

## التكييف وأثره في القانون؛ تشريعاً وتطبيقاً (دراسة في التفريق القضائي بين الزوجين للعيب)

علي أحمد صالح المهداوي\*

### الملخص

التكييف عملية اجتهادية يراد بها إدراك الوقائع على ما هي عليه في حقيقتها، يعقب ذلك تبين الأنظمة القانونية التي تندرج تحت مظلة حكمها تلك الوقائع سواء بالتشريع أو التطبيق. فالتكييف على العموم يعني: التعرف، وبالطرق العقلية، إلى الواقع على ما هو عليه لتحديد ما يجب في هذا الواقع من حكم شرعي أو قانوني للانتقال به مما هو كائن إلى ما يجب أن يكون عليه في ضوء مقاصد هذا التشريع أو ذلك. وبالتالي فإن التكييف بهذا المعنى سابق لأي تطور في حياة الأفراد والشعوب والأمم، وفي القوانين التي تحكمها. بل هو شرط في تحقق التغير والتطور من حيث إن التغير والتطور يعني الانتقال من واقع إلى واقع آخر يفترض فيه أنه أفضل من سابقه، واللازم من ذلك معرفة الواقع السابق على ما هو عليه وهو التكييف، ثم معرفة ما يجب أن يكون عليه، ثم تحديد وسائل هذا الانتقال، وتنفيذها بالفعل ليحصل هذا الانتقال بالفعل. وإذا كان يراد بالتكييف الكشف عن الواقع فإن المراد بالتفسير الكشف عن الحكم الشرعي أو القانوني من خلال النظر السليم في نصوص التشريع. وإقامة الأحكام والنظام على أرض الواقع لتحقيق مقاصد التشريع يتوقف على الأمرين معاً. وقد أنصبّ البحث في هذا المقام على بيان ماهية التكييف، وضرورته، ووظيفته، وغايته، وتطبيقاته وخاصة في المعاملات المالية، وتمييزه من التفسير. وكان الانتقال بعد ذلك إلى بيان أثر التكييف في التفريق القضائي بين الزوجين للعيب، مبيّنين آراء فقهاء المسلمين في نطاق هذه العيوب، وأثرها في الحكمة المتوخاة من تشريع الزواج، والأحكام المترتبة على وجودها، لننزل بطريقة البحث هذه الحكم الكلي إلى أحد جزئياته لتتضح صورة موضوع البحث بجانبه النظري والتطبيقي.

### مقدمة:

القانون أو ذلك، يجمعها عموماً القول: إنها المصالح العامة والمصالح الخاصة، وإن حصل تفاوت فيما بينها في اعتبار بعض المصالح أو إلغائها، أو في أفراد المصالح العامة أو الخاصة، أو في ترتيب أفراد المصالح من حيث الأولوية أو قوة الاعتبار<sup>(٢)</sup>

من المسلم به أنه حيثما قام مجتمع وجد القانون (أو الشرع)، من حيث إن وظيفة القانون تنظيم العلاقات، والعلاقة تستلزم لقيامها وجود أكثر من طرف (شخص)<sup>(١)</sup>.

والتنظيم ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية، وقد تعرف الغاية بـ: (مقاصد التشريع، حكمة التشريع، غاية القانون، أهداف القانون..) وهي مصالح معتبرة بعرف هذا

٢. فالفلسفة الفردية تعتدّ بالحق الخاص ولا تعرف للحق العام وجوداً مستقلاً بل هو بنظرها محصلة الاعتداد بحق الفرد. وتذهب إلى نقيض ذلك الفلسفة الاشتراكية التي تعتدّ بالحق العام دون الحق الخاص وهو الذي لا يعدو بنظرها عن كونه مجرد واجب أو وظيفة يقوم بها الفرد لصالح الجماعة. وقد ورد هذا المعنى ونقد الاتجاهين في: السنهاوري، عبد الرزاق وحشمت أبو سنيت، أصول القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٦٨-٧٠. والبدراوي، عبد المنعم، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٢، ص ٣٧. والجرف، طعيمة، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي

\* أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الزرقاء الأهلية، الزرقاء - الأردن.

١. كبيرة، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ١٩. وفرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، ط ٢، بيروت، ١٩٧٥، ص ١٣-١٤.

القواعد العامة. التي تشكل التشريع والمصادر الرسمية للقانون في بلد معين وفي زمن معين<sup>(٥)</sup>.

#### أهمية البحث ومنهجيته

من المعلوم أنّ الوقائع غير متناهية أمّا النصوص الشرعية أو القانونية فهي متناهية، وبالتالي لا يتصور إيراد نصّ لكل واقعة، فكان لابدّ من توسيع نطاق القانون. وتوسيع نطاقه قد يتأتى من خلال تفسير النصوص، أو من خلال خلق القاضي لمبادئ قانونية يتوقف عليها حسم النزاع المعروض أمامه، أو من خلال تكليف الواقع أو الواقعة، لتضمّن بذلك الوقائع غير المتناهية إلى النصوص أو القواعد الشرعية أو القانونية المتناهية<sup>(٦)</sup>.

ولاشكّ أنّ معرفة الواقع أمر سابق على معرفة الحكم فيه<sup>(٧)</sup>. فالحكم فرع التصوّر،

وبالتالي في كيفية رفع التعارض، أو في تعداد أقسام المصلحة<sup>(٨)</sup>.

وإذا كان القانون مجموع الخطابات الموجّهة إلى المحكومين وهي التي تعرف بأنها: القواعد العامة المجرّدة الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع سعياً نحو تحقيق حكمة التشريع<sup>(٩)</sup>، وهذه القواعد لا تكفي من حيث هي خطابات لتحقيق وظيفة القانون وغايته ما لم تترجم على أرض الواقع من خلال:

- قبول وامتثال المخاطبين بهذا القانون له طواعيةً لعدالته بحسب نظرهم.
- قيام السلطة التنفيذية بتطبيقه تطبيقاً حسناً.
- الأداء النزيه من قبل القضاء في القضايا والنزاعات المثارة أمامه.
- حسن الرقابة على دستورية القوانين، وعلى أعمال السلطة التنفيذية.

على أنّ مصطلح القانون الذي هو القواعد العامة الموصوفة بما ذكر آنفاً له إطلاقان. إطلاق بالمعنى الأخص، ويراد به التشريع. وإطلاق بالمعنى الأعم، ويراد به مجموع

-الكتاب الثاني-، القاهرة، ١٩٦٦، ص١٣٢و١٤١. والدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط١، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٧، ص٤٣ و ٥٠-٥٢.

٣. وبالنظر إلى الاتجاهين السابقين يمكن القول بغياب الحق المشترك الذي يستند في وجوده والاعتداد به على وجود الحقين العام والخاص باستقلالية والاعتداد بهما معاً.

٤. تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص٧-٨. وسليمان، أنور، المبادئ القانونية العامة، ط٤، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص١٥-١٩. وكيرة، حسن، المدخل للعلوم القانونية، ص١٩-٢٢. وفرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، ص١٤-١٧.

٥. الصراف، عباس وجورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، ط٤، دار الثقافة، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص٩.

٦. يقول السيوطي، عيد الرحمن بن أبي بكر؛ "تعلم قطعاً ويقيناً أنّ الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعدّ ونعلم أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نصّ ولا يتصور ذلك أيضاً. والنصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي، علم قطعاً أنّ الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد". تفسير الاجتهاد، ط١، دار الدعوة، الاسكندرية، ١٤٠٣، ص٣٠.

٧. وهذا يصدق على الحكم القانوني بمفهوم الحكم في القانون الوضعي، وعلى الحكم بمفهومه عند فقهاء المسلمين وهو الذي لا يعدو عن كونه الأثر المترتب على الوقائع، فهو حادث لذلك. إلا أنه لا يصدق على الحكم بمفهومه عند علماء أصول الفقه الإسلامي لأنّ الحكم عندهم هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، والخطاب بموجب هذه النسبة قديم، بينما الواقع أو الوقائع حادثّة لأنها مخلوقة.

المالية، وهي مجال تخصصنا الدقيق، بوجه مقارب لما نحن بصدد عرضه من حالة تفريق بين الزوجين. وذلك في الأمرين مبني على مبدأ الاستصحاب، بل على أحد أنواعه على وجه التحديد وهو: استصحاب صفة معتبرة في الحكم. والصفة هنا هي السلامة من العيوب، فكان الأصل هو خلو محل التصرف من العيوب. فإن ظهر خلافه تبيننا ما يأتي:

أ. تأثر الرضا سلباً بهذا العيب. فالرضا لم ينصرف إلى محل معيب بل انصرف إلى محل سليم.

ب. اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة لأطراف العلاقة، فأحد الأطراف سيلزم بما لم يرض به، وبأكثر من التزامات الطرف الآخر.

ج. تأثر الحكمة سلباً، وهي المصلحة المتوخاة من تشريع هذه الأسباب (التصرفات). فالأسباب ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة لا لجلب مفسدة.

