عند الأصوليين*. **مجلة كلية التربية– جامعة الأزهر**. العدد (169 الجزء الأول) / ص 587 .

اما بخصوص النص المجمل فقد سبق ان بين الباحث بأنه لا يمكن العمل به دون قرينة توضح معناه فإن وجدت تلك القرينة صار نصاً واضحاً بفهم بأحد دلالات المنطوق، أما المتشابه فإنه لا يتصور في لغة القانون.

ثالثاً: نسخ وإلغاء النص القانوني

هذه المرحلة هي المرحلة الثالثة من مراحل رفع التعارض بين النصوص القانونية، فإذا تعذر التوفيق بين النصوص او الترجيح بينها وظهر التعارض الواضح بين النص القديم والحديث كله او في جزء منه وتعذر بأي حال التوفيق بينهما او ترجيح احدهما على الآخر بأحد وسائل الترجيح، عمد القاضي إلى إلغاء أحد النصين والالتفات عنه.

ويقصد بالنسخ اصطلاحاً: "رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عنه"[1] ، ويقابله الإلغاء في المصطلح القانوني[2] .

وقد يكون الإلغاء صريحاً بقول المشرع مثلاً: "يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون"، فهنا يلغى النص القديم الذي يتعارض مع الحديث جملة ولا يصار الى التوفيق بينه وبين الحديث أو الترجيح بينهما من الأصل.

وقد يكون الإلغاء ضمنياً[3]، بألا ينص المشرع صراحة على الإلغاء ولكنه يشرع حكماً معارضاً لحكم سابق ولا يمكن التوفيق بين النصين أو الترجيح بينهما، فيصار عندئذ القول بالإلغاء كوسيلة ثالثة من وسائل رفع التعارض.

وقد يكون التعارض كلياً، بحيث يأتي النص الحديث مغايراً تماماً لحكم النص القديم، وقد يكون جزئياً بحيث يرد النص الحديث معارضاً لبعض أحكام النص القديم لا كلها، ففي **حالة التعارض الكلي** تنحصر مهمة

[1] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 306

[2] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص 144 .

[3] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص 307 .

القاضي بالعمل بمقتضى القانون الحديث لأن القديم يعتبر ملغى ضمناً طالما انحرفت عنه إرادة المشرع؛ وعلة هذا الإلغاء هي أن ما دام المشرع قد أظهر ارادتين في نصوص متعارضة فيعمل بالإرادة الجديدة، وعليه إذا وجد تناقضاً بين قانونين أحدهما حديث والآخر قديم وبحيث لا يمكن التوفيق بينهما ألغي القانون القديم ضمنياً، أما في حالة التعارض الجزئي فلا ينسحب الإلغاء إلا على ما ثبت تعارضه مع أحكام القانون الحديث؛ لأن إرادة المشرع لم تتجه إلى العزوف عن الحكم الثابت في النص القديم كلياً[1] .

وبعد أن بين الباحث وسائل دفع التعارض بين النصوص القانونية، يطرح التساؤل التالي:

ماذا لو تعارض نصين قانونيين، قد تعارضا بحيث لا يمكن التوفيق بينهما بأحد وسائل التوفيق، ولا يمكن الترجيح بينهما بحيث وردا بذات القوة من حيث دلالة كل منهما وليس في أحدهما مزية على الآخر، وقد صدرا في ذات التوقيت بحيث لا يمكن القول بإلغاء القديم منهما؟

كأن يرد نصين قانونيين متعارضان من حيث المعنى المستنبط بدلالة عبارة النص في كل منهما، وقد صدرا بتوقيت واحد وتعذر التوفيق بينهما.

فيما يخص الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية، فإنه يطلق على هذه الحالة: التعادل بين الأدلة، وفي الشريعة الإسلامية لا يمكن القول بالتعادل بين النصوص القطعية، فإن توهِّم التعادل يخير القاضي أو المفسر بينهما في العمل، أو أن يسقط كلا النصين فيرجح غيرهما أو ان يوقف العمل بأحدهما[2] .

أما في القانون فيرى الباحث بأن هذا الفرض نادر الحدوث، كون أنه لا يعقل أن يصدر المشرع قانون يتضمن نصان متعارضان وأن النصان بنفس القوة وبنفس درجة الدلالة، إذ أن ذلك التضارب لا يليق بالمشرع من كون أن المشرع لا يلغو، وأن ايراد نصان متعارضان بنفس القوة والدلالة واصدارهما بذات الوقت لهو أمر فيه من اللغو.

---

[1] أحمد، محمد شريف: **مرجع سابق**. ص136 – 137 وكذلك ص 144.

[2] السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: **جمع الجوامع في أصول الفقه** . الطبعة الثانية . بيروت–لبنان: دار الكتب العلمية . 2003 . ص 112.

وبجميع الأحوال فإن الباحث يرى عدم إمكان اسقاط كلا النصين وترجيح غيرهما، ذلك انه لا اجتهاد في مورد النص وأن إعمال النص أولى من اهماله، فسيضطر القاضي الى اعمال أحد النصين وتفضيل أحدهما عن الآخر بالنظر إلى ظروف وملابسات النزاع المعروض أمامه وتطبيق النص الأكثر تحقيقاً لمعاني العدالة والانصاف، ويستند القاضي في إهمال النص الآخر الى المادة 62 من مجلة الاحكام العدلية التي نصت على انه: "إذا تَعَذَّرَ إعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ"، أي انه اذا تعذر الوصول الى المعنى الحقيقي للنص أو لمعناه المجازي فإن الكلام يهمل ولا يعتد به[1].

المبحث الثاني: اجتهاد القاضي حال عدم وجود نص التشريعي

يظل التشريع عملاً بشرياً، والأعمال البشرية ليست كاملة بطبيعتها، لذلك قد يجد القاضي بأن المشرع قد أغفل تنظيم مسألة معينة معروضة عليه، ومع ذلك فهو لن يستطيع أن يمتنع عن الفصل عن النزاع المعروض أمامه بحجة عدم وجود نص قانوني ينظم الواقعة وإلا عد ممتنعاً عن احقاق الحق وهذا ما كرسته المادة 164 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 حيث نصت على أنه: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه"[2] .

ويعرف الباحث حالة عدم وجود نص أو فقدان القاعدة القانونية: "عدم وجود تنظيم قانوني لواقعة معينة معروضة على القاضي"، ولا يمكن للقاضي أن يخلص إلى هذه النتيجة إلا بعد البحث جيداً في القوانين ذات الصلة وبعد أن يستنفذ وسائل تفسير النصوص القريبة من الواقعة المراد اصدار حكم فيها.

وقد يعتقد البعض بأنه لا ضرورة لإدخال حالة عدم وجود نص قانوني ضمن أسباب التفسير، إلا أن أغلب الفقه يدخلها ضمن حالات التفسير وذلك أن القاضي ولكي يتأكد من عدم وجود نص يحكم المسألة

[1] المادة 62 من مجلة الاحكام العدلية. **مصدر سابق**. أنظر: زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 20.

[2] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: **مصدر سابق**. المادة 164 .

المعروضة أمامه فلا بد له أن يفسر النصوص القائمة ليتأكد من عدم احتمال انطباقها على الحالة التي هو بصدد الفصل فيها[1] .

وغالباً ما يكون الفراغ التشريعي عندما ينص القانون على اصدار نظام فرعي لتنظيم مسألة معينة ولا تقوم السلطة التنفيذية بإصدار هذا النظام، أو عندما يكون التشريع قديماً والحقل الصادر فيه التشريع متجدد ومحدث باستمرار، ففي مثل هذه الأحوال يمكن القول بفقدان النص القانوني في تنظيم كثير من المسائل.

ويسهل سد هذا الفراغ عند وجود نص قانوني آخر يتحد مع الواقعة بالعلة وحينئذ يلجأ القاضي الى القياس، اما في حالة عدم وجود نص يمكن القياس معه على الواقعة المعروضة أمام القاضي فيقع على القاضي تبعاً لذلك أن يسد هذا الفراغ بالرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون، وسيبين الباحث هذه الوسائل تباعاً.

المطلب الأول: القياس

القياس هو رابع الأدلة المتفق عليها في الشريعة الإسلامية ويسبقها الكتاب والسنة والاجماع، فأول ما يبدأ فيه المجتهد في الشريعة الإسلامية القرآن الكريم ثم السنة النبوية الشريفة ومن ثم اجماع الصحابة أو معظم علماء العصر وإن لم يجد في ذلك كله ضالته، لجأ إلى القياس[2]. ومن هنا تظهر أهمية القياس كوسيلة من وسائل تفسير وتأويل القاعدة القانونية، فإذا تعذر على القاضي إيجاد نص ينظم الحالة المعروضة أمامه في التشريعات ذات العلاقة لجأ إلى قياسها بالأحوال المنصوص عليها في القانون متى استنبط اتحاد العلة من التشريع، ولذلك قيل –بحق–: "إن معرفة القياس من أهم شروط المجتهد إذ لا يمكن استنباط حكم لحادثة متجددة إلى بواسطة القياس"[3].

وفضلاً عن أهمية القياس من كونه مصدراً لحل القضايا المتجددة التي لم يرد فيها نص تشريعي، فإنه كذلك مصدراً لحل أي مسألة لم يورد المشرع بشأنها نص وإنما تركها للاجتهاد، وعليه فإن العمل بالقياس

---

[1] الفار، عبد القادر: **مرجع سابق**.ص75 .

[2] خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. مرجع سابق. ص 23. وهذه الأدلة الأربعة قد اتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها واتفقوا أنها مرتبة في الاستدلال بالترتيب المذكور.

[3] النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **مرجع سابق**. ص1810 .

يتطلب ان يكون القاضي ملماً بالعلل والمقاصد التي شرع النص المقيس به لأجلها والحق أو المركز القانوني الذي توخى المشرع حمايته من ورائه، وان يتوخى في قياسه عدم المساس بالمصالح التي حفظها القانون والمقاصد العامة في النظام القانوني.

الفرع الأول: مفهوم القياس

القياس باصطلاح الأصوليين هو: "إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه؛ وذلك لاشتراكهما في علة الحكم"[1].

ويقصد بالإلحاق أي أن يلحق حكم المسألة التي لا يوجد بشأنها نص بذات الحكم الذي أورده المشرع في النص القانوني، وبناء عليه، فإن القياس ليس انشاءً لقاعدة قانونية جديدة، وإنما تكون القاعدة ثابتة في النص المقيس عليه، وإنما يتأخر ظهورها للقاضي أو المفسر إلى وقت بيان اشتراك الواقعة المعروضة امامه في العلة التي لأجلها أورد المشرع القاعدة القانونية. والعلة الواضحة بالنص التشريعي قد لا تكون واضحة بعبارات النص ذاتها وإنما يستنبطها القاضي أو المجتهد، ولذلك قيل أيضاً ان القياس: "تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تُعرف بمجرد اللغة"[2].

ومؤدى القياس أنه إذا جاء التشريع على حكم واقعة معينة ثم استنبط القاضي العلة التي كانت وراء اصدار النص التشريعي، ثم وجد ذات العلة في الواقعة المعروضة أمامه والتي لا يوجد بشأنها نص، فيغلب على ظنه اشتراك الواقعة المعروضة امامه في العلة التي دفعت المشرع الى النص القانوني بشأن واقعة أخرى شبيهة فيقرر اشتراك الواقعتين في الحكم، فيلحق ما لم ينص عليه بما ورد فيه نص، وهذا هو مناط القياس.

---

[1] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص 56 . وهو : "إلحاق حكم بمعلوم على معلوم آخر لمساواة الأول للثاني في علة حكمه بأن توجد بتمامها عند المجتهد" (أنظر: السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: مرجع سابق. ص80).

[2] الخضري بيك، محمد: **أصول الفقه**. الطبعة السادسة. مصر: المكتبة التجارية الكبرى. 1969 . ص289 .

وتسمى الواقعة التي أورد المشرع نصاً لأجلها: الأصل او المقيس عليه، وما لم يُنص عليه بالفرع أو المقيس، والمعنى الذي دفع المشرع لإيراد النص القانوني: العلة[1].

ولعل أبرز ما يورده شراح أصول الفقه في القياس قول رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "لا يرث القاتل"[2]، وعلة الحكم بعدم توريث القاتل أن استعجل ارثه بالقتل والعدوان، فيرد عليه قصده السيء بعدم استحقاقه للإرث، وينطلي ذات الحكم على الموصى له إذا قتل الموصي، لأنه يستعجل استحقاق الوصية وقبضها بقتله الموصي فيعاقب بنقيض قصده فيحرم من الوصية، وذلك قياساً على الوريث الذي استعجل الإرث بقتله مورثه، وهذا ما كرسته مجلة الاحكام العدلية في المادة 99 بقولها: " مَنْ اسْتَعْجَلَ الشَّيْءَ قَبْلَ أَوَانِهِ عُوقِبَ بِحِرْمَانِهِ".

اما بخصوص حجية القياس في القانون، فقد رأى البعض أن على القاضي ان يبحث اولاً في نصوص التشريع فإن لم يجد فإلى العرف ومن ثم إلى القياس[3]. ويخالف الباحث هذا الرأي؛ ويرى ان القياس له قوة كما التشريع تماماً وهو أولى بالإعمال قبل العرف والمصادر الأخرى للقانون؛ لأن القياس وفق ما بيناه أعلاه إنما يكون لصيقاً بالنص واكثر اتصالاً به من باقي المصادر، كما ان في إعمال القياس إعمالاً لإرادة المشرع والتي تضمنت العلة المشتركة في النص، وهي العلة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها وتفضيلها عما سواها من المصادر والأعراف.

كما أن العمل بمقتضى العرف او غيره من المصادر التي تلي التشريع قبل العمل بمقتضى القياس، من شأنه أن يؤدي إلى التناقض في الأحكام، ومؤدى ذلك انه إذا قلنا بجواز إعمال العرف في مسألة تتوافر فيها علة واردة في نص قانوني آخر وفي مسألة مشابهة، وكان الحكم الذي أورده المشرع في النص مغايراً

[1] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص 56 .