وفي ضوء ما تقدم يكون تقسيم البحث على النحو الآتي:

الفصل أول: في ماهية التكييف وتمييزه من التفسير.

الفصل الثاني: في التفريق القضائي للعيب وأثر التكييف في اختلاف الأحكام الفقهية فيه. الخاتمة: تتضمن نتائج البحث والتوصيات.

الفصل الأول: ماهية التكييف وتمييزه من التفسير

لغرض استيفاء البحث في هذا الموضوع أقسم الفصل إلى مبحثين؛ أخصص أولهما في

بمعنى أن تصور الواقع وهو العلم به سابق على إصدار الحكم فيه، وقد يتفرع ذلك على قاعدة أن العلم تبع للمعلوم. فكأن كل واقعة تعرض حالها مستدعية لإيقاع حكم يصلح فيها ولا يصلح في غيرها مما يغيرها في جانب أو أكثر. ومن هذا الاعتبار كان التكييف سابقاً على التشريع من حيث عمل المشرع (القانوني)، وسابقاً لإيقاع الأحكام على الوقائع من حيث عمل القاضي والفقهاء.

ومن هنا ظهرت أهمية التكييف من حيث إنه أحد ضرورات أو لوازم أعمال القانون؛ تشريعاً وتطبيقاً على أرض الواقع.

وفي هذا البحث أتعرض من غير إسهاب إلى ماهية التكييف، ضرورته، وظيفته، وتمييزه عما يشته به، مشفعا ذلك ببيان أثر التكييف في اختلاف الأحكام الشرعية في مسائل قانونية، خاصة المدنية منها، على سبيل العرض الموجز، وقد أتعرض لها في هوامش البحث. ثم أتوسع نسبياً في البحث في التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيب وأثر التكييف في اختلاف الأحكام الفقهية فيه، مشفعا ذلك باتجاهات مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في هذا الصدد، وهو الذي وضع مع مذكرته الإيضاحية ما بين سنة ١٩٥٩ - ١٩٦١ لغاية الوحدة بين الأقليمين المصري والسوري. لغرض التعريف به من وجه، ولكونه من حيث هو جهد فقهي يشكل، بتقديري، مشروعاً لقانون أحوال شخصية موحد على صعيد عربي وإسلامي.

واختيارنا لهذا التطبيق مبني على خطورة هذا العيب في تهديده لحكمة الزواج، وعلى كون أثر العيب ثابتاً في نطاق المعاملات

أمر مجتهد فيه؛ أي ظني، وهو الذي لم يقد على حكمه دليل قطعي من نصّ قطعي الدلالة أو إجماع فقهي، ولذلك أبرز آخرون هذه الحقيقة بالقول أن التكليف هو:

• العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع، أو إدراج الواقعة في طائفة محددة، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب أعمالها على الواقعة المطروحة<sup>(١١)</sup>.

وقد يصوّب بعضهم نظره إلى الغاية من القيام بهذه العملية الذهنية والحكمة من إيجابها فيعبر عن ذلك بالقول:

• إنّ التكليف القانوني للوقائع مجرد اختيار للقلب الذي يتطابق مفهومه المجرّد مع الخصائص القانونية المنبعثة من هذه الوقائع كما أثبتتها القاضي<sup>(١٢)</sup>.

ماهية التكليف وضرورته ووظيفته، وأخصص الثاني في تمييز التكليف من التفسير.

المبحث الأول: ماهية التكليف؛ ضرورته، ووظيفته

التكليف - في اللغة - مصدر كَيْفَه إذا ذكر أو أدرك كَيْفِيته أي صفته، والتشبيه مصدر شَبَّهه إذا جعله مثل غيره في صفة<sup>(٨)</sup>. وهذا البيان أفاد فارقاً دقيقاً بين التكليف والتفسير تأتي على بيانه لاحقاً إن شاء الله تعالى.

وقال رجال القانون في بيان التكليف إنه:

• تحديد طبيعة العلاقة القانونية المتنازع فيها وردّها إلى نظام قانوني<sup>(٩)</sup>. وعرف أيضاً بأنه:

• تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون<sup>(١٠)</sup>.

وظاهر أنّ تحديد طبيعة الواقعة وضمّها إلى نظام قانوني أمر لاحق على تحليل الواقعة القانونية، ولاشك في كون هذا التحليل وهذا التحديد اجتهاداً من حيث إنه أعمال النظر في

٨. العدوي، علي الصعدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ٨٠/١. وجاء في باب الفاء فصل الكاف؛ (الكَيْف: القطع.. وكَيْفَه قَطْعُه، وقول المتكلمين كَيْفَتَه فتكَيْف قِياس لا سماح فيه..). الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، الكويت، ١٩٦٥.

٩. الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ص ٥٢.

١٠. صادق، هشام علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ١١١.

١١. شحاته، محمد نور عبد الهادي، سلطة التكليف في القانون الإجرائي دراسة مقارنة في القوانين الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٥.

١٢. عبيد، رؤوف، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ط ٣، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٠، ص ٢٤٣. وشبهه الدكتور هشام علي صادق في المرجع السابق ص ١١٢ التكليف بالتشخيص الطبي بقوله: "والتكليف وفقاً للمعنى الذي حددناه في إطار العلوم القانونية قريب الشبه إلى حدّ كبير بالتشخيص في مجال الطب. فإذا كان من اليسير على طالب كلية الطب أن يفرق بوضوح بين العلاج المقرر لمرض معين، والعلاج الذي يتعيّن إتباعه لمرض آخر، فإن تشخيص حالة المريض وما إذا كان يشكو من هذا المرض أو ذاك هو أمر لا يسهل على المبتدئ تبينه في جميع الأحوال، رغم ما لهذه المسألة من أهمية جوهرية غير خافية بوصفها مسألة أولية لازمة لتحديد العلاج الصحيح، والأمر لا يختلف كثيراً في مجال العلوم القانونية. فقد يسهل على الكثيرين الإحاطة بالأحكام التي يتضمّن قانون معين. فطالب كلية الحقوق يعرف

وقولي (لإسناد حكم القانون فيها) لبيان علة التكييف المتمثلة في إضفاء حكم القانون على الوقائع أو ضمّ الوقائع إلى نظام قانوني، والمؤدى واحد. فشمّل ذلك ضرورة التكييف في أعمال حكم القانون تشريعاً وتطبيقاً.

### محل التكييف

يمكننا القول إنّ محل التكييف يتنوّع بتنوع متعلّق الحاجة إلى بيان حكم القانون (أو الشرع) في الواقعة، فهو:

"قد ينصبّ على واقعة معينة كحادثة يراد معرفة ما إذا كانت تكون عملاً مادياً ضاراً أم لا تكونه. كما أنه قد ينصبّ على مسألة قانونية كحق الحضانة يراد معرفة ما إذا كان أثراً من آثار الزواج أم من آثار الطلاق أم أنه يقع في نطاق الولاية على النفس. وقد يتناول التكييف قاعدة موضوعية مثل تكييف القاعدة التي تحظر إجراء الوصية بالشكل العرفي الخطي أهي تتعلق بشكل الوصية أم تتعلق بأهلية الموصي"<sup>(١٣)</sup>.

والجامع في ذلك كما ذكرنا، وهي علة التكييف التي يرتبط بها وجوداً وعدمًا، الحاجة إلى بيان أو كشف الحكم في الوقائع. والحاجة في هذا المقام لا تتنوع في ذاتها ولكن يتنوع متعلقها؛ فقد يكون حادثة أو واقعة إرادية أو فعلاً مادياً أو واقعة طبيعية أو مسألة أو قاعدة قانونية.

ولما كانت الوقائع غير متناهية والنصوص القانونية (أو الشرعية) متناهية، وأنّ كل جزئية بحاجة إلى بيان حكمها الشرعي كان التكييف غير مختصّ بفرع دون فرع آخر من

وإذا كان التكييف من حيث حقيقته عملاً ذهنياً غايته إثبات عموم حكم القانون وسيادته على الواقع فإنه لا يقتصر على عمل القاضي، وهو ما اقتضت عليه التعريفات المذكورة، بل يتعداه إلى المشرع والفقهاء بل وأطراف العلاقة. وسيأتي بيان ذلك قريباً. وقد يكون ما حملهم على ذلك هو كثرة ممارسة القضاء للتكييف وديمومة العمل به من حيث إنه يلزم للوصول إلى الحكم القانوني في الوقائع لإبقاعه عليها العلم بتلك الوقائع وبحقيقتها أولاً.

وبعد؛ فأرى في التكييف أنه:

**الكشف عن حقيقة الواقعة القانونية لإسناد حكم القانون (أو الشرع) فيها.**

والكشف يستلزم التحليل وتحديد صفة الواقعة، ونحو ذلك مما ذكر في التعريفات السابقة لأنها من وسائل الكشف. والواقعة القانونية الواردة في التعريف هي على معناها الأعم الشامل للتصرف القانوني والواقعة المادية وهي التي تشتمل على: الأفعال المادية والوقائع الطبيعية.

جيداً الأحكام الخاصة بكل من عقد البيع وعقد الإيجار أو عقد الهبة مثلاً. أما إدراك التكييف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث، فهي عملية ذهنية تحتاج إلى خبرة خاصة وبصيرة نافذة، إضافة إلى ما تتطلبه من حاسة قانونية مرهفة. وعلى هذا النحو يمكن القول بأن القدرة على التكييف السليم في نطاق القانون، أسوة بالتشخيص الصحيح في مجال الطب، هي الشرط الجوهرى للنبوغ في كل من هذين الفرعين من فروع المعرفة، إضافة إلى كونها الأساس الذي لا غنى عنه لحسن تطبيق ما يتضمنه كل من الفرعين السابقين من أحكام".

١٣. عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ١١٤.

فروع القانون، بل وجوده عام في جميعها سواء في ذلك الموضوعية منها والإجرائية<sup>(١٤)</sup>.

### ضرورة التكليف

وأما من حيث ضرورة التكليف فإنّ تحقيق القانون، والعبور من الواقع إلى القانون يجري عن طريق عملية التكليف، فهو عملية أولية لازمة لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية للنص القانوني الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة. ومن هنا كان الخطأ في التكليف -في حدود عمل القضاء- مسألة قانونية تخضع دائماً لرقابة المحكمة العليا<sup>(١٥)</sup>. وأنّ خطورته تكمن في أنّ النتيجة تختلف باختلاف الوصف القانوني للمسألة المتحصّل من إعمال التكليف<sup>(١٦)</sup>، لأنه عمل اجتهادي كما تقدم،

١٤. الهداوي، حسن، تنازع القوانين، ص ٥٢. وشحاته، محمد نور، سلطة التكليف في القانون الإجمالي، ص ٥.

١٥. صادق، هشام علي، تنازع القوانين، ص ١١١-١١٢.

١٦. ونورد هنا تطبيقات قانونية وقضائية اختلفت فيها النتائج تبعاً لاختلاف الوصف القانوني الملحق بالواقعة محل التكليف. فمن الأمثلة على ذلك في مسائل الأحوال الشخصية ما ورد بشأن الشكلية في الوصية من اختلاف في تكليفها بين القانونين الفرنسي والهولندي في قضية أثار فيها "ورثة هولنديون أمام المحاكم الفرنسية نزاعاً يتعلق بوصية حررها هولندي في فرنسا بالشكل العرفي، إلا أنها كانت غير موثقة رسمياً كما يشترط القانون الهولندي، فطعنوا فيها لعدم صحة هذه الوصية لمخالفتها للمادة ٩٩٢ من القانون الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية بكتابتها بخط الموصي - دون توثيق رسمي -. وتختلف النتيجة باختلاف الوصف القانوني للمسألة. فإن كان الحظر المقرر في القانون الهولندي يتعلق بفرض شكل معين لإجراء الوصية فإن النزاع ينصب على شكل الوصية، وعندئذ يخضع كلا القانونين الفرنسي والهولندي للقانون المحلي، وهو في هذه الحالة القانون الفرنسي

الذي فيه مثل هذه الوصية صحيحة، في حين أن هذا الحظر لو كان يرمي إلى حماية أهلية الموصي فإنّ النزاع والحالة هذه ينصبّ على الأهلية، ولا يعود الاختصاص فيه إلى قانون إجراء الوصية بل إلى قانون جنسية الموصي وهو هنا القانون الهولندي، والذي تعدّ فيه مثل هذه الوصية باطلة<sup>(١٧)</sup>. الهداوي، حسن، تنازع القوانين، ص ٥٣.

ومن المسائل الجنائية في هذا الصدد نورد ما ذكره الدكتور رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ص ١٩٢-١٩٣، وفيه "استفزاز المجني عليه كعذر قانوني يعرفه قانوننا المصري في حالة واحدة فقط هي حالة مفاجأة الزوجة حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها. فإنه طبقاً للمادة ٢٣٧ع يعاقب الجاني بالحبس بدلاً من عقوبة الجنائية الواردة في المادتين ٢٣٤ و٢٣٦ ومن باب أولى في المادة ٢٤٠ع. وتتشئ المادة ٢٣٧ع هذه قرينة قانونية لمصلحة الزوج المخدوع على أنه كان في وقت الاعتداء على زوجته أو من يزني بها، أو عليهما معاً في حالة من الأفعال الوقتية التي أثرت في حريته في الاختيار، وهو اعتبار شخصي بحث يمثل الحكمة من العذر وعلة وجوده. وهو لا يمس في شيء موضوع الجريمة وماديتها التي لا تخرج عن كونها قتلاً عمداً أو ضرباً مفضياً إلى الموت؛ بكل أركانها القانونية ونتائجها المادية الجسمية. - موقف الفقه من ناحية أثره في التكليف- لذا كان الاتجاه الغالب، أو شبه الإجماع، بين الشراح في مصر وفرنسا يميل إلى اعتبار عذر الزوج في قتل زوجته المتلبسة بالزنا عذراً شخصياً بحثاً لا صلة له بالأحوال المادية اللاصقة بالجريمة؛ أو كما يقال لها أحياناً الظروف العينية فيها. ويرى فريق من شراح القانون المصري أن هذا العذر يعدّ لذلك من قبيل الظروف الشخصية البحت التي لا تقتضي تغيير وصف الجنابة إلى جنحة رغم تغيير العقوبة ورغم أنه عذر قانوني ملزم للقاضي، فهو لا يمت بصلة إلى الظروف القضائية المخففة المشار إليها في المادة ١٧ع، وذلك رغم أنّ الأعدار القانونية الأخرى قد تقتضي تغيير الوصف؛ خصوصاً عندما تكون ملزمة للقاضي فلا خيار له فيها. إلا أن فريقاً آخر يرى غير هذا الرأي في عذر المادة ٢٣٧ع ويقول أنه بحكم طبيعته القانونية الملزمة للقاضي من شأنه إنشاء جريمة من نوع خاص هي جنحة قتل الزوجة المتلبسة بالزنا، أو جنحة ضربها ضرباً مفضياً إلى موتها".

والعمل الاجتهادي ميدانه كل واقعة لم يرد بشأنها دليل قطعي الدلالة، وبالتالي فهو محل اختلاف، وذلك لتفاوت الأنظار واختلاف المقاصد.

### وظيفة التكييف، ومن له صلاحية القيام به:

ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده" فمير بين الركن والمحل والغرض والشكل بـ (أو) التي تفيد المغايرة. ونص على أن الشكلية شرط قانوني للاعتماد. وهو بذلك أخذ بالمتعمد من الفقه الإسلامي بأن ركن العقد هو التراضي فحسب، وأن المحل والعاقدين من لوازم العقد. وقد يكون مستنده في ذلك أن ماهية الشيء هي حقيقته في الخارج، أي على ما هو عليه في الواقع. وهذه الحقائق تدرك على ما هي عليه عقلاً أو بكشف الشرع عنها. فكان ما يورده الشرع بشأنها ليس تعديلاً في حقيقتها بل أحكاماً تؤدي تنظيمياً معيناً مقصوداً، ويتوصل إلى ذلك بأمر منها الشروط الشرعية أو القانونية. وبموجب هذا التكييف يكون العقد قد ولد بالتراضي واكتمل بناؤه بالشكلية، فأمكن نسبة آثار العقد حال اكتماله إلى وقت نشوئه (ولادته) أو إلى وقت اكتماله، فذلك محتمل للنظر بخلاف ما لو كان المقصود بالشكلية ركنيتها في العقود الشكلية، فذلك يقتضي إضافة الآثار إلى وقت اكتمال العقد بإيراد الشكلية حتماً، فلحظة ولادة العقد عندئذ هي لحظة اكتماله وليس هناك من مدة تتوسط بينهما. وعذ المشرع أيضاً، وهو نوع تكييف، تسجيل المبيع تسليمياً حكماً، وهو ما نصت عليه المادة ٤٩٧: "يتم التسليم حكماً بتسجيل المبيع باسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي". جاعلاً تسجيل المبيع باسم المشتري نوعاً من أنواع التخليية بين المشتري والمبيع، أو صورة من صور تمكين المشتري من المبيع، وليس للتسليم معنى غير ذلك.

ومثال آخر في ضمان العيوب الخفية؛ إذ أقام المشرع البيع على أساس سلامة المبيع من العيوب، وأن هذه الصفة مستصحية حتى يقوم الدليل على خلافها، وهذا تكييف منه لواقعة البيع من هذه الحيثية، وأورد المشرع هذا الحكم في المادة ٥١٢/١ ونصها: "يعتبر المبيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه".