[2] صحيح الترمذي: الحديث 2109 .

[3] مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني. الجزء الأول. الطبعة السادسة. القاهرة: مطبعة السلام. 1987 . ص382–383 .

لذلك المستقر بمقتضى العرف، فإننا سنكون امام حكمين لمسألتين تتوافر فيهما ذات العلة ولكل منهما حكماً مغايراً، مما يوقع الأحكام القضائية في التناقض الذي يضعف ثقة الجمهور.

وعلى أي حال وطالما ان المشرع قد أفصح عن ارادته بعلة أورد لأجلها النص فإنه ينبغي صون إرادة المشرع وتطبيق النص على ما يشابهه من المسائل والوقائع التي تتوافر فيها ذات العلة وذلك في سبيل الحفاظ على الأهداف المتوخاة من التشريع، وعليه فإن الباحث يرى بعدم جواز اللجوء الى المصادر الأخرى في التشريع إلا بعد استنفاذ وسائل تفسير النصوص كلها وبما فيها القياس.

وإن ما هو مدار بحث هنا هو القياس الخفي الذي يقوم على الحاق حكم مسألة منصوص عليها بمسألة غير منصوص عليها لاتحاد العلة، إلا أن العلة إذا كانت متوفرة بالمسألة غير المنصوص عليها **أكثر** مما هي متوافرة في المسألة المنصوص عليها أو مساوية لها وتفهم بمجرد اللغة ودون الحاجة لاجتهاد، سمي ذلك بالقياس الجلي، والقياس الجلي هو من مفهوم الموافقة للنص لا القياس، ومفهوم الموافقة من دلالات مفهوم النص القانوني والذي يتوصل إليه من مفهوم النص ذاته لا القياس[1].

الفرع الثاني: أركان القياس

للعمل بمقتضى القياس فلا بد من توافر أركان، منها ما يتعلق بالأصل أو النص المقيس عليه ومنها ما يتعلق بالفرع وهو المسألة التي لا يوجد بشأنها نص، ومنها ما يتعلق بالعلة التي يشترك فيها كل من الأصل والفرع، وهذه الأركان يمكن استخلاصها من تعريف القياس الذي سبق بيانه: "الحاق فرع بأصل في الحكم لاتحاد العلة".

وعليه تكون أركان القياس هي: الأصل: وهو النص الوارد بشأن الواقعة المراد القياس عليها والمشتمل على الحكم القانوني المراد استنباطه بالقياس، والفرع: وهي الواقعة المراد قياسها على الأصل، والعلة الجامعة بين الأصل والفرع. وسيلي بيان هذه الأركان تفصيلاً.

[1] السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: **مرجع سابق**. ص 82 وأنظر في ذلك : دلالة مفهوم النص القانوني في هذه الدراسة.

أولاً: الأصل

الأصل وهو : "محل الحكم المشبه به ودليله ولا يشترط أن يكون فيه ما يدل على جواز القياس عليه ولا الاتفاق على وجود العلة المبحوث عنها فيه"[1]، وهو "الواقعة التي صدر عليها الحكم"[2] .

والأصل بتعريف الباحث: "هو النص المراد القياس عليه والذي أورده المشرع والذي يتضمن العلة المبحوث عنها".

ويشترط في النص المراد القياس عليه:

أن يكون ثابتاً بنص تشريعي نافذ[3]، وسواء أكان هذا النص قد ورد في قانون أو في نظام فرعي صادر عن السلطة التنفيذية بما خوله إياها القانون، فلكل من النظام والقانون لهما صفة القاعدة القانونية، ويشترط في النص المقيس عليه ألا يكون ملغى صراحة أو ضمناً، بأن ينص المشرع صراحة على الغائه أو ان يصدر حكماً لاحقاً عنه يتعارض معه فتكون إرادة المشرع قد انحرفت عنه، نحو ما بينه الباحث في النسخ والالغاء.

فلا يجوز القياس على المراسيم والقوانين الملغاة ولو اشتملت على علة صالحة للعمل بها لأن هذه العلة خرجت من اعتبار المشرع، كما أن مناط القياس تعدية حكم الأصل الى غيره، ولا يمكن ان يتعدى حكم الأصل الى الفرع ما لم يكن هذا الحكم سارياً في الأصل ذاته، وعليه فلا بد أن يكون القياس على نص نافذ وقت القياس.

[1] السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: **مرجع سابق**. ص81 .

[2] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 111 .

[3] بهذا المعنى أنظر: خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. **مرجع سابق**. ص 59.

ويتفرع عن هذا الشرط أيضاً، ألا يكون الحكم المراد القياس عليه ثابتاً بقياس، بل لا بد ان يكون ثابتاً بنص[1]، مؤدى ذلك أن القياس على قياس سيؤدي إلى وجود قياسين بلا فائدة لأن العلة متحدة في القياسين، فالأولى هو القياس على نص الأصل لا على ما قيس عليه.

كما يشترط في النص المقيس عليه، ألا يكون الحكم الوارد فيه مختصاً به وحده[2]، بحيث ألا يكون الحكم الوارد في النص الأصل متفرداً به وحده ومقتصراً على الواقعة المشمولة بالنص، ففي هذه الحالة لا يقاس غيره عليه، ويستدل على ذلك من عبارات النص إذا ما ذكر النص صفة معينة يشترط توافرها في الواقعة كقيام الزوجية او علاقة المديونية، فلا تقاس الزوجية على الخاطب ولا تقاس النصوص المتعلقة بالحقوق العينية بعلاقة المديونية التي هي من قبيل الحقوق الشخصية، ومرد ذلك أن مناط القياس هو تعدية الحكم المنصوص عليه إلى واقعة أخرى، وعليه ينبغي أن يكون النص قابلاً لأن يكون حكمه متوافراً في غيره.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 673 من مجلة الاحكام العدلية: " الْحَوَالَةُ هِيَ نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ أُخْرَى"[3]، فبالتدقيق في نص هذه المادة نجد انها حصرت الحوالة في الديون المترتبة في الذمة كالنقود والمثليات التي يقوم بعضها مقام بعض، وتنعقد الحوالة بأن يحيل المدين دينه على آخر بموافقة الدائن والمحال عليه[4]، ولا يجري ذلك على الحقوق العينية كالإجارة، فلا يحيل المستأجر حقه في العقار إلى آخر ولو وافق المؤجر والمحال عليه، ولا تسمى هذه حوالة ولا تطبق عليها احكام الحوالة في المجلة قياساً، وإنما يعتبر وكأنما أُقيل عقد الاجارة الأول وانعقدت الاجارة بين المؤجر والمحال عليه بعقد جديد ولا عبرة في ذلك بما يطلقه الأطراف من تسمية على ما ينشئونه من عقود. "فالعبرة في العقود ليست للألفاظ والمباني وإنما للمقاصد والمعاني"، حسبما نصت عليه المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية.

---

[1] في الشريعة الإسلامية يكفي ان يكون الحكم ثابتاً القرآن الكريم او السنة او الاجماع، انظر: الخضري بيك، محمد: مرجع سابق. ص 295 . أما في القانون فيرى الباحث وجوب ان يكون الحكم المراد القياس عليه ثابتاً بأحد مصادر القانون.

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص66 .

[3] المادة 673 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[4] المادة 680 من مجلة الاحكام العدلية.

ومثال ذلك أيضاً، أن الطعن بالصورية فيما بين العاقدين أنفسهم لا يبطل العقد الظاهر إلا إذا تقدم المتعاقد ببينة خطية تثبت العقد المستتر، ذلك لان العقد الظاهر بالنسبة الى العاقدين تصرف قانوني يخضع لنصاب الاثبات المبين في المادة 68 قانون البينات رقم 7 لسنة 2000 والتي لا تجيز اثبات قيام أو انقضاء التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 200 دينار أردني الا بالكتابة، فيما أن هذا العقد الظاهر بالنسبة الى الغير ذي المصلحة واقعة مادية يجوز نفيها بكافة طرق الاثبات، وبناء عليه فلا يجوز قياس حق المتعاقد بإثبات العقد المستتر بكافة طرق الاثبات قياساً على حق الوارث –مثلاً– بإثباته كذلك، لأن حق اثبات العقد المستتر بكافة طرق الاثبات مختص بالغير وحده، اما المتعاقد فتسري عليه القواعد العامة في الاثبات، ولا يمكن قياس حق الغير بحق العاقد في الطعن بصورية العقد، لأن القواعد العامة في الاثبات خصت العاقد بوسائل معينة للإثبات[1].

كما يشترط في النص المراد القياس عليه، **أن** يكون قابلاً للقياس عليه وألا يكون استثناءً من أصل عام[2]، فالإستثناء في القانون لا يُقاس عليه.

وقد عبرت مجلة الاحكام العدلية عن هذا الشرط في نص المادة 15 من مجلة الاحكام العدلية التي نصت على أنه: "مَا ثَبَتَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ فَغَيْرُهُ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ"، ومفاد هذه القاعدة أن النص إذا خرج به المشرع عن قواعد القياس على الأحكام العامة فغيره من الوقائع لا تقاس عليه[3]. وبمعنى آخر: أنه إذا نص المشرع على حكم يعتبر خروجاً عن النص العام، فإن ذلك النص الذي خرج به المشرع عن الحكم العام لا يجوز القياس عليه، لأن ذلك الخروج لم يكن نتيجة طبيعية للقياس على القاعدة العامة. وهو عين ما

---

[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: " :"إذ كان الطعن على عقد البيع أنه يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورة مكتوباً، فإنه لا يجوز لأي من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملاً بنص المادة 61 / 1 من قانون الإثبات، ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفي وصية بجميع الطرق كما يجوز له الاستفادة من القرينة المقررة لصالحه بالمادة 917 من القانون المدني عند توافر شروطها ، ذلك أن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث ، وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضراراً بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون". الطعن رقم 6098 لسنة 76 قضائية بتاريخ 2016/4/5. والمنشور على موقع قسطاس.

[2] يطلق الفقهاء المسلمون على هذا الشرط عبارة "ألا يكون الحكم معدولاً به عن سنن القياس" ، أنظر في هذا المعنى: الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. ص 239. وكذلك: الزحيلي وهبة: **مرجع سابق**. ص67 . كما يرى محمد بيك الخضري ان القياس على الاستثناء مبطل لذلك الاستثناء او التخصيص وأن القول بإمكان القياس على الاستثناء ينفي الغاية من تخصيص هذه الاستثناءات وافرادها بحكم مستقل، انظر في ذلك: الخضري بيك، محمد: **مرجع سابق**. ص 294.

[3] أنظر في هذا المعنى: الزرقا، أحمد محمد: مرجع سابق. ص151 وكذلك: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص33.

نقصد به بعبارة "الاستثناء لا يقاس عليه"، إلا أن مجلة الاحكام العدلية وضعت ضابطاً لاعتبار النص "استثناءً" من عدمه، وكانت دقيقة في ذلك، فجعلت الاستثناء: ذلك النص لا يمكن قياسه على الحكم العام وفق قواعد القياس، وهو ما عبرت عنه بعبارة "ما ثبت على خلاف القياس".

ومثال ذلك: أن الأصل يقضي بأن بيع المعدوم باطل[1]، إلا أن المشرع قد أجاز بيع السلم[2] وأجاز عقد الإستصناع[3]، واجاز هذين العقدين خروجاً عن الحكم العام الذي يقضي بأن بيع المعدوم باطل، وقياساً على الحكم العام كان ينبغي أن يكون كل من السلم والاستصناع باطلين، إلا أن المشرع خرج عن قواعد القياس وجوَّز هذين العقدين، فهي بذلك عقود جاءت على خلاف القياس (أي استثناءً من أصل عام). فغيرها لا يقاس عليها، فلا يمكن قياس بيع ما ستحمل به الدابة استناداً إلى جواز عقد الاستصناع، لأن الاستصناع جاء على خلاف القياس.

فالمشرع إنما يعطي بعض الاستثناءات على النصوص نظراً للطبيعة الخاصة لبعض الوقائع او العقود وبذات الوقت فإن إرادة المشرع منصرفة الى الإلزام بالنص العام فيما خلا تلك الاستثناءات، وعليه فإن الأولى الإبقاء على الحكم الوارد في الأصل العام عملاً بإرادة المشرع وعدم التوسع في الاستثناء، وإلا لأفرغ النص العام من محتواه ومضمونه وبات غير ذي أهمية.

ويرى الباحث أنه حتى وإن كانت علة الاستثناء ظاهرة في الواقعة المراد القياس عليها فلا يجوز القياس أيضاً؛ لأنه حينئذ يكون قد ورد نص بشأن الواقعة المراد القياس عليها، ألا وهو النص العام الذي أورده المشرع والذي لا يمكن تجاوزه، عملاً بأحكام المادة 14 من مجلة الاحكام العدلية والتي تنص على انه: "لَا مَسَاغَ لِلِاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ" و المادة 60 من ذات القانون: " إعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إهْمَالِهِ"، فإعمال إرادة المشرع الظاهرة في النص العام أولى من اهمالها بالقياس على نص آخر.

---

[1] المادة 205 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق. والتي تنص على انه: "بَيْعُ الْمَعْدُومِ بَاطِلٌ فَيَبْطُلُ بَيْعُ ثَمَرَةٍ لَمْ تَبْزُزْ أَصْلًا".

[2] السَّلَم هو بيع مؤجل بمعجل، كما نصت عليه المادة 123 من مجلة الاحكام العدلية.

[3] تنص المادة 388 من مجلة الاحكام العدلية على انه: "إذَا قَالَ شَخْصٌ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الصَّنَائِعِ: اصْنَعْ لِي الشَّيْءَ الْفُلَانِيَّ بِكَذَا قِرْشًا وَقَبِلَ الصَّانِعُ ذَلِكَ انْعَقَدَ الْبَيْعُ اسْتِصْنَاعًا..." أي أن البيع قد انعقد قبل صناعة الشيء ووجوده.

ومثال نصوص الاستثناء في القانون والتي لا يجوز القياس عليها: أن الأصل أن الاحكام التمهيدية غير الفاصلة في موضوع الدعوى المدنية غير قابلة للاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى، إلا ان المشرع الفلسطيني استثنى من ذلك بعض الاحكام التمهيدية فجعل منها قابلة للاستئناف استقلالاً، وذلك حسبما أنبأت عنه المادة 192 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001[1] التي نصت على أنه: "لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا:1- القرارات الوقتية والمستعجلة.2- القرارات الصادرة بوقف الدعوى.3- القرارات القابلة للتنفيذ الجبري.4- الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن.5- الحالات التي نص القانون على جواز الطعن فيها استقلالاً".

وبناءً عليه، فإن القرارات الصادرة باللجوء إلى الخبرة او توجيه الايمان او سماع الشهود وكذلك الحكم برد الدفع بعدم الاختصاص وتقرير المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى، فإن كل هذه قرارات لا تقبل الاستئناف استقلالاً وإنما تستأنف مع الحكم الفاصل[2].

اما من حيث كون وجوب ان يكون الأصل قابلاً للقياس عليه، فثمة بعض النصوص القانونية لا تكون قابلة لان يقاس عليها غيرها لوجود قيد آخر أو أصل عام يمنع القياس بخصوصها، ومثال ذلك: أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001[3] في المادة 39 منه قد حدد الاختصاص القيمي والنوعي لمحكمة الصلح في نظر الدعاوى، ومن هذه الاختصاصات ما ورد في الفقرة 2/ز من ذات المادة: " الدعاوى الآتية مهما بلغت قيمتها: ... استرداد العارية" ، ومن ثم نصت المادة

---

[1] المادة 192 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

[2] أنظر لطفاً قرار محكمة استئناف القدس: "بالرجوع الى احكام المادة 192 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية فقد منعت الطعن بالقرارات التمهيدية التي تصدر اثناء سير الدعوى و لا تنتهي بها الخصومة و وضعت تلك المادة استثناءات و جاء في الفقرة 4 منها ان القرار الذي يقبل الطعن استقلالاً هو الصادر بقبول الاحالة و تقرير عدم الاختصاص اما القرار الصادر **برفض الاحالة و تقرير الاختصاص** فلم ينص المشرع عليه من حيث قابليته للاستئناف استقلالاً". الحكم الصادر عن محكمة استئناف القدس رقم 2016/553 بتاريخ 5 أكتوبر، 2016، والمنشور على موقع (موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية- مقام).

[3] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

1/41 من ذات القانون على انه: " تكون محكمة البداية صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى والطلبات التي لا تدخل في اختصاص محكمة الصلح"، وعليه فإن الاختصاص العام في نظر الدعاوى غير المبينة في المادة 39 ينعقد لمحكمة البداية، وعليه فلا يمكن قياس اختصاص محكمة الصلح النوعي في نظر دعوى استرداد العارية على اختصاصها في نظر دعوى استرداد الوديعة زعماً بأن كلاً من الوديعة والعارية من عقود الأمانات، وإنما ينعقد الاختصاص بحسب قيمة الوديعة عملاً بأحكام المادة 34 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 والتي نصت على أنه: "الدعاوى العقارية تقدر قيمتها بقيمة العقار، **ودعاوى المنقول تقدر بقيمته**، وفق الأوراق المرفقة أو تقدير الخبراء"[1]. وعليه ينعقد الاختصاص حسب قواعد الاختصاص القيمي في ذات القانون.

ويشترط كذلك في النص المراد القياس عليه او الأصل، ألا يكون مشتملاً على حكم الفرع[2]، ومعنى ذلك ألا يكون حكم الواقعة المراد قياسها مشمولة بالنص ذاته، أو واقعة ضمن صور أو أوجه انطباقه، فبذلك تنتفي الغاية من القياس لثبوت حكم الواقعة او المسألة بالنص الأصلي الذي لا مساغ للاجتهاد في مورده.

كما يشترط في النص المراد القياس عليه أن يشتمل على علة قابلة لأن يدركها العقل[3]، ومعنى ذلك أن يستظهر القاضي العلة من النص الأصل، ويجب أن تكون هذه العلة قابلة للإدراك عقلاً، بألا يكون المشرع قد أضمر العلة ولم يكن بالإمكان استظهارها، بحيث يكون المشرع قد اعطى حكماً مجرداً عن أي حكمة او فائدة موضوعية.

ومثال ذلك، النسب المئوية التي يوردها المشرع والمهل والمواعيد القانونية كمدد التقادم والسقوط غير الخاضعة لمدد التقادم الطويل كسقوط الحق في طلب الشفعة فهذه المدد غير مرتبطة بعلة معينة، ففيما عدا هذه المواعيد يصار إلى إعمال مدة التقادم الطويل.

---

[1] المادة 34 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص67 . وكذلك : السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: **مرجع سابق**. ص81-82.

[3] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 112 .

ثانياً: الفرع (المسألة المراد قياسها)

الفرع هو: "ما لم يرد فيه نص ويراد إلحاقه بالأصل في حكمه، ويسمى بالمقيس عليه أو المشبه"[1].

بمعنى أن الفرع: الواقعة التي يريد القاضي معرفة حكمها بعد أن تعذر عليه ذلك بنتيجة تمحيص النصوص.

ويشترط في الواقعة المراد قياسها ألا يكون قد ورد فيها نص، وإلا لانتفت العلة من القياس، ذلك انه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص[2]، ولأن مناط القياس انعدام النص او الحكم الذي يقرره القانون بشأن الواقعة المراد قياسها.

فمثلاً، عند تعدد أصحاب المال المشترك الشفعاء بالمال المشفوع فيه واستحقاقهم جميعاً للتملك بحق الشفعة لا يمكن أن يحكم بتملكهم المال المشفوع فيه كل بنسبة حصته في المال المشترك على اعتبار ان المال المأخوذ بالشفعة يقاس على غلال المال المشترك التي تقسم على الشركاء كل بنسبة حصته، لأن هذا القياس يخالف نص المادة 1013 من مجلة الاحكام العدلية والتي عالجت هذه المسألة بقولها: "إذَا تَعَدَّدَ الشُّفَعَاءُ يُعْتَبَرُ عَدَدُ الرؤُوسِ وَلَا يُعْتَبَرُ مِقْدَارُ السِّهَامِ يَعْنِي لَا اعْتِبَارَ لِمِقْدَارِ الْحِصَصِ"[3].

كما يشترط في الواقعة المراد قياسها أن يكون فيها علة موجودة في النص المراد القياس عليه[4]، وألا تتغير في الفرع العلة الواردة في الأصل[5] ،لأن فكرة القياس تقوم على تعدي حكم الأصل إلى الفرع بتعدي العلة إليه، وبدون ذلك لا يكون القياس، فلا بد أن تكون العلة في الفرع مساوية للعلة المتوخاة من النص المراد

---

[1] عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **مرجع سابق**. ص 109 .

[2] زيدان، عبد الكريم: **مرجع سابق**. ص199. وكذلك أنظر المادة 14 من مجلة الاحكام العدلية.

[3] المادة 1013 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[4] الخضري بيك، محمد: **مرجع سابق**. ص 297.

[5] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص69.

القياس عليه وهذه المساواة تقوم على المماثلة بين الوقائع بالعلة[1]. وسيبين الباحث شروط العلة في القياس في الركن الثالث من اركان القياس.

ويشترط في الفرع عند قياسه ألا يغير في حكم الأصل أو أن ينحرف عنه[2]، وهذا شرط مفترض، فالتغيير في الحكم الوارد في النص المقاس عليه يمس بالإرادة المباشرة للمشرع والواضحة بدلالة عبارة النص او بمفهومه، لا سيما أن القياس تابع للنص المقيس عليه، والتابع تابع ولا يجوز أن يفرد بحكم، وذلك عملاً بأحكام المواد 47 و 48 من مجلة الاحكام العدلية[3].

كما ويشترط في تعدي الحكم إلى الفرع ألا يوجد مانع يحول دون تعديه من الأصل إلى الفرع، كأن يكون النص المراد القياس عليه استثناء من أصل عام او نص لا يمكن القياس عليه، وقد سبق بيان هذا الشرط في شروط الأصل.

ثالثاً: العلة

وهي الركن الثالث من اركان القياس واتحاد العلة بين الأصل والفرع مناط القياس، **ويقصد بالعلة:** "الأمر الباعث على الحكم، وهي معقول النص، أي هي التي تجعل العقل يحكم على الفرع نفس حكم الأصل لاتحاد العلة"[4]. وهي" "الوصف الجامع المشترك أو شبه المشترك بين الأصل والفرع"[5].

---

[1] بهذا المعنى انظر: زيدان، عبد الكريم: مرجع سابق. ص157، ويرى الشيخ: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي أنه يشترط في العلة أن تكون تامة في الفرع كما هي تامة في الأصل (كذهاب العقل كعلة لتحريم المخدر قياساً بالخمر) ويرى وجوب ان تتوفر العلة الفرع من غير زيادة عن العلة المتوفرة في الأصل (أنظر السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي. **مرجع سابق**. ص 82)، ومرد ذلك أنه إذا كانت العلة متوافرة في الفرع أكثر مما هي متوافرة في الأصل لانتفى القياس وبات الامر لا يعدو اكثر من كونه أخذاً بمفهوم الموافقة للنص وهو المسمى بالقياس الجلي –كما سبق بيانه–، ومفهوم الموافقة من دلالات مفهوم النص القانوني والذي يستدل عنه من مفهوم النص لا القياس، ومثال ذلك قوله –تعالى– في سورة الاسراء آية 23 : "فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ" فيستدل من هذه الآية حرمة ضرب الأبوين بمفهوم الموافقة لا بالقياس، لأن العلة في تحريم ضرب الوالدين تفوق العلة من تحريم التأفف.

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص69.

[3] المادة 47: " التَّابِعُ تَابِعٌ" المادة 48: " التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ"، ومفاد هاتين القاعدتين أن التابع لشيء في الوجود تابع اليه كذلك في الحكم، فلو رهن شخص عند آخر ناقة فولدت الناقة عند المرتهن، فغن ما ولدته يكون تبعاً للرهن وليس للراهن ان يطلب المولود قبل فك الرهن بداعي انه مستقل عن الناقة. (أنظر: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص52).

[4] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص113

[5] الزحيلي، محمد مصطفى: **مرجع سابق**. 238.

وهي: "المصلحة التي يطلب جلبها أو تكميلها والمفسدة التي يطلب درؤها أو التقليل منها"[1].

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي التفريق بين العلة والحكمة من التشريع، فالحكمة من التشريع هي الباعث على الحكم من والغاية البعيدة المتوخاة منه والتي هدف الشارع من ورائها درء المفاسد وجلب المنافع وإصلاح المجتمع، اما العلة فهي الامر الظاهر المنضبط الذي ينبني عليه الحكم وجوداً وعدماً، فمثلاً السفر **علة** لجواز الفطر في رمضان و**الحكمة** من ذلك دفع المشقة عن المسلم، وليست المشقة وحدها معياراً للأخذ بالرخصة بل يكفي تحقق السفر وفق المعايير الشرعية[2].

ومثال ذلك أيضاً، أن علة الشفعة هي الشراكة أو الجوار والحكمة منها هي دفع الضرر، ولو قلنا ان علة الشفعة هي دفع الضرر لبات من حق كل مضرور ان يطلب اخذ ملك غيره لعلة الضرر قياساً على الشفعة. وعليه فإنه لا يجوز الحكم لغير الشريك والخليط والجار الملاصق بالشفعة بناء على أن المدعي يصيبه ضرر من شراء المشتري للعقار، كما لا يجوز رد دعوى من تحققت به إحدى صفات الشفيع على سند من القول أنه لا ضرر عليه من شراء المشتري للعقار المشفوع فيه.

ويستخلص القاضي العلة في النص من خلال النص الوارد في الأصل إذا أوردها المشرع فيه صراحة، وعادة ما يستدل على ذلك من ألفاظ: من أجل، كي، لأن أو أي لفظ من ألفاظ التعليل، وبذلك تكون العلة واردة صراحة[3]، وقد ترد العلة دلالة في نص الأصل بحيث تكون العلة معنى لازم من إحدى دلالات لفظ الأصل، ومثال ذلك قول رسول الله –عليه السلام–: "من أحيا أرضاً ميتة فهي له" فرتب النص الملكية على احياء الأرض ويتعدى ذلك إلى زراعتها والبناء فيها وشق المياه اليها[4].

---

[1] الخضري بيك، محمد: **مرجع سابق**. ص 298 .

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ص 71 .

[3] خلاف، عبد الوهاب: **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**. مرجع سابق. ص72.

[4] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 117.

كما يمكن الاستدلال على العلة من خلال استنباطها من فحوى النص، متى أفاد النص بتركيبه على علة الحكم المنصوص عليه فيه مع أن هذه العلة غير مذكورة فيه لا صراحة ولا دلالة[1]. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 21 من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار..."[2]، إذ أن علة عدم جواز ان يحتج التاجر بدفتره على غيره من غير التجار هي عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلاً لنفسه بنفسه بمواجهة من لا يمكنه ذلك، وهذه العلة غير مذكورة في نص المادة[3].