ويمكننا إبراز مسائل في القانون المدني الأردني النافذ من حيث مذهب المشرع في التكييف أو قيامه بهذه العملية؛ من ذلك اعتباره الإكراه سبباً لوقف التصرف وليس مفسداً له كما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحبه، وأورد المشرع هذا الحكم في المادة ١٤١ من القانون المدني الأردني النافذ ونصها: "من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازته المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً"، ونورد هنا ملاحظتنا على عيب الصياغة إذ ختمت المادة بـ: ينقلب صحيحاً. مع كون العقد النافذ أحد أقسام العقد الصحيح وأن ما ينقلب صحيحاً هو العقد الفاسد بعد رفع موجب الفساد. ويبدو أن المشرع بقيامه بعملية التكييف هنا قاس المكره على الصغير المميز أو المحجور عليه في الحكم بجامع عدم اكتمال الإرادة في الأول أو لوجود مانع قانوني في الثاني.

ومثال آخر هو؛ تكييفه العربون على أنه انصراف إرادة المتعاقدين إلى اعتباره جزاء العدول وليس جزءاً من الثمن. مستنداً في حكمه هذا على كون البيع، وهو من حيث الأصل عقد لازم لطرفيه، انقلب إلى عقد غير لازم بسبب هذا العربون، وما كان للعربون هذا الأثر لو كان جزءاً من الثمن. وذكر المشرع هذا الحكم في المادة ١٠٧/١ ونصها: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه"، وهذا التكييف يستصحب حتى يقوم الدليل على خلافه لأنها قاعدة مفسرة يجوز الاتفاق على خلافها أو أن ما ذكره المشرع لا يعدو عن كونه قرينة بسيطة. ويقوم الدليل على خلاف هذه القرينة حال صرح المتعاقدان بأن المدفوع جزء من الثمن، أو جرت العادة بينهما على اعتباره كذلك، أو جرى العرف بين أهل صنعة على أنه كذلك.

ومثال آخر؛ اعتباره الإرادة المنفردة سبباً مستقلاً وكافياً لنشوء الالتزام والحق الشخصي وليس سببه نص القانون. وذلك لأنه نظر إلى العقد فوجده سبباً كافياً لإنشاء الالتزام، والعقد بنظره لا يعدو عن كونه إرادة منفردة اجتمعت بإرادة منفردة، فكانت الإرادة المنفردة هي مصدر الالتزام.

وكذلك اعتباره الشكلية شرط انعقاد وليس ركناً في العقد بحسب منطوق المادة ٢/١٠٥ ونصها: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته" والمادة ١/١٦٨ ونصها: "العقد الباطل ما

إلى: قواعد تقريرية وقواعد تقويمية ما يقرر هذا المبدأ ويؤكد. فإذا جمعنا أو ربطنا القواعد التقريرية، وهي التي تتعلق بتقرير ما هو واقع فعلاً على وجه الدوام والاستقرار بغاية القانون أو حكمة التشريع، نتج لنا القواعد التقويمية، وهي القواعد التي تحدد نهجاً لسلوك الأفراد في المجتمع أو تبيّن ما يجب أن يكون عليه سلوكهم. فالمشرع إذن يحتاج إلى التعرف إلى حقيقة الوقائع المراد حكمها بتشريع قانوني، فكان التكليف سابقاً على إنشاء التشريع. أما القاضي والفقهاء وأطراف العلاقة فهم مفتقرون إلى التكليف لضّمّ الوقائع إلى قاعدة قانونية، وليس في ذلك سلطة تشريع بل سلطة تطبيق للقانون.

على أنّ قواعد التعرف إلى معلوم معيّن يقتضي بحسب القواعد العقلية النزول من الأعم في التصوّر إلى الأخص. فلزم الناظر في الواقعة القانونية أن يتنزل فيها إلى ما هو أخص من مفهوم الواقعة القانونية لغرض التحديد والتعيين، فيحدد هذه الواقعة؛ هل هي من قسم التصرفات القانونية أم من قسم الواقعة

لما كان التكليف عملاً اجتهادياً فإنّ صلاحية القيام به لا تقتصر على القاضي فحسب، بل تمتد لتشمل كل من يحتاج الواقع إلى نظره للكشف عن حكمه؛ كالفقيه وأطراف العلاقة القانونية أو النزاع فضلاً عن المشرّع. فالقاضي يكيّف المراكز التي تطرح عليه والحكم الذي يصدره بناء على تحديده لطبيعة الواقعة أو العلاقة وضّمّها إلى نظام قانوني، فسلطة تكليف الوقائع تعني سلطة تطبيق القانون.

والأشخاص يكيّفون تصرفاتهم القانونية وموضوع التصرف، وفي القوانين الإجرائية يجد هذا الأمر مستنده وفي حدود القضاء في نطاق القانون الخاص في مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المجابهة بالدليل المتفرّع عنه. فيقع على الأطراف عبء تكليف ادعاءاتهم، ويقتصر دور القاضي على فحص مشروعيتها. وأما الفقيه والمشرّع فيملكان تكليف ذلك كلّ، وبعبارة أخرى يملكان تكليف كل ما يصلح أن يرد عليه التكليف<sup>(١٧)</sup>.

ولو عرضنا ذلك من وجه آخر أو بعبارة أخرى لقلنا، إنّ التعرف إلى الواقع سابق على التعرف إلى الحكم من حيث إنّ الواجب معرفة الواقع أولاً ليتسنى للناظر معرفة الواجب في الواقع من ثمّ، لأنّ الواجب في الواقع هو في حقيقته ما يصلح له هذا الواقع من حكم شرعي أو قانوني يقوم به النظام وتتحقق به المقاصد<sup>(١٨)</sup>، بل إنّ في تقسيم القواعد القانونية

ثمّ التعرف إلى النهي الشرعي أو القانوني ومحله، بمعنى أنّ النهي انصبّ على عناصر العقد كأن يمنع الشرع أو القانون التعامل بمحال معينة كالمخدرات مثلاً، أو أنّ النهي انصبّ على أمر خارج عن ذاتيات العقد كالنهي الشرعي عن البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة أو النهي عمّا يصيب الإرادة بعيب من الإكراه والتعريض مع الغبن والاستغلال، وفي ضوء ذلك كان تقسيم العقد من حيث المشروعية عند الحنفية إلى: عقد صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه، وعقد فاسد وهو المشروع بأصله دون وصفه، وعقد باطل وهو اللامشروع بأصله ووصفه. وأصل العقد ذاتياته. وقد أخذ بهذا التكليف المشرع الأردني في المواد ١٦٧ و ١٦٨ و ١٧٠ من القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

١٧. شحاته، محمد نور، سلطة التكليف في القانون ...، ص ١٧٣.

١٨. وعلى سبيل المثال فإنّ تحديد مشروعية العقد يتطلب التعرف إلى عناصر العقد المكوّنة له، أي ركنه ولوازمه غير المنفكّة عنه كالمحل، بحسب نظر الحنفية.



ذاته جاء حكم المادة ٤٠١: "إذا كانت قيمة المال المبيع وفاءً زائدة عن مقدار الدين، وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، أما إذا كان بلا تعدٍ فلا يلزم المشتري أداء تلك الزيادة.

أما بخصوص قسمة المال الشائع فقد جاء في المادة ١١١٤: "القسمة هي تعيين الحصص الشائعة. يعني إفراد الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل". فغرقت المادة القسمة وبيّنت معنى تعيين الحصص الواردة في التعريف. وإذا كان حقيقة القسمة بحسب منظور المجلة إفراد الحصص بعضها عن بعض وإرجاع الحال إلى ملكيات مفرزة، فإن ذلك يفيد أن الأصل في الملكية كونها ملكية مفرزة وأن الشيوع لا يعدو عن كونه اجتماع أكثر من ملكية مفرزة في وضع قانوني جديد يعرف بالملكية الشائعة، وأن القسمة لا تعدو عن كونها إنهاءً لهذا الوضع الطارئ وإعادة الأمر إلى أصله من كونه ملكية مفرزة.

ومعلوم أن هذا التكييف يرتب أحكاماً تناسبه منها: أن التصرفات التي أجراها الشريك وقت الشيوع على جزء وقع في نصيبه بالقسمة تعتبر تصرفات صحيحة نافذة لأنها صدرت من مالك بحسب ما كشفت عنه القسمة، وكذلك لو بنى في الجزء الذي وقع في نصيبه، وتعدّ تصرفات باقي الشركاء دون إذن هذا المالك في هذا الجزء موقوفة على إجازته؛ لأنها تصرف في ملك الغير، وكذلك لو بنى شريك في هذا الجزء دون إذن باقي الشركاء ولم يقع في ملكه، لزمه أحكام الاتصال وبالأخص ما يتعلق منها بسيء النية، فيلزمه رفع هذه المحدثات على نفقته، فإن كان ذلك مضرراً بالأرض تملكها صاحب الأرض بقيمتها مستحقة للقلع. إلا أن الشيوع حالة واقعة، فكان لا بد أن يكون لها نصيب من الآثار في هذا الصدد على أن لا تتعارض هذه الآثار مع الأصل المذكور آنفاً ما أمكن ذلك. وفي هذا النطاق نصت المادة ١١١٦؛ "القسمة من جهة إفراد ومن جهة مبادلة"، وجاء في شرح المادة لسليم رستم: أي أن القسمة سواء كان من المتليات أو من القيميات تشتمل، على معنى الإفراد وهو أخذ عين حقه، وعلى معنى المبادلة وهو أخذ عوض حقه. وذلك ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على نصيبين فكان ما أخذه كل منهما نصفه ملكه ولم يستفد منه صاحبه فكان إفراداً، والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما في يد صاحبه فكان مبادلة. وللمحافظة على الأصل في القسمة وردت أحكام المادتين ١١١٧ و١١١٨. فجاء في الأولى: "جهة الإفراد في المتليات راجحة"، وجاء في الثانية: "جهة المبادلة في القيميات راجحة". وجاء في شرحهما لسليم رستم: أن المثلي إذا أخذ بعضه كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكماً لوجود المماثلة بخلاف