ويشترط في العلة حتى تصلح أساساً للقياس ما يلي:

أولاً: أن تكون العلة بين الواقعة المعروضة والنص المراد القياس عليه وصفاً مناسباً للحكم، أي أن تكون العلة في النص المراد القياس عليه ظاهرة في الواقعة المعروضة على القاضي والتي لا يوجد بشأنها نص. وعليه يجب ان يغلب على الظن تحقق ذات العلة التشريعية في كلتا الواقعتين (المنصوص عليها والتي لم يرد بشأنها نص)، وذلك بجلب مصلحة او دفع مفسدة[4]. كما ينبغي ان يغلب على الظن ثبوت حكم الأصل على الفرع نتيجة لثبوت اتحاد العلة، فإن أدت العلة المستنبطة الى حكم مغاير عن حكم الأصل فليس ذلك بقياس[5].

ومثال ذلك ما ورد في المادة السادسة من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 حيث نصت هذه المادة على أنه: "تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص أيهما أفضل للعامل".

---

[1] عبد الله: محمد حسين: **مرجع سابق**. ص 118.

[2] المادة 21 من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001: مصدر سابق.

[3] ومرد هذه العلة: أن قيمة دفاتر التجار لا تكون حجة إلا في المعاملات الجارية فيما بين التجار، لأن كل واحد منهم يملك دليلاً مقابلاً وسلاحاً مماثلاً مما لدى التاجر الآخر، اما بالنسبة لغير التاجر فليس من العدل أن يُمكَّن التاجر من استعمال دفاتره كدليل على شخص غير تاجر؛ لأن الأخير لا يملك مثل تلك الوسيلة في الإثبات. (انظر : زبيدات، ياسر: مرجع سابق. ص139).

[4] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**.ص72

[5] عامر، مبارك. (1998). "أصول فقه العلة عند الأصوليين" . مجلة الحكمة (نخبة من علماء المسلمين). العدد 16. ص 103-178. ص110.

باستقراء نص هذه المادة نجد بأن المشرع قد تناول حظر تنازل العامل عن حقوقه المترتبة له بموجب القانون، حيث اعتبرها الحد الأدنى لحقوق العامل والتي لا يجوز التنازل عنها، ولم ينص المشرع صراحة على حظر تنازل العامل عن حقوقه الثابتة له بموجب التنظيم الخاص في المنشأة فيما إذا كان ذلك التنظيم في مصلحة العامل، فيثور التساؤل التالي: هل يعتبر تنازل العامل عن حقوقه المترتبة له بموجب التنظيم الخاص بالمنشأة صحيحاً؟ ويدق هذا التساؤل فيما إذا لم يشمل ذلك التنازل الحقوق التي تمثل الحد الأدنى قانوناً بل ظل في نطاقها.

بالتدقيق في نص هذه المادة يجد الباحث أن المشرع قد جعل من التنظيم الأفضل للعامل بمنزلة القانون، حيث اوجب تطبيقه على علاقات العمل طالما احتوى أحكاماً هي افضل للعامل، ولما كان ذلك وكان تنازل العامل عن حقوقه الواردة في القانون يقع باطلاً، لعلة احتمال وقوعه تحت وطأة الضغط والخوف من انهاء العمل؛ فإن ذات العلة تتحقق في حال التنازل عن الحقوق الثابتة في التنظيم الخاص الأفضل للعامل والذي هو بمنزلة القانون.

وفي ذلك قررت محكمة التمييز الأردنية: "ان العلة في ما ورد في نص المادة الرابعة من قانون العمل ان العامل يكون تحت ضغط العمل والخوف من انتهائه فيتنازل مكرهاً لا مختاراً عن حقوقه فجعل المشرع منه قرينة قانونية مفترضة وكافية لإبطال تنازل العامل عن حقوقه اذا كان على رأس عمله وان هذه الحماية القانونية تشمل بطلان التنازل عن الحقوق التي منحها اياه قانون العمل او عقد العمل لاتحاد العلة بينهما"[1].

وفي تطبيق آخر: نصت المادة 1/4/ز من قانون المالكين والمستأجرين رقم 63 لسنة 1954[2] على انه: " إذا انشأ المستأجر على أرض له خاصة عقاراً مناسباً لممارسة أعماله التجارية أو لسكناه"[3]، ففضلاً عما

[1] الحكم الصادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 3486 لسنة 2021 بتاريخ 2021/8/3 والمنشور على موقع قسطاس.

[2] تتناول المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953 أسباب تخلية العقارات المؤجرة الخاضعة لأحكامه.

[3] المادة 1/4/ز من قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953م المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية : عدد 1140، بتاريخ 16-04-1953، تاريخ الصدور : 06-04-1953، تاريخ السريان : 16-04-1953، ص661.

يستفاد من عبارة النص من كون انشاء المستأجر عقاراً مناسباً لسكناه أو اعماله يشكل سبباً للإخلاء، فإنه يستفاد **قياساً** على هذه المادة أنه يجوز إخلاء المستأجر إذا كان قد **تملك** عقاراً خاصاً به مناسباً لأعماله أو سكناه وهذا ما لا يستنبط بعبارة النص وإنما قياساً على حكم انشاء العقار، لأن القصد من قانون المالكين والمستأجرين حماية مصلحة المستأجر وحل أزمة السكن وتتحقق هذه الغاية بأن يتملك المستأجر عقاراً بعد الاجارة لأنه بذلك يكون في غنى عن المأجور وهذه علة مساوية لعلة انشائه عقاراً مناسباً لسكناه أو أعماله، إذ في كلتا الحالتين هناك قرينة على استغناء المستأجر عن المأجور وعليه فإنه يصبح غير جدير بالحماية التي قررها قانون المالكين والمستأجرين.

ثانياً: أن تكون العلة وصفاً منضبطاً

أي لا تختلف باختلاف الأشخاص والاحوال والأماكن، فالعلة ينبغي أن تكون متحققة في كل واقعة تتحقق فيها العلة الواردة في الأصل[1].

وعليه، يجب ان تكون العلة حقيقة معينة محدودة، ومؤدى ذلك انه ينبغي التحقق من وجود العلة في الفرع كما هي في الأصل أو بتفاوت يسير لأن مناط القياس تساوي الفرع والاصل في علة حكم الاصل، ويجب ان تكون هذه العلة معينة على وجه التحديد بحيث يمكن استنباطها من المسائل المماثلة على السواء، ذلك ان العلة على هذا النحو معيار للحكم، وهذا المعيار يجب ان يكون مضبوطاً مجرداً[2].

فمثلاً، القتل العمد الواقع من الوارث على مورثه يحرمه من التركة؛ لأن من استعجل الشيء قبل اوانه عوقب بحرمانه[3]، وهذا ضابط يتحقق في قتل الموصى له الموصي، وعليه امكن ان يقاس الموصى له بالوراث في هذه الحالة، لأن في كلتا الحالتين هناك وصف منضبط وهو القتل واستعجال الحصول على التركة او نصيب الوصية.

---

[1] عبد الله: محمد حسين: مرجع سابق، ص 114.

[2] خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. **مرجع سابق**. ص66.

[3] المادة 99 من مجلة الاحكام العدلية. كذلك انظر : حيدر: علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام**. المجلد الأول. طبعة خاصة. الرياض– السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003. ص99.

ومثال الوصف غير المنضبط الذي لا يصلح أساساً للقياس، دفع الضرر في دعوى الشفعة، فقد يخشى الشفيع الضرر وقد لا يخشاه، لذلك فإن أسباب الشفعة هي الجوار أو الشراكة[1] وليس الضرر كما سبق بيانه.

ثالثاً: ألا تكون العلة المستنبطة قاصرة، وتكون العلة قاصرة عندما تقتصر على حكم الأصل دون غيره[2]؛ ومؤدى ذلك أن تعليل الحكم بعلة قاصرة عليه يعني أن الحكم إنما شرع لتلك العلة دون غيرها، ويشابه هذا الشرط في العلة اشتراط ألا يكون الحكم الوارد فيه الأصل مختصاً به وحده والذي سبق بيانه في شروط الأصل.

ومثال ذلك: أنه من المقرر قانوناً ان المرء مؤاخذ بإقراره[3]، في حق نفسه لا في حق غيره[4]، وعليه لو تداين شخصان بدين، ثم إدعى شخص انه وكيل الدائن في قبض الدين من المدين، فأقر المدين بوجود الوكالة فإن الأخير يؤمر بأداء الدين إلى مدعي الوكالة. ولكن لو ادعى شخص الوكالة عن المودع في استرداد الوديعة من الوديع فإنه ليس للوديع أن يسلم مدعي الوكالة الوديعة، وذلك لاحتمال عدم صحة الوكالة ولاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة وينكر الوكالة.

وفي هذا المثال لا يصح قياس الوديعة على الدين لأن حق المودع في مثال الوديعة متعلق بعينها وبذاتها باعتبارها من العقود العينية، بخلاف مثال الدين فإن حق الدائن فيه متعلق بذمة المدين لا بعين المبلغ الذي دفعه المدين الى مدعي الوكالة، فإذا حضر الدائن وانكر الوكالة يتبين بأن وفاء المدين بالدين للوكيل لم يكن صحيحاً لعدم ثبوت وكالة القبض فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين، وعليه فإن علة الزام المدين في اقراره بالوكالة قاصرة على علاقة المديونية دون الحقوق العينية التي من ضمنها

---

[1] أنظر المادة 1008 من مجلة الاحكام العدلية التي بينت ان أسباب الشفعة ثلاثة: 1- أن يكون الشفيع شريكاً في المبيع. 2- أن يكون خليطاً في حق المبيع. 3- أن يكون جاراً ملاصقاً.

[2] بهذا المعنى انظر: الخضري بيك، محمد: **مرجع سابق**. ص 320 . ويطابق ذلك وجوب ان تكون العلة متعدية.

[3] المادة 79 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق.

[4] المادة 78 من مجلة الاحكام العدلية : "البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة"، ومفاد هذه القاعدة ان الإقرار حجة تقتصر على المقر نفسه دون غيره أما البينة فهي حجة متعدية إلى الغير، بحيث تتجاوز إلى كل من له مساس بالدعوى. (انظر: حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول.ص77). فلو أدى شاهد المدعي شهادة في الدعوى قد تنفع شهادته المدعى عليه وقد تضره ولا يشترط ألا تنفعه بما انها بينة المدعي.

الوديعة؛ لأن إقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً منه بلزوم تسليم مال يعود غيره (وهو المودع) الى شخص آخر، فهو بذلك إقرار على غيره لا على نفسه.

رابعاً: أن تكون العلة مطردة: أي أن ينتفي الحكم عند انتفاء العلة، والعكس صحيح بحيث ينبغي ثبوت الحكم المنصوص عليه في الأصل لمسالة الفرع متى ثبت اتحاد العلة بينهما، والمطلوب هنا ان يغلب على الظن ثبوت حكم الأصل للفرع نتيجة لثبوت اتحاد العلة، فإن أدت العلة المستنبطة الى حكم مغاير عن حكم الأصل فليس ذلك بقياس[1].

ولا تكون العلة كذلك، إذا وجدت في المسألة المعروضة على القاضي إلا انها أدت الى حكم مغاير عن حكم الأصل أو غيرت فيه تغييراً جوهرياً[2].

المطلب الثاني: الاستعانة بالمصادر الأخرى للقاعدة القانونية

تنص المادة 164 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على انه: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن إصدار حكم في دعوى منظورة أمامها بسبب عدم وجود نص قانوني أو غموض فيه"[3].

وعليه فلا يجوز للقاضي المدني ان يمتنع عن الفصل في الدعوى لعلة عدم وجود نص قانوني، فعليه أولاً البحث في القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الواقعة المعروضة امامه، فإن لم يجد فعليه القياس على القواعد القانونية على النحو الذي سبق بيانه، فإن لم يجد قاعدة يمكن القياس عليها فإن عليه أن يلجأ إلى المصادر الاخرى للقاعدة القانونية، ولا يعد ذلك تفسيراً لنص تشريعي لأن التفسير يحتاج الى وجود نص،

---

[1] عامر، مبارك. **مرجع سابق**. ص 110.

[2] يطلق بعض الفقه على تخلف الحكم على النحو المبين "نقض العلة" لأنها تؤدي الى حكم مغاير عن حكم الأصل، فيما ألحقه السادة الحنفية باشتراط وجوب ان تكون العلة متعدية (ليست قاصرة على الأصل). أنظر في هذا المعنى: عامر، مبارك. مرجع سابق. ص 161. وكذلك أنظر : عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: مرجع سابق. ص 138.

[3] مصدر سابق.

بل لا يعدو هذا الامر من كونه وسيلة يلجأ اليها القاضي عندما يعوزه النص التشريعي، ذلك بأن يستعين بمصادر القاعدة القانونية الأخرى.

وقد وضعت بعض التشريعات العربية تسلسلاً لمصادر القاعدة القانونية كما فعل المشرع الأردني لمعالجة القصور التشريعي عند فقدان النص[1]، إلا أن التشريع المدني الفلسطيني قد خلا من تراتبية معينة لهذه المصادر[2]، وما يسعفنا في هذا الشأن أن مجلة الاحكام العدلية –وهي التشريع المستمد من الفقه الإسلامي– قد تضمن قواعداً يمكن من خلالها استنباط بعض هذه المصادر. وتتمثل هذه المصادر: بقواعد الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم قواعد العدالة والانصاف ثم السوابق القضائية.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

إن لم يجد القاضي نصاً يحكم الواقعة المعروضة امامه أو نصاً تشريعياً يمكن القياس عليه، فإن عليه أن يرجع الى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر رئيسي للتشريع[3].

وعليه فإن على القاضي في مثل هذه الأحوال أن يستقرئ آراء الفقه الإسلامي بخصوص المنازعة المعروضة امامه وان يتبنى الرأي الأكثر توافقاً مع النظام القانوني وفحواه[4].

---

[1] نصت المادة الثانية من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على انه: "1.تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص .2. فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .3. فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف ، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب . أما اذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد .4. ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر". **انظر المادة الثانية من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 2645 الصفحة الثانية بتاريخ 1976/8/1.**

[2] يذكر أن قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 قد نص في المادة الثانية والثالثة منه على المصادر التي يلجأ اليها القاضي عند عدم وجود نص في قانون التجارة، حيث نصت المادة الثانية على انه: "إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني..." ونصت المادة الثالثة من ذات القانون: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري"، أنظر المواد 2، 3 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1910 على الصفحة 472 بتاريخ 30-03-1966.

[3] أنظر المادة 2/4 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد الممتاز 2 بتاريخ 2003/3/19 الصفحات 5-48.

[4] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 82. وكذلك أنظر المادة 2/2 من القانون المدني الأردني سالف الإشارة: " ...فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي **الأكثر موافقة** لنصوص هذا القانون".

ومن ناحية أخرى، وعلى الرغم من اعتبار قواعد التشريع الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع فإنه لا بد من الإشارة الى أن العديد من هذه المبادئ قد كرستها مجلة الاحكام العدلية في مستهل موادها، وبذلك تصبح تلك القواعد مصدراً رسمياً للتشريع.

وتطبيقات ذلك عديدة نذكر منها:

1- ما نصت عليه المادة الثانية من مجلة الاحكام العدلية بقولها: " الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا"، ومؤدى ذلك اقتران الفعل بالقصد، فالنية التي لا تقترن بفعل ظاهري لا ترتب حكماً ولا التزاماً[1]، كما يتفرع عن هذه القاعدة أن الحكم في المعاملات يتكيف حسب قصد الشخص من اتيانها، فقد يعمل الشخص عملاً معيناً لقصد معين فيترتب على ذلك حكماً معيناً وقد يعمل ذات العمل ولكن لقصد آخر فيترتب حكماً آخر[2].

ومن تطبيقات هذه القاعدة: ما نصت عليه المادة 769 من مجلة الاحكام العدلية[3]، من كون أن ملتقط اللقطة تكون يده يد أمانة عليها إذا التقطها **بقصد** حفظها وردها الى صاحبها، ويكون غاصباً لها ويده يد ضمان عليها اذا التقطها **بقصد** تملكها، فيضمن هلاكها ولو بدون تعد أو تقصير منه على خلاف الحالة الأولى والتي لا يضمن فيها الملتقط هلاك اللقطة الا بتعدٍ منه أو تقصير.

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة " الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي" المنصوص عليها في المادة 3 من مجلة الاحكام العدلية، وتطبيقاً لهذه القاعدة فإن بيع الوفاء المنصوص عليه في المادة 118 من مجلة الاحكام العدلية[4] تجري عليه أحكام الرهن؛ لأن هذا هو مقصود المتعاقدين من ذلك البيع.

---

[1] حيدر، علي: مرجع سابق. المجلد الأول.ص 20.

[2] زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية. الطبعة الأولى. بيروت–لبنان. مؤسسة الرسالة. (2001) . ص11 .

[3] تنص هذه المادة على أنه: "إذَا وَجَدَ شَخْص شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي مَحِلّ آخَرَ وَأَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّمَلُّكِ يَكُونُ فِي حُكْمِ الْغَاصِبِ وَعَلَى هَذَا إذَا هَلَكَ ذَلِكَ الْمَالُ أَوْ فُقِدَ يَضْمَنُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ صُنْعٌ وَتَقْصِيرٌ وَأَمَّا إذَا أَخَذَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهُ لِصَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ مَعْلُومًا فَهُوَ فِي يَدِهِ أَمَانَةٌ مَحْضَةٌ وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ إلَى صَاحِبِهِ. وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ غَيْرَ مَعْلُومٍ فَهُوَ لُقَطَةٌ وَأَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُلْتَقِطِ. اي الشخص الذي وجده وأخذه".

[4] تنص هذه المادة على انه: "بَيْعُ الْوَفَاءِ هُوَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ أَنَّ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ رَدَّ الْمُشْتَرِي إلَيْهِ الْمَبِيعَ وَهُوَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْجَائِزِ بِالنَّظَرِ إلَى انْتِفَاعِ الْمُشْتَرِي بِهِ وَفِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِالنَّظَرِ إلَى كَوْنِ كُلٍّ مِنْ الْفَرِيقَيْنِ مُقْتَدِرًا عَلَى الْفَسْخِ وَفِي حُكْمِ الرَّهْنِ بِالنَّظَرِ إلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهِ إلَى الْغَيْرِ".

2-ما نصت عليه المادة 9 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الأصل في الصفات العراضة العدم":

يقصد بالأمور العارضة: "الحالة التي لا تكون موجودة مع الأصل وإنما هي حادثة تأتي بعده"، كانشغال الذمة هي أمر عارض على الصفة الاصلية وهي براءة الذمة، والربح عارض في شركة المضاربة[1]، والاصل في هذه الصفات العارضة العدم، أي ان الأصل يقضي أنها غير موجودة بالإنسان وعلى من يدعي وجودها يكون عليه عبء اثباتها.

وتطبيقاً لذلك، لو تبايع شخصان وادعى المشتري ان له الخيار وانه يريد الفسخ والرد، وأنكر البائع وجود الخيار، فالأصل يقضي ان البيع عار عن الخيارات وعلى من يدعي الخيار لنفسه أن يثبته؛ لأن الاشتراط عارض على الحالة الطبيعية للعقد وهي خلوه من الاشتراطات.

ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد منها: "الأصل براءة الذمة"[2] و " الْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ"[3].

3- ما نصت عليه المادة 17 من مجلة الاحكام العدلية: "**الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ**": ومفاد هذه القاعدة أن المشقة تجعل من تنفيذ المكلف لالتزامه صعباً او مستحيلاً وترتب له حرجاً والحرج ممنوع عن المكلف بنصوص الشريعة[4].

وتطبيقاً لذلك: ما نصت عليه المادة 916 من مجلة الاحكام العدلية من ان الصبي اذا اتلف مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال فينظر لحين الميسرة ولا يضمن وليه[5].

---

[1] زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق. ص 45.

[2] المادة 18 من مجلة الاحكام العدلية.

[3] المادة 5 من مجلة الاحكام العدلية.

[4] الزرقا، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**. الجزء الأول. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم.(2004).ص 1001

[5] المادة 916 من المجلة: " أَتْلَفَ صَبِيٌّ مَالَ غَيْرِهِ يَلْزَمُ الضَّمَانُ مِنْ مَالِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ يُنْتَظَرُ إلَى حَالِ يُسْرٍ وَلَا يَضْمَنُ وَلِيُّهُ".

ومما يتفرع عن هذه القاعدة: "الأمر اذا ضاق اتسع"[1] و "الضرورات تبيح المحظورات"[2] و "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"[3].

4- ما نصت عليه المادة 19 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "لا ضرر ولا ضرار" :

مفاد هذه القاعدة أنه لا يجوز لأحد أن يلحق الضرر بآخر بأي صورة من الصور إلا في أحوال الجواز الشرعي (أي في حدود ما نص عليه القانون)، أما منع الضرار فيقصد به نفي فكرة الثأر الذي يفاقم الضرر ويوسع دائرته فمن أتلف مال غيره لا يجوز ان يقابل ذلك بإتلاف ماله؛ لأن في ذلك توسيعاً لدائرة الضرر[4].

والحقيقة فإن هذه القاعدة من السعة بمكان لتشمل أي ضرر قد يلحق بشخص ولو لم ينص القانون على عدم جواز الحاقه بالآخرين، لان صور الضرر لا تقع تحت حصر، وهذا ما يساعد القاضي المدني في استخلاص طبيعة الفعل الذي الحق الضرر ودون الحاجة الى أن يكون هذا الفعل محظوراً بنص قانوني صريح.

وقد ذكرت المجلة ثلاث قواعد بشأن الضرر وهي أصول بالنسبة الى غيرها وهذه القواعد هي: النهي عن إيقاع الضرر (وهي هذه المادة) ومن ثم نصت على وجوب ازالته فيما إذا ثبت وقوعه (المادة العشرون: الضَّرَرُ يُزَالُ)، كما نصت المادة الحادية والثلاثون من المجلة بأن (الضرر يدفع بقدر الإمكان) وهذا لبيان أن الضرر اذا لم يمكن ازالته كلياً فتكون ازالته بقدر ما يمكن[5].

---

[1] المادة 18 من مجلة الاحكام العدلية.

[2] المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية.

[3] المادة 32 من مجلة الاحكام العدلية: مصدر سابق. والضرورة تتمثل في الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه، وهي تختلف عن الحاجة التي تتمثل في الحالة التي تستدعي تيسيراً او تسهيلاً لرفع الضيق الذي يجده المكلف، وإن لم تصل تلك الحاجة الى منزلة الضرورة، فالحاجة دون الضرورة، إلا ان الضرورة تتمثل في ظرف مؤقت والحكم الثابت للضرورة مؤقتاً كذلك، بينما الحاجة الحكم الثابت بها مستمراً، ومن ذلك جواز الاستصناع على خلاف الأصل لحاجة الناس اليه وتعاملهم فيه، وجواز دخول الحمام بأجرة مع مجهولية مدة المكث ومقدار الماء المستهلك وذلك لحاجة الناس وتعاملهم بذلك. (انظر: الزرقا، احمد محمد: مرجع سابق. ص209-210) وكذلك: (زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص 75-76).

[4] الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص 990.

[5] الزرقا، أحمد محمد: شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم.(1989).ص 166.

فمثلاً: لو انتهت مدة عقد اجارة الأرض الزراعية قبل ان يجني المستأجر الزرع أو الثمر، وأن في اخلاء المستأجر قبل ان يجني ثماره ضرراً عليه، والقول باستمرار اشغال الأرض دون مقابل فيه ضرر على المؤجر، فالصواب دفع هذه الاضرار بأن تظل الأرض في يد المستأجر لحين الحصاد بأجر المثل، وفي ذلك منع لوقوع الضرر على كل من المستأجر والمؤجر[1].

وكذلك لو باع شخص كمية من الفاكهة لآخر، وغاب المشتري قبل نقد الثمن وظلت هذه الكمية بيد البائع الذي خاف تلفها، فإن للأخير فسخ البيع وبيع الفاكهة لآخر دفعاً للضرر الذي قد يصيبه.

وتأسيساً لما تقدم، فإنه يتعين على القاضي حال خلو النص التشريعي أن يذهب الى ما استقر عليه الفقه الإسلامي في المسألة المعروضة عليه بما لا يتعارض مع القواعد الكلية الواردة في مجلة الاحكام العدلية، باعتبارها أصولاً ينبغي البناء عليها ولا يجوز مخالفتها باعتبارها تشريعاً.

الفرع الثاني: العرف

يقصد بالعرف: "اعتياد الناس على سلوك معين مع اعتقادهم بأنه ملزم لهم في تعاملاتهم، وأن من شأن مخالفته إيقاع الجزاء"[2]. وهو "اطراد الناس على سلوك أو تصرف معين في مسألة معينة على وجه خاص"[3]. وهو: "ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل او ترك"[4].

ويختلف العرف عن العادات الاتفاقية في أن العادة الاتفاقية عبارة عن شروط يعتاد الناس الاتفاق عليها صراحة او ضمناً، فهي بذلك بحاجة الى اتفاق، ومصدر الزاميتها هو التعاقد، فيما أن العرف يعتقد الناس تواتراً أنه ملزم لهم في تعاملاتهم[5]. ومن امثلة العادة الاتفاقية: أن العادة جرت ان دفع فواتير المياه على

---

[1] أنظر المادة 526 من مجلة الاحكام العدلية والتي كرست هذا الحكم.

[2] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 83

[3] مرقس، سليمان: مرجع سابق. ص 386.

[4] خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. مرجع سابق. ص85.

[5] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 85 وفي ذات المعنى: مرقس، سليمان: مرجع سابق. ص 391. وقد أشار الدكتور سليمان مرقس أن العادة هي عرف لم يتوفر فيه الركن المعنوي (الشعور بالالزامية) وإنما امر درج عليه الناس ويجوز الاتفاق على خلافه كما في الأمثلة المتقدمة.

المستأجر لا المؤجر، وما يجري في بعض تعاملات بيع الخضار والفاكهة بأن يزيد البائع مقداراً معيناً على المبيع، فهذا امر منشؤه الاتفاق لا العرف.

والحقيقة، ان العرف إنما يستمد مشروعيته في النظام القانوني الفلسطيني من نصوص مجلة الاحكام العدلية والتي بينت شروط الاخذ به وحجيته، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 36 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ"، وللعادة في مجلة الاحكام العدلية ذات معنى العرف[1]، ولكنها –أي المجلة– تشترط في العادة الاضطراد والغلبة مما يجعلها في معنى العرف الذي يرمي اليه الفقه القانوني الحديث، وليس المقصود بالعادة في المجلة العادات الاتفاقية التي سبقت الإشارة الى الفرق بينها وبين العرف.

وللعادة مفهوم أعم من العرف؛ فكل عرف هو عادة والعكس غير صحيح، فكل عادة تواترت وغلبت واضطردت سميت عرفاً[2]. ويقسم العرف في مجلة الاحكام العدلية الى قسمين: عرف عام وهو الذي يكون منتشراً في البلاد والمحلات كلها. وعرف خاص: وهو الذي يتعارف عليه أهل بلد او محلة معينة أو يتعارف عليه ارباب مهنة بعينها دون المهن الأخرى[3].

وتظهر وظيفة العرف باعتباره من مصادر التشريع عند عدم وجود نص يحكم الحالة المعروضة على القاضي ولا نص يمكن القياس عليه، فإن وجد النص فلا مجال لإعمال العرف ولو خالف العرف النص، لأن إرادة المشرع أولى بالرعاية[4].

وعلاوة على ذلك، فقد يؤدي العرف دوراً معاوناً للتشريع عندما ينظم المشرع مسألة معينة ويستعين بالعرف ويحيل اليه لسد ما غفل عنه المتعاقدين أو ما سكتوا عنه عند التعاقد (كأجر المثل عند سكوت العاقدين

---

[1] أنظر : الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص1008 وكذلك حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص44.