المادية؟ ثم ينتزل بعد ذلك إلى ما هو أخص فينظر الواقعة إن كانت تصرفاً قانونياً؛ هل هي عقد أم هي إرادة منفردة؟ وإذا كانت عقداً ينتقل إلى أنه من طائفة العقود المسماة أم هو عقد غير مسمى؟ ويسبق هذا ضرورة التعرف إلى ماهية العقد ومشروعيته من حيث كونه عقداً صحيحاً أو فاسداً، وقد يكون باطلاً. وقد يكون العقد المشروع مركباً، وقد يكون هذا التركيب مثاراً للجدل لكونه مجملاً بحق غير المشرع مما يتطلب تدخله للبيان<sup>(١٩)</sup>. وإذا

١٩. مثال ذلك ما ورد في مجلة الأحكام العدلية بشأن بيع الوفاء و قسمة المال الشائع. فقد غلب المشرع أحكام الرهن على أحكام البيع في بيع الوفاء، وذلك تكييفاً منه على أن هذا البيع في حقيقته صورة من صور عقد الرهن. فذكر في المادة ٣٩٦: "كما أن للبايع وفاءً أن يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشتري أن يرد المبيع ويسترد الثمن". وجاء في شرح المادة للأستاذ سليم رستم باز. وإذا اتفق المشتري مع البائع على أن يرد له المبيع إذا رد له مثل الثمن في وقت كذا، ثم جاء الوقت وامتنع البائع عن رد مثل الثمن فإنه يؤمر ببيع المبيع وقضاء الثمن من ثمنه، فإن أبي باعه الحاكم عليه. وإن كان البيع بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهن وكذا لو وضع على أصل المال ربحاً أفاده في البزازية. وذكر في موضع آخر أنه لو أجره من البائع، قال صاحب الهداية: الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنها قصداً بالبيع الرهن لا البيع، فلا يحل للمشتري الانتفاع به. وننبه إلى أن ما ذكر أخيراً هو تكييف فقهي.

قلت: وظاهر أن هذه الأحكام لا تجري على عقد البيع المحض والذي هو أبرز عقود التملك، لأنه عقد لازم لطرفيه، فضلاً عن كونه عقد معاوضة وملزم للجانبين. وأكدت سلطة تشريع المجلة هذا الاتجاه في مواد أخرى. فقد جاء في المادة ٣٩٩: "إذا كانت قيمة المال المبيع وفاءً مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته". وفي المادة ٤٠٠: "إذا كانت قيمة المال المبيع وفاءً ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع". وفي السياق

منها، وليس المعنى المراد منها سوى الحكم ونطاقه وشروطه. وهي مرحلة سابقة على مرحلة تطبيق القانون، وذلك هو التفسير<sup>(٢٢)</sup>. فالتفسير بعبارة أخرى هو إعمال النظر في النصوص الشرعية أو القانونية للكشف عن الحكم المقصود للمشرع كلما قصرت عبارات النص عن هذا البيان أو الكشف بظاهرها. والكشف عن الحكم الشرعي قد يكون بإزالة غموض نص، أو بتحديد نطاقه أو تبين أفراده من خلال تخصيص عام أو تقييد مطلق، وقد يكون من خلال توسيع نطاق الحكم كما هو العمل بالقياس<sup>(٢٣)</sup>. وسنأتي على بيان ذلك قريباً.

٢٢. الشرقاوي، جميل، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٩٢-١٩٣. والسنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، ص ٢٣٥. مرقس، سليمان، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، ص ٢٣٥-٢٣٦. وكيرة، حسن، المدخل إلى القانون، ص ٣٩٧.

٢٣. ويشتهر التأويل بالتفسير إلا أن لكل منهما مفهوم مستقل عن الآخر. فـ "التأويل: مصدر أول، وأصل الفعل؛ آل الشيء يؤول أولاً: إذا رجع، تقول آل الأمر إلى كذا، أي رجع إليه. ومعناه: تفسير ما يؤول إليه الشيء، ومصيره. وفي اصطلاح الأصوليين، التأويل: صرف اللفظ عن المعنى الظاهر إلى معنى مرجوح، لا اعتضاده بدليل يصير به أغلب على الظن من المعنى الظاهر". الموسوعة الفقهية ١٠/١٣٥، نقلاً عن؛ المستصفي ١/٣٨٧، وروضة الناظر ص ٩٢، والأحكام للآمدي ٢/١٣٥، والتعريفات للجرجاني، ولسان العرب، والمصباح المنير مادة (أول)، وإرشاد الفحول، ص ١٧٦. ويشترك التأويل والتفسير في أن كلاً منهما عملية اجتهادية باستثناء التفسير التشريعي فإنه تفسير له قوة المفسر في الإلزام. وكذلك يشتركان في أن الغرض من كل واحد منهما هو بيان ما هو المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي يسري عليهما. ورغم هذا الشبه فإنهما يختلفان في فروق جوهرية أهمها ما يأتي:

كانت الواقعة واقعة مادية، هل هي فعل مادي أم واقعة طبيعية؟ وإذا كانت فعلاً مادياً هل هي من أفراد الفعل النافع أم من أفراد الفعل الضار؟

ومن هنا كانت وظيفة التكييف الأساسية هي:

"تعيين الوقائع وموضوعها وطبيعتها، وهي دعائم يقوم عليها التشريع وكذلك النظر الفقهي في التشريع، ولذلك نراها تفرض في النزاعات القضائية كمسألة مستقلة عن إرادة الخصوم والقاضي، فالقاضي لا يمكنه قانوناً أن يقبل تكييفاً خاطئاً ولو اتفق عليه أطراف الخصومة. على أن التكييف في نطاق الخصومة ثلاث وظائف؛ فهو أولاً أساس ادعاءات الأطراف، ثم إنه بعد ذلك يعدّ أساس القرار القضائي، ويمكن أن يكون أيضاً التكييف المنازع في القرار (الإداري أو القضائي) موضوعاً للخصومة"<sup>(٢٤)</sup>.

### المبحث الثاني: تمييز التكييف من التفسير

التفسير في اللغة: الكشف والإظهار والتوضيح. وفي الاصطلاح: لا يخرج عن المعنى اللغوي، وغلب في تفسير القرآن، والمراد به، كما قال الجرجاني: توضيح معنى الآية، وشأنها، وقصتها، والسبب الذي نزلت فيه، بلفظ يدلّ عليه دلالة ظاهرة<sup>(٢٥)</sup>. ومن اللازم لتطبيق أية قاعدة قانونية على العلاقات القائمة في المجتمع، وما يجد فيها من الوقائع تحديد مضمون القاعدة، أي المعنى المراد

القيمي: أما بشأن القيمي؛ فوجود التقاوت بين أبعاضها فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه.

٢٠. شحاته، محمد نور، سلطة التكييف في القانون...، ص ١٥، ١٠٦-١٠٥ بتصرف.

٢١. الموسوعة الفقهية، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٥، ١٣/٩٢.

النص، وإكمال نقصه، وتعديل اضطرابه، ورفع التعارض بينه وبين نص آخر<sup>(٢٤)</sup>.

### موازنة بين التفسير والتكييف

لقد تبين لنا في المبحث السابق أنّ متعلّق التكييف هو الواقع، والذي هو مجموع الوقائع القانونية من تصرفات قانونية ووقائع قانونية غير إرادية؛ أفعال مادية ووقائع طبيعية. وأنّ حقيقة وظيفة التكييف أنه وسيلة للكشف عن صفة الواقعة لحكمها بقاعدة قانونية تشرّع في ضوئها أو لضمّها إلى نظام قانوني معين.

والتفسير سواء أكان تشريعياً أم قضائياً أم فقهيّاً هو وسيلة المفسّر للكشف عن الحكم الشرعي أو القانوني لإيقاعه على أرض الواقع. إلا أنّ التفسير يفارق التكييف في أنّ متعلّقه النصوص الشرعية وليس الواقع، فاشتركا في الوظيفة والغاية.

أما اشتراكهما في الوظيفة فمن حيث أنّهما وسيلة كشف، وأما اشتراكهما في الغاية فمن حيث أنّ المنتهى هو إيقاع الحكم الشرعي أو القانوني على الواقعة بحسب ما كان مراداً للمشرع أو بما يحقق مقاصد التشريع.

وفارق التفسير التكييف من حيث نوع وسيلة الكشف. فوظيفة التفسير الكشف عن مراد المشرّع وذلك يكون بالكشف عن صفة الخطاب الشرعي أو القانوني من كونه خطاباً؛ عاماً أو خاصاً<sup>(٢٥)</sup>، وإذا كان عاماً فهل

٢٤. السنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، ص ١٦٣.  
 وشريف، محمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف العراقية، ١٩٨٢، ص ١١-١٣.  
 ٢٥. الخاص هو اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الأفراد أو لعدد محصور، وهو إما واحد بالشخص أو بالصنف، أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس. والعام في اللغة بمعنى الشامل، يقال مطر عام أي شامل. وفي

وذلك كان للتفسير عند القانونيين معنيان: ضيقّ وواسع. وهو بمعناه الضيقّ: إزالة غموض النصّ أيّاً كان سبب الغموض. أما المعنى الواسع له فيراد به: إزالة غموض

- التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك، في حين أن التفسير هو استجلاء الغموض الموجود في النص.
- التفسير قد يكون من الشارع (أو المشرع) ويسمى تفسيراً تشريعياً، وقد يكون من الفقيه ويسمى تفسيراً فقهيّاً، وقد يكون من القاضي ويسمى تفسيراً قضائياً، في حين أن التأويل لا يتصوّر من الشارع (أو المشرع) إلاّ عند من يرى أن التخصيص والتقييد تأويل.
- القاضي ملزم بالتفسير عندما يجد النص غامضاً، في غير المسائل الجنائية، لأن ليس له إهماله بحجة الغموض وإلاّ اعتبر ناكراً للعدالة بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.
- التفسير التشريعي يجعل النص المفسّر قطعي الدلالة على المعنى (الحكم) المراد في حين أن النص المؤول يبقى ظني الدلالة في كلا معنييه (الراجح والمرجوح).
- النص المؤول يحتمل معنيين فأكثر (المعنى الراجح والمرجوح) بخلاف المفسّر.
- وسائل التفسير والإيضاح تكون أقوالاً وأعمالاً كما فسّر الرسول، ﷺ الصلاة والحج بأقواله وأفعاله ثمّ قال لأصحابه: "صلّوا كما رأيتموني أصلي" و"خذوا عني مناسككم" في حين أن التأويل لا يكون إلاّ بالأقوال.
- الباحث الدافع للتفسير إزالة غموض النصّ أما التأويل فباعتبه مصلحة أو حاجة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص من معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر. الزلمي، مصطفى، أصول الفقه في نسجه الجديد...، ط١، المركز القومي، الأردن، ١٩٩٩، ص ٤١٢-٤١٣.

هو مخصوص<sup>(٢٦)</sup>؟ وقد يكون اللفظ خاصاً يراد به العام<sup>(٢٧)</sup>، وإذا كان اللفظ خاصاً، فهل هو مطلق أم مقيد<sup>(٢٨)</sup>؟ ومن حيث وضوح

أو خفاء دلالة اللفظ أو النص هل هي دلالة قطعية أم ظنية أم غامضة<sup>(٢٩)</sup>؟ ومن حيث علة الحكم هل هي متعددة حتى يجوز القياس فيها، وهو الأصل في العلل، أم قاصرة لا يجوز إجراء القياس بموجبها<sup>(٣٠)</sup>. بينما وسائل

اصطلاح الأصوليين هو لفظ موضوع لمعنى واحد بحيث يشمل جميع ما من شأنه أن يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة مالم يتم دليل على خلاف ذلك. والمعنى الأعمّ مما ذكر أن العام: هو الأمر الشامل لكل ما يمكن أن يتناوله دفعة؛ لغة أو عرفاً أو عقلاً. الزلمي، مصطفى، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٢٥٧ و٢٩٣-٢٩٤.

٢٦. التخصيص عند الأصوليين هو قصر (حكم) العام على بعض أفراده بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص أو مستقل عنه. فالتخصيص بمثابة عملية الطرح في الرياضيات. الزلمي، مصطفى، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٣١٤.

٢٧. قد يكون النصّ خاصاً في صياغته ولكنه عام في حكمه؛ كالخطاب الموجّه إلى النبي المراد به كل إنسان متزوج يريد أن يطلق زوجته في قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن..". ومن قبيل الخاص المراد به العام أيضاً قوله تعالى: "لئن أشركت ليحبطن عملك"، وقوله تعالى: "ولا تكن للخائنين خصيماً". الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٣٠٦-٣٠٧.

٢٨. المطلق؛ لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع أو أصناف (أو أفراد) يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل التقييد؛ فإذا قيل: فلان ارتكب جريمة، أو زرع زراعة أو اشترى حيواناً أو عمل تزويراً، أو باع سيارة أو غرس نخلة، يكون كل من: جريمة وزراعة وحيوان، مطلقاً وجنساً شاملاً لكل نوع من أنواعه على سبيل المناوبة، كما يكون كل من؛ تزوير وسيارة ونخلة أيضاً، مطلقاً ونوعاً يحتمل كل صنف مندرج تحته على سبيل التناوب. وبهذا التعبير يُعدّ المطلق من الخاص باعتبار معناه، ومن المشترك المعنوي باعتبار ما يندرج تحت هذا المعنى من الأنواع والأصناف. الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٢٧٩. وفي مجلة الأحكام العدلية (م ٦٤) والمنصوص عليها في المادة ٢١٨ من القانون المدني الأردني أنّ المطلق: يجري على إطلاقه إذا لم يتم دليل التقييد نصاً أم دلالة. أما المقيد فهو عبارة عن المطلق

مع إضافة قيد أو أكثر يقلل من شيوعه ويبين أن المراد منه نوع من أنواعه أو صنف من أصنافه أو غير ذلك. ومن الأمثلة القانونية على ذلك ما ذكرته المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي: لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو. فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل أما قبله فإنه جائز. وإذا ورد لفظ في نص مطلقاً وفي نص آخر مقيداً فإنّ المطلق يحمل على المقيد بالإجماع في حالة اتحادهما في الحكم والسبب إذا كانا مثبتين ولم يكن تشريع المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق، وإذا كانا منفيين أو كان المقيد متأخراً عن العمل بالمطلق فمذهب الجمهور حمل المطلق على المقيد في هذه الحالة أيضاً، واختلف الأصوليون في حمل المطلق على المقيد إذا اتحدا في الحكم واختلفا في السبب، وإذا اتحدا في السبب واختلفا في الحكم. الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٢٨١-٢٩٢.

٢٩. المراد بقطعية الدلالة هو أنّ اللفظ أو الكلام أو النص يدلّ على المعنى أو الحكم المراد به دلالة يقينية بحيث لا يحتمل غيره ما لم يتم دليل على خلاف ذلك. وهذه القطعية أو اليقينية إما ذاتية تابعة من ذات الصيغة الدالة وإما عرضية ناتجة من تفسيرها تفسيراً غير اجتهادي كالتفسير التشريعي... وتكون دلالة النصوص وصيغ العقود ووسائل الإثبات ظنية إذا كان الدال محتملاً لأكثر من معنى أو حكم، ولو كانت هذه الدلالة متفاوتة وضوحاً أو خفاءً. وقد أجمع علماء الأصول والفقهاء على جواز الاكتفاء بالظن في الفروع (الأحكام الفقهية والقضائية). أما الغامض فهو لفظ أو كلام لا تكون دلالاته على المعنى أو الحكم المراد واضحة وهو يشمل الأقسام الأربعة لغير واضح الدلالة (الخفي والمشكل والمجمل والمتشابه) في التقسيم الرباعي، والمجمل والمتشابه في التقسيم الثاني. الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ص ٣٩٨ و٤٠٤ و٤١٣.

٣٠. القياس في اصطلاح علماء الأصول له تعريف كثيرة تدور حول معنى واحد وهو إلحاق أمر لم يدلّ على

ورغم التباين في محل التفسير والتكييف إلا أن ذلك يمثل حالة تكامل في عملية تشريع الأحكام وتطبيقها على أرض الواقع، فلا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، ذلك أن اللازم لهذا التشريع والتطبيق سعيًا نحو تحقيق مقاصد التشريع معرفة الواقع ومن ثمّ تحديد الواجب في الواقع<sup>(٣١)</sup>.

ومعرفة الواقع وظيفية التكييف، ومعرفة الواجب في الواقع تدخل في نطاق وظيفة التفسير. وغالباً ما يكون ذلك للانتقال بالواقع مما هو كائن إلى ما يجب أن يكون عليه.

والأصل أن الحاجة قائمة عند النظر لتبيين الحكم الشرعي في الواقعة إلى التكييف والتفسير معاً، إذا حملنا المراد من التكييف على مطلق تبيين الواقع، ومن التفسير على مطلق التعرف إلى الحكم المراد للمشروع. وهذا هو الأصل.