[2] أنظر : خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي. مرجع سابق. ص85 وكذلك: الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص874.

[3] المادة 36 من مجلة الاحكام العدلية التي تنص على انه:"الْعَادَةَ عَامَّةً كَانَتْ أَوْ خَاصَّةً تُجْعَلُ حَكَمًا لِإِثْبَاتِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ"، وأنظر في ذلك: الزحيلي، وهبة: مرجع سابق.ص97–98 وكذلك: الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص898، وكذلك حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص45 والذي عرف العرف العام بأنه: "عرف هيئة غير مخصوص بطبقة أو فئة وواضعه غير معين" والعرف الخاص بأنه: "اصطلاح طائفة مخصوصة على استعمال معين".

[4] في هذا المعنى: حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص44

عن تسمية أجر العامل فيستحق العامل اجر المثل –المادة 564 من مجلة الاحكام العدلية)[1] أو عندما ينص المشرع على مسألة بوجه عام ويترك تفصيلها للعرف[2]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 527 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: " يَصِحُّ اسْتِئْجَارُ الدَّارِ وَالْحَانُوتِ بِدُونِ بَيَانِ كَوْنِهِ لِأَيِّ شَيْءٍ وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ اسْتِعْمَالِهِ فَتُصْرَفُ إلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ"، فيفهم من هذه المادة ان استئجار منزل في بلدة ريفية مثلاً يجيز للمستأجر أن يربي الأغنام في فناء المنزل ولا يجوز له ذلك مثلاً اذا استأجر شقة في مدينة.

وقد يكون العرف مكملاً للتشريع عند خلو التشريع وفقه الشريعة الإسلامية من الحكم الذي يفصل في النزاع المعروض على القاضي، وهذه هي الوظيفة العامة للعرف[3].

وقد جعل التقنين المدني الفلسطيني المتمثل بمجلة الاحكام العدلية للعرف حجة –عند عدم توفر النص–، ومن القواعد التي قررت حجية العرف ومدى سلطانه في مجلة الاحكام العدلية المواد الآتية:

ما نصت عليه المادة 37 من مجلة الاحكام العدلية بقولها: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"، فقررت هذه المادة ان اجماع الناس على استعمال معين او تعامل معين في تعاقدهم يكون حجة على من خالفه ما لم يعارض العرف نص أو شرط المتعاقدين بأن يستثنيا العرف من التطبيق، ومرد ذلك استحالة تواطؤ جمع من الناس على الضلال والظلم في التعامل[4].

وما نصت عليه المادة 43 من مجلة الاحكام العدلية بقولها "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" والمادة 44 بقولها "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، فمفاد هذه المواد أن ما جرى به العرف يراعى ويعتبر دون

---

[1] تنص المادة 564 من مجلة الاحكام العدلية على انه: "لَوْ قَالَ أَحَدٌ لِآخَرَ: اعْمَلْ هَذَا الْعَمَلَ أُكْرِمْك، وَلَمْ يُبَيِّنْ مِقْدَارَ مَا يُكْرِمُهُ بِهِ فَعَمِلَ الْعَمَلَ الْمَأْمُورَ بِهِ اسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ"، وقد جاء في شرح هذه المادة أنه إذا وقع الاتفاق بهذه الصيغة فإن العامل يستحق اجر المثل بالغاً ما بلغ وسواء اكان ممن يخدمون بالأجرة أم لا؛ لأن الإكرام هنا معناه الأجرة. (انظر: حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص649–650).

[2] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 89.

[3] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 89.

[4] في هذا المعنى: حيدر: علي: مرجع سابق. المجلد الأول. ص46.

الحاجة لاشتراطه في العقود والتصرفات ما لم يتفق الأطراف على خلافه، فيكون حكماً لازماً لهم عند السكوت[1].

أما بخصوص الشروط اللازم توافرها لاعتبار القاعدة عرفاً، فقد نصت المادة 3/2 من القانون المدني الأردني[2]على أنه يتعين في العرف ان يكون عاماً وقديماً وثابتاً ومطرداً وألا يتعارض مع القانون أو النظام العام. وتتداخل بعض هذه الشروط مع ما اشترطت المجلة لزومه في القاعدة العرفية وتختلف في شق منها، فلم تشترط المجلة قدم العرف بأن يكون نشوئه في زمن بعيد يدل على توافق الجماعة عليه وإنما اشترطت اضطراده وكذلك لم تحصره بكونه عاماً[3]، وإنما قررت المجلة بنص صريح حجية العرف الخاص الذي يكون مخصوصاً بمهنة معينة او محلة دون أخرى، ويمكن إجمال الشروط التي تطلبتها مجلة الاحكام العدلية لاعتبار القاعدة عرفية بما يلي:

أ- أن يكون العرف مطرداً وغالباً: وهو ما عبرت عنه المجلة بقولها في المادة 41 منها: " إنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ"؛ أي أن يكون العمل بالقاعدة العرفية مستمراً في جميع التعاملات التي هي من صنف المعاملة المعروضة على القاضي، وأن يستمر تطبيقه في أكثر الحوادث المطابقة للحالة المعروضة، والغلبة تعني أن يكون جريان الناس عليه واقعاً في معظم الوقائع والحوادث المتشابهة او المتطابقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون العرف غالباً إذا أجمع عليه أكثر الناس وهذا في الحقيقة ركن العرف، فلا يكون عرفاً العادة الفردية التي اعتاد عليها فرد أو مؤسسة في تعاملها، لأن العادة الفردية لا تكون عرفاً إلا إذا اعتادها اكثر الناس[4].

---

[1] في هذا المعنى: زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص101-102.

[2] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976: **مصدر سابق**.

[3] وقد ذهب الدكتور عبد القادر الفار في كتابه: **المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون-النظرية العامة للحق)**. مرجع سابق ص 84، إلى انه ولغايات ما اشترطه المشرع الأردني في لزوم ان يكون العرف عاماً أنه يكفي أن يكون عاماً بالنسبة الى أهل قرية معينة او بلدة او أرباب حرفة او مهنة ويكفي ذلك للقول بتوافر صفة العموم في العرف.

[4] الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص898.

ولا يهم في ذلك ان يكون العرف قديماً بل يمكن أن يكون حديثاً ويطرد عليه الناس، مع أن جريان الناس على العرف في كثير من الوقائع والتعاملات قد يستوجب أن يكون العرف قديماً حتى يتحقق اضطراد الناس عليه، إلا أن مجلة الاحكام العدلية لم تشترط قدم العرف صراحةً.

ب- أن يكون العرف قائماً وقت حدوث التعامل او الواقعة المعروضة على المحكمة، فأثر العرف ينصرف الى الحاضر وإلى المستقبل، ولا شأن للعرف في الوقائع التي نشأت قبل الاستقرار عليه. والقول بخلاف ذلك يجيز تطبيق أعراف منقرضة قبل التصرف أو استقرت بعده، وعندئذٍ تصرف إرادة المتعاقدين عن حقيقة قصدهما في انتهاج العرف المستقر وقت حدوث التصرف، ويجبرا على قاعدة عرفية لم يعلماها وقد اجراء التصرف، الأمر الذي يمس بالرضا المعتبر شرعاً لجوزا التصرفات[1].

ت- ألا يتعارض العرف مع نص القانون أو صريح اتفاق الأطراف: فلا عبرة بالعرف الذي يخالف نص القانون، لأن إرادة المشرع رغبت عن ذلك العرف واختارت أن تحكم الواقعة بنص قانوني وإرادة المشرع أولى بالرعاية[2].

ولا يعمل بمقتضى العرف في حال اتفاق الأطراف على مخالفته على اعتبار ان القاعدة التي تقضي بأن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" تستند في مضمونها إلى علة أن سكوت المتعاقدين عن الامر المتعارف عليه وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر موافقة ضمنية منهم على العرف الجاري، أما إذا صرح الفريقين بحكم مخالف لحكم العرف فإثبات العرف في هذه الحالة هو من قبيل الدلالة التي لا عبرة لها في مواجهة

[1] أبو عجيلة، مصطفى عبد الرحيم: العرف وأثره في التشريع الإسلامي. الطبعة الأولى. طرابلس-ليبيا: المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان. 1986. ص201-202.

[2] ويطلق على العرف الذي يخالف النص: العرف الفاسد، ولا يعمل به لمعارضته ادلة الشريعة واحكامها ولا يعد قانوناً كل عرف يخالف نصوص القانون والنظام العام. انظر: الزحيلي، وهبة: مرجع سابق. ص98.

تصريح العاقدين[1]. فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما اشترط صراحة خلاف ما استقر عليه العرف فلا تسمع ايضاً الدعوى بخلاف ما جرى التعارف عليه ولم يشترط خلافه[2].

وفي ضوء ما جرى بيانه، **يثور التساؤل التالي:** باعتبار العرف حال فقدان النص التشريعي يعتبر قانوناً واجب التطبيق على المنازعة، هل يقع على عاتق القاضي الحكم بالعرف من تلقاء نفسه شأنه شأن القاعدة القانونية أم أن العرف بحاجة لإثبات؟

يذهب الاتجاه الحديث في فرنسا ومصر إلى أن قواعد العرف هي بطبيعتها قواعد قانونية، وأن القاضي متى وجب عليه الاخذ بقاعدة قانونية ينبغي عليه ان يتحقق من وجودها وسريانها، ولا فرق في ذلك بين القواعد التي يكون مصدرها التشريع أو العرف، إذ يقع على عاتق القاضي في كلتا الحالتين التحقق من وجود القاعدة القانونية، ويسهل التحقق من وجود القاعدة القانونية إذا ما كانت منصوصة في تشريع، فلا يكلف الخصوم بإثبات القاعدة التشريعية بل يفترض علم القاضي بها.

أما بخصوص العرف ولأنه يتعلق بوقائع مادية قد تختلف من مكان إلى آخر فينبغي على القاضي التحقق من وجوده وسريانه بوسائل تختلف عن التحقق من القاعدة التشريعية، وتكون وسيلة القاضي للتحقق من العرف تكليف الخصم الذي يدعي وجوده بأن يثبته، وتأسيساً على ذلك **لا يجوز اثبات العرف باليمين أو الإقرار**؛ لأن القاعدة القانونية لا تثبت من خلالهما وإنما الأصل هو تكليف مدعي العرف بإثباته بشهادة الشهود او بالخبرة حتى يتحقق القاضي من قيام العرف باعتباره قانوناً، ولا يكون ذلك التحقق بتوجيه اليمين او بإقرار الخصم الآخر، لان اليمين والاقرار صادرين عن فرد فلا يكونان حجة على المحكمة، وركن العرف هو اعتياد الجماعة[3]. وتحقيق ذلك يحتاج إلى بينة متعدية للمحكمة.

---

[1] أنظر المادة 13 من مجلة الاحكام العدلية "لا عبرة للدلالة بمواجهة التصريح" وفي ذلك انظر أيضاً: الزرقا، مصطفى أحمد: المدخل الفقهي العام. مرجع سابق. ص901 و 902. وكذلك: زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية. مرجع سابق. ص101.

[2] الزرقا، أحمد محمد: **مرجع سابق**. ص 237. وقد جاء في المرجع المذكور أنه وفي حال اشتراط الخصوم شرطاً يخالف العرف ثم تقرر بطلان ذلك الشرط لتعارضه مع نص أو غير ذلك من أسباب البطلان فيصار الى اعمال العرف مكان ذلك الشرط باعتبار الشرط كأن لم يكن.

[3] في هذا المعنى انظر : مرقس، سليمان: **مرجع سابق**. ص 430 وما يليها.

الفرع الثالث: مبادئ العدالة والإنصاف

إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يسعفه في القانون ولا نصاً يمكن القياس عليه، ولم يجد مثل ذلك في فقه الشريعة الإسلامية أو العرف كان عليه أن يستند في حكمه إلى قواعد العدالة والانصاف، ويقصد بقواعد العدالة والانصاف: "العدالة اللصيقة بالإنسان وبحقوقه الطبيعية والتي تتفق الأمم على وجوب احقاقها والاعتراف بها"[1].

والحقيقة أن القوانين والتشريعات عادة ما تراعي هذا المفهوم، فتنص على قواعد ومبادئ عامة تعتبر أصولاً كلية فيما لم يرد فيه نص صريح، ولعل أبرز مثال على ذلك القواعد الكلية الواردة في مجلة الاحكام العدلية من المادة الأولى وحتى المائة منها.

وقد جعل المشرع الأردني في القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 قواعد العدالة مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بعد التشريع والشريعة الإسلامية والعرف[2]. ولم يرد ذكر هذا المصدر صراحة في مجلة الاحكام العدلية وهي التشريع المدني النافذ في فلسطين، ولعل مرد ذلك شمول القواعد الكلية الواردة في مستهل المجلة لمعظم مبادئ ومقتضيات العدالة والانصاف، ولكن المشرع في قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 النافذ في فلسطين قد اعتبر قواعد الانصاف مصدراً للتشريع في المادة التجارية حال خلو القانون المدني من نص يحكم الحالة المعروضة امام القاضي[3].

وبهذا تكون قواعد العدالة والانصاف مصدراً رسمياً للتشريع في المادة التجارية وهي ليست كذلك في المادة المدنية في ظل خلو مجلة الاحكام العدلية مما يحيل اليها حال فقدان النص، إلا انه وبتقدير الباحث لا

---

[1] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 90.

[2] حيث نصت المادة 3/2 من القانون المذكور على انه: "فاذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية .3. فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة". انظر القانون المدني الأردني رقن 43 لسنة 1976 : **مصدر سابق.**

[3] حيث نصت المادة الثانية من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 على انه: "إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني..." ونصت المادة الثالثة من ذات القانون: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء **وبمقتضيات الإنصاف** والعرف التجاري"، أنظر المواد 2، 3 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1910 على الصفحة 472 بتاريخ 30-03-1966.