أما إذا قيّدنا المراد من التكييف بتبيين حقيقة وصفة الواقعة غير الواضحة في ذلك، وقيّدنا التفسير بإزالة غموض النص فقط، فإن الحاجة قد تقع إلى أحدهما دون الآخر، كأن تكون الواقعة ظاهرة في صفتها وانتسابها إلى هذا النظام القانوني أو ذاك، ولكن النص الذي يحكمها غير واضح في دلالاته، فنظير الحاجة هنا إلى التفسير دون التكييف، وقد ينعكس الأمر فنظير الحاجة إلى التكييف دون التفسير.

التكييف في الكشف عن حقيقة الواقعة وصفتها هي عادة تحليل الواقعة إلى عناصرها المكونة لها، والكشف عن رابط يربط الأسباب التي تضمنتها الواقعة للتعرف، يقيناً أو ظناً، إلى حقيقة أنها أفضت إلى أثر معلوم في الواقعة أو نتيجة معلومة، فهي طرق عقلية في دراسة الواقع وفي الكشف عن حقيقة الواقعة المنظورة.

حكمه نصّ خاص ظاهر بأمر آخر منصوص على حكمه في حكمه لاشتراكهما في العلة الموجبة لتشريع هذا الحكم. فالقياس هو استدلال بعلة حكم مسألة منصوص عليه على وجوده في مسألة مشابهة تتوفر فيها هذه العلة. والعلّة، في حقيقتها، هي المصلحة المتوخاة من تشريع الحكم المعلل بها من جلب منفعة للإنسان أو دفع المضرة عنه، غير أن هذه المصالح أو العلل منها ما يدركه العقل فتسمى: معقولة المعنى ويجري فيها القياس، ومنها ما لا يدركها العقل فتسمى تعبدية ولا يجري فيها القياس، لأنّ القياس فرع تصوّر العلة وهي ركن من أركانه. الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ص ١١٢-١١٣ و١١٦-١١٧.

أقول؛ إلا أن السابق لإلحاق الواقعة غير المنصوص على حكمها بحكم الواقعة المنصوص عليه إدراك هذه الواقعة، وإدراك أنها تنزوي أو تنضم إلى نظام تشريعي أو قانوني معين لتأخذ حكمه، وذلك هو التكييف. ويراد بالعلة القاصرة بأنها التي: لا توجد في غير الأصل فلا يمكن أن تكون أساساً للقياس. ولهذا لما عللت الأحكام التي هي من خصائص الرسول ﷺ، بأنها لذات الرسول لم يصح فيها القياس. كذلك لا يصح تعليل الخمر بأنها نبيذ العنب تخمر، ولا تعليل تحريم الربا في الأموال الربوية بأنها ذهب أو فضة. وبعض الأصوليين خالف في اشتراط هذا الشرط في العلة. وينبغي أن لا يكون في اشتراط هذا الشرط خلاف، ما دام المقصود هو شروط العلة التي هي ركن القياس وأساسه. لأنه لا تكون العلة أساساً للقياس إلا إذا كانت متعددة، أي أمراً غير خاص بالأصل ويمكن وجوده في غيره. خلاف، عبد الوهاب، ط ٨، علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، ص ٧٠.

٣١. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٧، ٨٧-٨٨.

## الفصل الثاني: التفريق القضائي بين الزوجين للعيب وأثر التكليف في اختلاف الأحكام الفقهية فيه

### تمهيد

أحكام الشريعة معللة بتحقيق مصالح العباد، وهذا ما ثبت باستقراء نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية، وإجماع الأمة<sup>(٣٢)</sup>.

وميزان المصالح شرعي موضوعي وليس شخصياً ذاتياً، فالشرع اعتبر ما به صلاح العباد في معاشهم ومعادهم من المصالح، وألغى ما يحقق نفعاً لشخص وفئة قليلة على حساب ضرر المجتمع، أو ما يغلب مصلحة دنيوية مادية على مصلحة دينية، أو يغلب مصلحة خاصة مرجوحة على مصلحة خاصة راجحة، وهكذا<sup>(٣٣)</sup>.

والمصالح على نوعين؛ أحدهما: إيجابي، وهو جلب منفعة، والثاني: سلبي، وهو درء مفسدة (مضرة)<sup>(٣٤)</sup>.

وبحثنا ينصب على النوع الثاني، درء المفسد أو المضار المتمثلة بالأثر السلبي للعيب على الحياة الزوجية. على أنه لا يلزم من وحدة العلة وحدة السبب المفضي إليها، فقد تتنوع الأسباب ويبقى حكمها واحداً لوحدت علة حكمها، ذلك أن الحكم مرتبط بعلة يدور معها وجوداً وهدماً، لأنها هي الباعثة على تشريعه، أو الموجبة له، على اختلاف في التعبير عنها عند علماء أصول الفقه الإسلامي<sup>(٣٥)</sup>.

والضرر<sup>(٣٦)</sup> الذي يظهر أو يعلم بعد إبرام عقد الزواج، قد يكون سببه عيباً مادياً أصاب الزوج أو الزوجة يتعذر أو يتعسر معه الاستمرار بالحياة الزوجية بما يحقق الحكمة

٣٥. التفقازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢/٦٣-٦٢. والأنصاري، محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، دار العلوم الحديثة، بيروت، ٢/٢٦٠. والأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ٣/١٨٦. والأسنوي، نهاية السؤل، ٣/٢٨-٣٠. والشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، ص ٢٠٧.

٣٦. الضرر ضد النفع، والضرر النقصان يدخل في الشيء يقال: دخل عليه ضرر في ماله. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، فصل الضاد من باب الراء. يقول الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٥، ج: ٨/٤٣٧. ثم يعرف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي، وكأنهم تركوه لمعناه اللغوي وأن هذا المعنى هو المراد من الضرر شرعاً. وربما عرفوه بذكر بعض الأمثلة له، ويقولهم: انه لا يجوز شرعاً...". أقول: الشيء يعرف بضده. فالضرر هو ما يناهض حكمة الزواج (السكن والمودة والرحمة)، فلزم أن كل سبب يفضي إلى مناهضة حكمة الزواج هو سبب موجب للضرر شرعاً درؤه ما لم يرض من وقع عليه الضرر بتحملة.

٣٢. الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩، ٢/٣-٤. والأمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨، ٣/٦٢ و٨١. والرازي، محمد بن عمر، المحصول في أصول الفقه، ط١، من مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ١٩٨١، ٢/٣٩١، والأسنوي، جمال الدين، نهاية السؤل في شرح منهاج الإمام البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر، ٣/٤٤. وأميربادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١، ٣/٣٠٦.

٣٣. الزلمي، مصطفى، أصول الفقه في نسيجه الجديد... ص١٣٦-١٣٧.

٣٤. الغزالي، محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، دار العلوم الحديثة، بيروت، ١/٢٨٦-٢٨٧.

حكمة العقد أو يضعف جانبها، وهو ما نسميه بـ (العيب)، ولم يعلم به الطرف الآخر.

وبالتالي كان قبول من ثبت له الخيار بهذا العقد مع وجود العيب بالطرف الآخر وعلمه به رضاً إضافياً، نقطع به استصحاب حكم عدم القبول لقيام الدليل على ما يخالفه.

والشرع أو القانون لا يتدخل بمنع انعقاد العقد للعيب لأنّ بناء العقد لم يختل من حيث توافر أركانه، ولأنّ حكم التفريق للعيب جاء مراعاة لمصلحة خاصة بمن ثبت له الخيار، وهو أولى به، فله استعماله أو الامتناع عن استعماله.

ولما كان في إنشاء الزواج وديمومته مراعاة لمصلحة عامة من حيث أنّ الأسرة نواة المجتمع وتماسكها عماد تماسكه، حاول الشرع التضييق من نطاق العمل بالتفريق للعيوب. فذهب رأي فقهي إلى محاولة إغلاق أي باب يفضي إلى توسيع هذا النطاق الضيق بظنه بالقول أن لا خيار في غير العيوب المذكورة في كتب فقه الأقدمين، من حيث إنّ حكم الخيار قاصر على ما ذكر فيها من العيوب، وبالتالي لا يجري القياس عليها. بينما ذهب أنصار الرأي الآخر إلى القول بعدم قصر التفريق على ما ذكر من العيوب عند المتقدمين، من حيث إنّ هذه العيوب جاءت بصيغة التمثيل لا الحصر؛ لأنّ الجامع فيها أنّ مصالح النكاح لا تقوم معها أو تختلّ بها، وبالتالي هي معللة بالضرر الفاحش، أو بالضرر بسبب العدوى، أو بالضرر المعنوي لعدم القدرة على الوطاء، ومن ثمّ جاز القياس

منها، من التناسل أو السكنينة والمودة والرحمة.

وقد ينتفي العيب المادي ويظهر عيب معنوي أخلاقي، أو تباين حادّ وتنافر في الطباع بين الزوجين مما يورث شقاقاً ونزاعاً يترتب عليه ما ترتب على السبب الذي قبله من تعسر الاستمرار بالحياة الزوجية بما يحقّق حكمها.