يوجد ما يمنع من الاستناد اليها في المادة المدنية حال خلو المصادر الأخرى (الشريعة الإسلامية والعرف) مما يسعف القاضي في حل النزاع المعروض امامه، ذلك في ضوء عدم جواز امتناع عن فصل الدعوى لعلة عدم وجود نص قانوني[1].

وعليه فإن لم يجد القاضي نصاً يحكم الحالة المعروضة امامه ولم تسعفه في ذلك المصادر الأخرى كان له ان يجتهد برأيه بما يره متفقاً مع العدالة والانصاف واحقاق الحق وابطال الباطل ويراعي في ذلك الحقوق اللصيقة بالإنسان وحدودها ومداها، وبما يتفق مع معتقدات وعرف الجماعة.

إلا ان اجتهاد القاضي في هذا الشأن لا يجيز له أن يطبق معتقداته الذاتية الشاذة عن اعتقاد الجماعة او المبادئ العامة التي تحكم المجتمع، بل يتعين ان يستند في قضائه الى اعتبارات موضوعية تتفق عليها النفوس والعقول السليمة والسوية وتعتبرها عادلة ومنصفة. كما لا يجوز للقاضي وبحجة مراعاة قواعد العدل والانصاف أن يقضي خلافاً لنص قانوني على اعتبار ان النص بات لا يتوافق مع الواقع، لان النص على قدمه أولى بالرعاية، كما لا يجوز له اللجوء الى قواعد العدالة والانصاف طالما امكن القياس على نص تشريعي[2]، لأن القياس –كما سبق وان بين الباحث– مستمد من النص ذاته فتكون نتائجه أولى بالتطبيق.

الفرع الرابع: السوابق القضائية

الأصل أن النظام القانوني الفلسطيني لا يأخذ بنظام الزامية السوابق القضائية، لأن القاضي يحتكم في قضائه الى القانون بالدرجة الأولى، ولا تكون احكام المحاكم الأخرى على اختلاف درجاتها حجة عليه، ولكن للقاضي وفي الأحوال التي يفتقد فيها النص ان يستأنس بأحكام المحاكم التي عرضت عليها مسألة مشابهة، لا سيما إذا كانت تلك الاحكام صادرة عن المحاكم الأعلى درجة، وذلك لطول خبرة قضاة

[1] أنظر المادة 164 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 : **مصدر سابق**.

[2] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 91.

المحاكم العليا من جهة ولكون أن المسألة المعروضة على القاضي من المحتمل ان تعرض عليهم حال الطعن بالحكم الصادر عن المحاكم الأدنى درجة[1].

وعليه فإن الاسترشاد بالسوابق القضائية فيما لم يرد فيه نص، لا يعتبر مصدراً رسمياً للتشريع في مجلة الاحكام العدلية، إلا انه وبالرجوع إلى المواد 2، 3 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966[2] – والنافذ في فلسطين– نجد أنها اجازت للقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية فيما لم يرد عليه نص في القانون المدني، وهذا فيما يخص المادة التجارية دون المدنية التي لم يرد بشأنها نص يجيز الاسترشاد بالسوابق القضائية فيما لم يرد فيه نص، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من ذلك في ظل عدم حظر ذلك صراحة، ولكن الأولى بتقدير الباحث هو اعمال احكام الشريعة الإسلامية والعرف قبل السوابق القضائية.

واستثناء على عدم الزامية الاخذ بالسوابق القضائية نص المشرع الفلسطيني في المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001[3] على انه: " إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تنعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها، ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال". وعليه يكون لزاماً على المحاكم الأدنى درجة الأخذ بقرار الهيئة العامة فيما فصلت فيه على النحو المذكور من سوابق قضائية، فيكون حكمها واجب الاتباع في هذه الحالة ولو كان مخالفاً للعرف او قواعد العدالة والانصاف، لأن المشرع نص صراحة على لزوم اتباع ذلك الحكم الذي يكون في هذه الحالة مصدراً ملزماً للقاضي[4].

---

[1] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 96 وما يليها.

[2] قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966: مصدر سابق.

[3] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: مصدر سابق.

[4] يذكر أنه وفي ذات السياق اجازت المادة 1/16 من القرار بقانون رقم 39 لسنة 2020 بشأن تعديل قانون تشكيل المحاكم لمحكمة الاستئناف أن تصر على قرارها الصادر عنها والذي جرى نقضه لدى محكمة النقض، وفي حال معاودة الطعن بقرار محكمة الاستئناف في هذه الحالة من جديد تنعقد الهيئة العامة لمحكمة النقض للفصل فيما أصرت عليه محكمة الاستئناف ويكون الحكم الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض في هذا الشأن ملزماً للدرجات القضائية كافة وفقاً لأحكام المادة 239 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 آنفة الذكر. (انظر المادة 1/16 من القرار بقانون رقم 39 لسنة 2020 المنشور في الوقائع الفلسطينية – العدد الممتاز 22 ، بتاريخ 2022/1/11 الصفحات من 2–8).

إلا أن العمل بمقتضى هذه السابقة هو ان تكون صادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض، اما أحكام المحاكم الأخرى أياً كانت درجتها فلا حجة لها على القاضي، الذي له أن يتبنى رأياً مستمداً من المصادر الأخرى وإن خالف ذلك الرأي تلك السوابق.

الخاتمة

تناول الباحث في هذه الدراسة، دور القاضي المدني في تفسير النصوص القانونية وذلك من خلال بيان الوسائل التي يتعين اتباعها في تفسير النصوص القانونية؛ ذلك أنه عادة ما يجري تفسير النصوص بالاعتماد على ظاهرها أو الشروحات الفقهية التي تتناولها، دون الاعتماد على منهجية محددة وموحدة في استخلاص المعاني من النصوص، وعليه فقد قام الباحث في هذه الدراسة باللجوء إلى قواعد تفسير النصوص في الفقه الإسلامي في محاولة إيجاد منهج قضائي موحد في تفسير النصوص القانونية مع مراعاة الطبيعة الخاصة لها.

وقد بيّن الباحث في هذه الأطروحة نوعين للنصوص القانونية، فالنص إما ان يكون واضحاً أو ان يكون مصاباً بالقصور التشريعي، وهذا النوع الأخير تتفرع عنه صورتان وهما: النص القانوني المعيب والصورة الثانية هي فقدان النص، وبين وسائل تفسير كل من هذه النصوص واوجه سد القصور التشريعي وذلك بغية الإجابة على تساؤلات الدراسة المتمثلة بالأحوال التي تستدعي تدخل القاضي في تفسير النص القانوني والوسائل التي يتعين عليه اتباعها لذلك، وبالنتيجة فقد توَّصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

1- متى كان النص سليماً لا عيب فيه، وجب على القاضي أن يستخلص منه المعاني التي ضمنها الشرع إياه، وأن يطبق حكمه على النزاع المعروض عليه، وذلك من خلال المعنى المتبادر فهمه من الصيغة (دلالة عبارة النص) أو دلالة اشارته أو اقتضائه، وذلك من خلال المعنى المستفاد من مجموع عبارات وألفاظ النص القانوني، وتقديم المعنى الاصطلاحي للعبارات على معناها اللغوي.

2- القصور الذي يصيب التشريع يتمثل بأن يصاب النص بعيب شكلي أو موضوعي، اما العيوب الشكلية فتقسم الى: الخطأ والنقص والتكرار. والعيوب الموضوعية تقسم إلى: التعارض بين النصوص

التشريعية والغموض في النص التشريعي، وعدم وجود نص (حالة فقدان النص الذي يحكم الواقعة المعروضة على القاضي).

3- في العيوب الشكلية يمكن للقاضي المدني اكمال ذلك النقص عن طريق استنباط الغاية التي توخاها المشرع من النص أو عن طريق الرجوع الى الأعمال التحضيرية للتشريع أو عن طريق الرجوع الى النص القانوني المأخوذ عنه التشريع مثل النص الفرنسي أو المصري أو الاردني أو مناقشات المجلس النيابي، اما في التكرار فيستوي تطبيق أي من النصيّن طالما انهما ليسا متعارضان.

4- يرفع التعارض بين النصوص القانونية من خلال الوسائل التالية على الترتيب: **أولاً:** محاولة التوفيق بين النصوص المتعارضة، **ثانياً:** الترجيح بين النصوص المتعارضة بحيث تكون احدها مقدماً على الآخر من حيث **القوة** بخصوص الواقعة المعروضة على المحكمة، **ثالثاً:** نسخ وإلغاء النص القانوني.

5- إذا تعذر التوفيق بين النصوص أو الترجيح بين النصوص القانونية، فتنحصر مهمة القاضي بالعمل بمقتضى الاحدث لأن النص الأقدم يعتبر ملغى ضمناً **طالما انحرفت عنه إرادة المشرع**، ولا ينسحب هذا الإلغاء إلا على ما ثبت تعارضه مع أحكام القانون الحديث.

6- يعالج القاضي الغموض في النص القانوني من خلال الاجتهاد في نطاق تطبيق النص والبحث عن الأدلة في غيره من النصوص والقرائن التشريعية التي من الممكن أن تزيل ابهامه ومن ثم محاولة التوصل إلى مراد المشرع من النص والغاية التي يتوخاها منه.

7- يسهل سد حالة الفراغ التشريعي عند وجود نص قانوني آخر يتحد مع الواقعة بالعلة وحينئذ يلجأ القاضي الى القياس، اما في حالة عدم وجود نص يمكن القياس معه على الواقعة المعروضة أمام

القاضي فيقع على القاضي تبعاً لذلك أن يسد هذا الفراغ بالرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون كمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والسوابق القضائية ومبادئ العدالة والانصاف.

8- لم تتضمن مجلة الاحكام العدلية –باعتبارها التشريع المدني النافذ في فلسطين–، تسلسلاً او تراتبية معينة لمصادر القاعدة القانونية حال فقدان النص القانوني، فيما تضمن قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 تراتبية ملزمة للمحكمة حال خلو النص في قانون التجارة، وعلى الرغم من ذلك يرى الباحث –وفيما يخص المادة المدنية– أنه وفي حال خلو مجلة الاحكام العدلية من نص يحكم الواقعة المعروضة على القاضي فإن عليه الرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً للمجلة ومن ثم العرف باعتباره منصوصاً عليه صراحةً فيها، ومن ثم الى السوابق القضائية ومن ثم الى قواعد العدالة والانصاف، وألا يصار إلى الاستعانة بالمصادر الخارجية للقانون طالما امكن القياس على نص قانوني.

ثانياً: التوصيات

1- يوصي الباحث بضرورة تضمين الاحكام القضائية منهجية التفسير التي اتبعتها المحكمة في تفسر النصوص القانونية التي تنطبق على الواقعة المعروضة عليها، وتدق الحاجة الى ذلك حال النصوص الغامضة او المتعارضة، فيرى الباحث أنه لا يكفي للقاضي تبني وجهة نظر بشكل مجرد دون بيان ما دعاه الى تبنيها، وهذا يقع في صلب واجب تسبيب الاحكام.

2- يوصي الباحث بضرورة الاهتمام بتعليم قواعد وأصول التفسير في مؤسسات التعليم القانوني، إذ لا يكفي مجرد الإلمام بالنصوص القانونية، وإنما ينبغي الإلمام بأصول تفسيرها ومسالك التعامل معها، حتى لا يصعب على القانوني التعامل مع التشريعات الحديثة أو اللاحقة على انهائه للتعليم القانوني، كما يوصي الجهات الرافدة للمهن القانونية بالاهتمام بهذا العلم من خلال ورشات ودورات التعليم المستمر.

3- يدعو الباحث المشرع الفلسطيني إلى ضرورة تبني قواعد تفسير النصوص في أصول الفقه الإسلامي وتقنينها في التشريع الفلسطيني، وذلك حتى يكون الاعتماد عليها واستعمالها في التفسير مستنداً الى صريح القانون، وذلك أسوةً في المشرع الأردني كما سبقت الإشارة الى ذلك في المقدمة؛ ذلك أن اللجوء الى هذه القواعد في تفسير القاعدة القانونية هو من باب صلاحية هذه القواعد ومتانتها في التفسير القانوني من جهة، ولعدم وجود مرجعية للتفسير القانوني سواها من جهة اخرى. كما ويدعو الباحث زملائه الباحثين وشراح القانون المدني إلى اعتماد قواعد أصول الفقه الإسلامي في تفسير نصوص القانون المدني، وذلك بتناول تلك القواعد على نحو شامل ومفصل وعدم الاكتفاء بالعموميات منها، واسقاط هذا القواعد على نصوص القانون المدني بفروعه.

4- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني، بضرورة وضع تراتبية لمصادر التشريع في القانون المدني، ذلك أن مجلة الاحكام العدلية لم تتضمن ترتيباً لمصادر التشريع، كما في قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 كما سبقت الإشارة الى ذلك في الاطروحة.

المراجع العلمية

أولاً: المصادر

القرآن الكريم.

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والمنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد الممتاز 2 بتاريخ 2003/3/19 الصفحات 5-48.

مجلة الأحكام العدلية العثمانية: صدرت عن لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة- اسطنبول، برئاسة ناظر الديوان أحمد جودت باشا، سنة 1286 هـ (1869 م) وانهت اللجنة اعمالها سنة 1293 هـ (1876) ، وجاء في مجموعها في 1851 مادة، ورسمت بمرسوم السلطان العثماني واصبحت نافذه في فلسطين الى يومنا الحالي وهي القانون المدني النافذ في فلسطين حتى تاريخه.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم 2645 الصفحة الثانية بتاريخ 1976/8/1.

قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 المنشور في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1910 على الصفحة 472 بتاريخ 30-03-1966.

قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص226.

القرار بقانون رقم 22 لسنة 2023 بشأن تعديل قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 205 من الجريدة الرسمية بتاريخ 2023/8/28 الصفحات 9 -10.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 المنشور في جريدة الوقائع الرسمية في العدد الثامن والثلاثون بتاريخ 2001/1/5، ص34 .

قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 والمنشور في جريدة الوقائع الرسمية في العدد التاسع والثلاثون بتاريخ 25 نوفمبر 2001 في غزة في الصفحة السابعة من العدد .

القرار بقانون رقم 42 لسنة 2021 بشأن الشركات والمنشور في جريدة الوقائع الرسمية ، عدد ممتاز رقم 25 ، بتاريخ 2021/12/30 ، الصفحات من 2- 128.

قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م المنشور في الجريدة الرسمية عدد 1380، ص 149، بتاريخ 1944/12/28 تاريخ الصدور 20-12-1944.

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 63، بتاريخ 27-04-2006، تاريخ الصدور : 22-12-2005، تاريخ السريان : 27-05-2006، ص 46.

القانون المعدِل للأحكام المتعلقة بالأموال غير منقولة رقم 51 لسنة 1958 ، المنشور في العدد 1410 من الجريدة الرسمية الأردنية (الحكم الأردني)، بتاريخ 01 / 01 / 1959 صفحة 5.

قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953م المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية : عدد 1140، بتاريخ 16-04-1953، تاريخ الصدور : 06-04-1953، تاريخ السريان : 16-04-1953، ص661.

قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم 40 لسنة 1952 المنشور في الجريدة الرسمية : 1113، تاريخ الصدور : 26-05-1952 تاريخ السريان : 16-06-1952، ص 279 .

قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 62 ، بتاريخ 25-06-2006 تاريخ الصدور : 17-02- 2006 ، تاريخ السريان : 25-07-2006، ص 93.

القرار رقم 1 لسنة 1994 والصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في تونس بتاريخ 1994/5/20.

القرار بقانون رقم 39 لسنة 2020 بشأن تشكيل المحاكم النظامية المنشور في الوقائع الفلسطينية – العدد الممتاز 22 ، بتاريخ 2022/1/11 الصفحات من 2-8.

قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1487، ص 374، تاريخ 01-05-1960، تاريخ الصدور : 01-05-1960، تاريخ السريان : 01-06-1960.

القرار بقانون رقم 32 لسنة 2022 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا وتعديلاته رقم 3 لسنة 2006 والمنشور في الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز رقم 27، بتاريخ 2022/7/24، ص2.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الجريدة الرسمية : عدد 33 ، ص 5 ، بتاريخ 30-06- 2000 تاريخ الصدور : 05-04-2000 تاريخ السريان : 30-07-2000.

ثانياً: المراجع

الكتب:

حيدر: علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام**. المجلد الأول. طبعة خاصة. الرياض- السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003.

حيدر: علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام**. المجلد الثاني. طبعة خاصة. الرياض- السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003.

الزرقا، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**. الجزء الأول. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم.(2004).

الزرقا، أحمد محمد: شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق. دار القلم. (1989).

الشيخلي، عبد القادر: **الصياغة القانونية تشريعاً، فقهاً، قضاءً، محاماة**. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2014

صبرة، محمود محمد علي: **أصول الصياغة القانونية**. الطبعة الأولى. مصر– المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية. 2004

البشري، طارق: **النص بين التشريع والاخبار**. دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين. 2007.

فتح الباب، عليوة مصطفى: **أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات**. المجلد الأول. الطبعة الأولى. القاهرة: مكتبة كوميت. 2007

العبد، محمد: **اللغة والابداع الأدبي**. الطبعة الأولى. القاهرة: دار الفكر للدراسات والنشر . 1989

بيومي، سعيد أحمد: **لغة القانون في ضوء علم لغة النص**. الطبعة الأولى،.القاهرة: حقوق النشر للمؤلف. 2010.

الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون–النظرية العامة للحق)**. الطبعة الثالثة عشر. عمان–المملكة الأردنية الهاشمية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. (2011).

العبيدي، عواد: **تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص**. الطبعة الأولى. القاهرة–جمهورية مصر العربية. المركز العربي للنشر والتوزيع. (2019).

القماري، فهيمة أحمد علي: **أساسيات الصياغة القانونية**. لا يوجد رقم طبعة. الإسكندرية: دار الكتب والدراسات العربية. 2019.

خلاف، عبد الوهاب: **تفسير النصوص القانونية وتأويلها**. مجلة القانون والاقتصاد– جامعة القاهرة كلية الحقوق. العدد الثاني مجلد 18 ./ الصفحات من 177–198 .

الزحيلي، محمد مصطفى: **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دمشق: دار الخير للنشر والتوزيع. 2006.

النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد: **المهذب في علم أصول الفقه المقارن**. المجلد الثالث. الطبعة الأولى. الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع. 1999 م.

الزحيلي، وهبة: **الوجيز في أصول الفقه**. إعادة الطبعة الأولى. دمشق: دار الفكر. 1999

زيدان، عبد الكريم: **الوجيز في أصول الفقه**. الطبعة الأولى الجديدة. صنعاء: مؤسسة الرسالة. 2004

خلاف، عبد الوهاب: **علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي**. الطبعة السابعة. مصر: دار الفكر العربي. 1996.

عبد الله: محمد حسين: **الواضح في أصول الفقه**. الطبعة الثانية. بيروت: دار البيارق. 1995 .

عبد الرحمن، فاضل عبد الواحد: **أصول الفقه**. الطبعة الأولى. عمان–الأردن: دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة. 1996 .

السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي: **جمع الجوامع في أصول الفقه** . الطبعة الثانية . بيروت–لبنان: دار الكتب العلمية . 2003 .

الخضري بيك، محمد: **أصول الفقه**. الطبعة السادسة. مصر: المكتبة التجارية الكبرى. 1969 .

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. الجزء الأول. الطبعة السادسة. القاهرة: مطبعة السلام. 1987 .

حيدر: علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام**. المجلد الأول. طبعة خاصة. الرياض– السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003.

زيدان، عبد الكريم: **الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية**. الطبعة الأولى. بيروت– لبنان: مؤسسة الرسالة. (2001) .

الزرقا، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**. الجزء الأول. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم.(2004).

الزرقا، أحمد محمد: **شرح القواعد الفقهية**. الطبعة الثانية. دمشق. دار القلم. (1989).

التلاحمة، خالد إبراهيم: **القانون التجاري، الجزء الثاني(الشركات التجارية)**. منشورات المعهد القضائي الفلسطيني. رام الله.2013.

الدريني، فتحي: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**. الطبعة الجديدة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 2008.

بن حوحو، د. ميلود: **منهجية تحليل النصوص القانونية**. الطبعة الأولى. برلين–المانيا : المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية. 2021.

زبيدات، ياسر محمود محمد: **شرح قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية**. الطبعة الأولى. القدس: حقوق النشر للمؤلف. 2010. ص165.

دواس، أمين: **قانون الأراضي**. لا يوجد رقم طبعة. رام الله: منشورات المعهد القضائي.2013.

الصوالحة، سماح و العوري، استقلال: **الدليل الإجرائي الداخلي لصياغة التشريعات (ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني)**. رام الله: ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني. 2020.

نشأت، أحمد: **رسالة الاثبات**. الجزء الأول. الطبعة السابعة. جمهورية مصر العربية. لا توجد دار نشر. لا توجد سنة نشر.

قدري، محمد باشا: **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية**. الطبعة الأولى. بيروت– لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. 2012.

التكروري، عثمان: **الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته**. الطبعة الرابعة. الخليل–فلسطين: المكتبة الاكاديمية. 2019.

أبو عجيلة، مصطفى عبد الرحيم: **العرف وأثره في التشريع الإسلامي**. الطبعة الأولى. طرابلس–ليبيا: المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان. 1986.

: صاوي، أحمد: **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**. القاهرة–جمهورية مصر العربية. دار النهضة العربية . (2010).

الرسائل العلمية والأبحاث المنشورة:

البشري، طارق: **النص بين التشريع والاخبار**. دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين. 2007

الحولي، محمد: **تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلة مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية)**. رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية – غزة 2017م.

الحفيان، إسماعيل: **تفسير النصوص بين الشريعة والقانون:** تكامل أم تعارض؟. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية–دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا. العدد الثامن. / الصفحات من 153 – 208.

عنقر، خالد: ***دور القاضي المدني في تفسير القاعدة القانونية.*** مجلة الفقه والقانون. المغرب. صلاح الدين دكداك. 2016. ع41. ص66–72.

الشامسي، جاسم علي سالم: *تفسير قانون المعاملات المدنية وتأويله.* **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية– جامعة عين شمس.** المجلد 41 العدد 1 ./الصفحات 226–152 .

نصراوين، ليث كمال: ***متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني*** . **مجلة كلية القانون الكويتية العالمية.** العدد 2 مايو 2017 / ص 418 .

العلواني: آسية ، داوود بن احمد: *دراسة أصولية مقارنة في دلالات الألفاظ الواضحة والخفية عند الأصوليين.* **مجلة كلية التربية– جامعة الأزهر.** العدد (169 الجزء الأول) / ص 565 حتى 601.

عامر، مبارك. (1998). "**أصول فقه العلة عند الأصوليين**" . مجلة الحكمة (نخبة من علماء المسلمين). العدد 16. ص 103–178.

حطاب، مؤيد. 2021. **التنظيم القانوني لمراحل الأهلية وفق القانون النافذ في فلسطين** . مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، 35 ، 5 . 769–820.

الاحكام والمبادئ القضائية

الحكم رقم 1881 لسنة 2019 الصادر عن محكمة التمييز الأردنية محكمة تمييز حقوق بتاريخ 2019/4/29 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 2006/2015 الصادر عن محكمة التمييز الأردنية محكمة تمييز حقوق بتاريخ 2006/12/4 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 2022/578 الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 2022/3/24 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 3486 لسنة 2021 الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 2021/8/3 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 626 لسنة 2013 الصادر عن محكمة التمييز الأردنية بتاريخ 2013/7/4 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفلسطينية الذي يحمل الرقم 2020/1038 طلب رقم 2021/7 الصادر بتاريخ 2021/6/10 المنشور على موقع : موسوعة القوانين واحكام المحاكم الفلسطينية– مقام.

الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 6098 لسنة 76 قضائية بتاريخ 2016/4/5. والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 2016/359 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 25/ابريل/2016 ، منشور على موقع (موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية–مقام).

الحكم رقم 419 لسنة 2020 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2023/4/3 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 510/ 2010 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2012/9/4 والمنشور على موقع (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين- المقتفي).

الحكم رقم 111 لسنة 2022 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ2023/5/10 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 15222 لسنة 2016 الصادر عن محكمة استئناف عمان بتاريخ 2016/4/27، والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 264 لسنة 2011 الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 2011/6/27، والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 78 لسنة 2022 الصادر محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بتاريخ 2022/1/18 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 1012 لسنة 2015 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2017/9/17 والمنشور على موقع قسطاس.

الحكم رقم 2016/553 الصادر عن محكمة استئناف القدس بتاريخ 5 أكتوبر، 2016، والمنشور على موقع (موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية- مقام).

الحكم رقم 20 لسنة 2016 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2016/3/14 والمنشور على موسوعة مقام(موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية- مقام).

الحكم رقم 2091 لسنة 2016 الصادر عن محكمة بداية الزرقاء بصفتها الاستئنافية بتاريخ 2016/9/21 والمنشور على موقع قسطاس.

المواقع الالكترونية

موقع قسطاس: https://qistas.com/ .

موسوعة القوانين واحكام المحاكم الفلسطينية– مقام: https://maqam.najah.edu/ .

منظومة القضاء والتشريع في فلسطين– المقتفي: http://muqtafi.birzeit.edu/ .

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

THE ROLE OF CIVIL JUDGE IN INTERPRETING STATUTES

By

Reem Dawoud Mohammed Khwaja

Supervisor

Dr. Rana Dawas

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus - Palestine.

2024

THE ROLE OF CIVIL JUDGE IN INTERPRETING STATUTES

By
Ahmad Mohammad Ahmad Aljbehi
Supervisor
Dr. Rana Dawas

Abstract

This scientific thesis is to determine the role of the civil judge in the interpretation of the legal text, by indicating the means and mechanisms that the civil judge can use in the interpretation and disclosure of the provisions of the Civil Code and the purpose of the legislature, in order to establish a clear methodology in the interpretation of the texts in the framework of the judicial process, the civil judge may face Having been subject to adjudication of the case, challenges may make the task of finding the appropriate legal text for the reality before it difficult, especially in the absence of a legislative methodology in the interpretation of legal texts as well as the multiplicity of Palestinian civil legislation and its historical backgrounds. The researcher therefore examined the challenges that judges might face in applying civil texts, such as the conflict or ambiguity of legal texts, and then described how to deal with them, guided by the rules established by Islamic sharia jurisprudence in interpreting sharia texts. The researcher concluded by identifying the means to be followed in the absence of a legal provision governing the case before the judge, by measuring legislation and other sources such as the principles of Islamic sharia, custom, case law, and the rules of justice and fairness. The motives of this study are to enrich judges with a reference for interpretation of legal texts in civil law branches. Jurists' literature did not contain a clear and in-depth methodology for drawing meaning from legislative texts or a clear methodology for solving problems arising from inadequate legal texts. This study will also enrich those interested in law scholars by providing them with means to help them understand legal texts and assess their strength and the extent to which they can be presented to each other, not just acquire knowledge of legal texts. In the light of the foregoing, this study may constitute an important legal reference

that elaborates on the means of interpreting legal texts, including clear texts and solving problems arising from the ambiguity or incompatibility of civil texts, as well as the curricula to be followed when legislation does not rule on a particular case.

Keywords: Civil judge, legal text, legislation, judges.