وقد يتحقّق الضرر بإعسار الزوج عن القيام بالتزاماته المالية من النفقة ودفع المهر وقد يكون الضرر مادياً ومعنوياً سببه غياب الزوج أو فقده أو ما في حكمهما، كالهجر والحبس.

#### التفريق للضرر بسبب العيب

تتمايز العقود فيما بينها بتمايز حكمها أو الغايات المترتبة عليها، وهي تراد لغاياتها إذ العقود وسائل، فهي غير مرادة لذاتها بل لغيرها. فعقد الزواج مراد لتحقيق التناسل لحفظ النوع البشري، ولتحقيق التكامل بين الزوجين، والذي يعتر عنه بالسكنينة والمودة والرحمة وهو ما جاء به النص القرآني<sup>(٣٧)</sup>.

وعقد الزواج عقد رضائي من حيث أنّ الأصل في العقود الرضائية، ورضا كل طرف من أطرافه رضاً منه بالعمل لتحقيق غاية هذا العقد، وليس رضاً قاصراً على إبرام العقد بإكمال صيغته فقط.

فأمكن، بناء على ذلك، استصحاب عدم الرضا متى قام سبب في أحد الأطراف يعطل

٣٧. قال تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم

أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"

الروم: ٢١.

ما يجب أن يكون عليه الزواج هو عملية تكليف.

وهذه العيوب منها ما يخصّ به الرجال، ومنها ما تخصّ به النساء، ومنها ما هو مشترك بينهما، وفي ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

#### المبحث الأول: التفريق للعيوب الفاصرة على الزوج

العيوب التي إذا أصابت الزوج جاز للزوجة طلب التفريق من القاضي بسببها هي، الجبّ، والعنة، باتفاق الفقهاء، واختلفوا في عيب الخصاء. معلين ذلك بأن: "عامّة مصالح النكاح يقف حصولها على الوطء، فإنّ العفة عن الزنا والسكن والولد لا يحصل إلاّ بالوطء ولهذا يثبت الخيار" (٣٩).

#### المطلب الأول: الجبّ

الجبّ، معناه القطع، والمجبوب: من استوصل ذكره وخصياه (٤٠). وهو كذلك عند الحنفية والمالكية (٤١). وعند الشافعية والحنابلة، هو من قطع ذكره كله أو بعضه مع بقاء ما لا يمكن الوطء به (٤٢)، وهو مخل بالاستمتاع (الوطء) الذي هو مقصود أصلي في النكاح.

عليها (٣٨). وبهذا الاتجاه أخذ (المشروع) في المادة ١٠٦/أ منه ونصّها:

"إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة، كالجنون والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما ...، جاز له أن يطلب فسخ الزواج، سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده".

ومن خلال ذلك نجد أنّ العيب بالوصف المذكور معيب للرضا، مخلّ بتوازن الالتزامات المتقابلة لأطراف العقد، مخلّ بحكمة الزواج أو معطل لها فيتعدّر أو يتعسر معه الاستمرار بالحياة الزوجية. وذلك له بعد سلبي على طرفي العلاقة التعاقدية وعلى نسلهما حال إلزامهما بهذه العلاقة المختلة مع رفض القبول بها، وعلى المجتمع الذي تمثل الأسرة فيه نواته. ولو تحققنا لوجدنا أنّ مردّ كل هذه الآثار أمر أصاب الواقع وتعلّق بأحد أطراف العقد أو بكليهما ألا وهو العيب، رغم أنّ العقد مكتمل البناء بأركانه وشروط انعقاده وصحته ونفاذه. وإدراك هذا الواقع بهذه الآثار وما يلزم فيه من أحكام للانتقال به إلى

٣٨. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ٣٢٧/٢. وابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ٢/٣٩-٣٨. والشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ٣/٢٠٣. ولين قدامة، عبد الله بن أحمد، المعنى على مختصر الخرق، مكتبة الرياض، السعودية، ١٤٠٠، ٦/٦٥٣-٦٥٢. وبالانتجاه الواسع اخذ قانون الأحوال الشخصي الأردني في المادة ١١٦ منه. السرطاوي، محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص٤٨٣.

٣٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٣٢٧. ٤٠. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، ١/٤٢٩. ٤١. النسفي، عمر بن محمد، طلبية الطلبة، دار الطباعة العامرة، ص١٠١. ٤٢. الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، ١٤١٥، ٢/٤٢١. منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠، ٣/٩٤. وهو أحد معانيه أيضاً عند الحنفية. السيواسي، محمد بن عبد الله، شرح فتح القدير، دار الفكر، ٤/٣٠٠.



يورث اليأس من الوطاء، واستدامة الوطاء بعقد النكاح حق للزوجة كما هو حق للزوج<sup>(٤٥)</sup>. فكان اختلافهما في ضمّ واقعة استدامة وطء الزوجة إلى نظام الواجب ديانة أو الواجب قضاء، وهو عملية تكييف، سبباً لاختلاف الأحكام الفقهية بهذا الصدد. وبالالتجاه الأخير أخذ (المشروع) في المادة ١٠٦/ج ونصها: "على أن حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة عن المتعة الجنسية لا يسقط بحال".

وفي ضوء ما تقدم تبين لنا أن إيجاب الخيار لها لما في الجبّ من تفويت حقها في الاستمتاع، وقد ثبت لها عدم قدرته على أداء حقها المذكور وهو حق خالص لها فكان لها الخيار. وثبوت الخيار في نطاق العقود عموماً يعني أن العقد قد ضمّ إلى نظام العقد غير اللازم - لطرف واحد - بعد أن كان قبل العيب لازماً لطرفيه. وظاهر أن مصدر هذا الخيار أو سببه ليس طبيعة العقد لأنه عقد لازم من حيث الأصل، وليس سببه اتفاق الطرفين، بل مصدره الشرع الذي جعل من

والواقع في هذه الجزئية لا ينصلح بغياب المقصود الأصلي. ولما كان المجهوب لا أمل له بتغيير حاله لفقده لآلة الجماع، لم يؤذن للقاضي بتأجيل المجهوب سنة كما في حالة العينين الذي سنتبين أحكامه في المطلب القادم، "لأنّ التأجيل في العينين لرجاء الوصول، وذلك في المجهوب لا يوجد، فالمقطوع من الآلة لا يثبت، فلهذا فرق بينهما في الحال"<sup>(٤٣)</sup>. فكان الفاصل في اختلاف حكمهما هو إمكانية أداء حق الزوجة بالوصول إليها، وهو متعذر في المجهوب ومرجو حصوله في العينين.

وإذا ثبت كون الزوج مجبوباً قبل الدخول إما بإقراره أو بثبوته بعد التحري من أهل الخبرة ثبت للزوجة خيار التفريق. وأما إصابته بالجب بعد الدخول فمحل خلاف بين الفقهاء من حيث ثبوت خيار الزوجة به، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في أحد الوجهين إلى أن لا خيار لها، لأن حق الزوجة في الوطاء يحصل بمرة واحدة، وما زاد على ذلك لا يجب على الزوج قضاء ويجب ديانة<sup>(٤٤)</sup>. وفي ذلك تقييد لحق الزوجة في الاستمتاع.

وذهب الشافعية والحنابلة في الوجه الآخر إلى ثبوت الخيار للزوجة مطلقاً، لأن الجبّ

٤٥. الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤، ج٦/٣١١. الشرواني، عبد الحميد، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، دار الفكر، بيروت، ٣٤٧/٧. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢، ٤٤/٣. وابن قدامة، المغني، ٦٥٣/٦-٦٥٤.

٤٣. السرخسي، محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦، ١٠٣/٥. السيواصي، شرح فتح القدير، ٣٠٠/٤. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب، دار الفكر، بيروت، ٤٩/٢.

٤٤. داماد أفندي، عبد الله بن محمد، مجمع الأئمة في ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١/٤٦٣. وابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ٤٩٥/٤. والدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ٢/٢٧٩. وابن قدامة، المغني، ٦٥٣/٦.

هو ظاهر الرواية عند القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي. وقيل إن ظاهر الرواية يفيد أن:

"إن تخير المرأة من القاضي هو تفويض الطلاق إليها، فكان اختيارها الفرقة تقريباً من القاضي من حيث المعنى لا منها، والقاضي يملك ذلك لقيامه مقام الزوج، وهذه الفرقة تطليقه بائنة لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها ممن لا يتوقع منه إيفاء حقها دفعا للظلم والضرر عنها وذا لا يحصل إلا بالبائن" بينما هي فسخ عند الشافعي وفي ذلك اختلف الأمر<sup>(٤٨)</sup>.

وعليه فصفة الفرقة بالجَبِّ طلاق بائن عند الحنفية والمالكية؛ لأن الواجب على الزوج أحد أمرين: "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان"، "ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا ناب القاضي منابه في التسريح"<sup>(٤٩)</sup> وعد الطلاق بائناً ليتحقق دفع الظلم عنها؛ لأنه إذا كان رجعيًا، أمكن مراجعتها فبقي الظلم عليها. والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ عندهم. والملاحظ أنهم عللوا الحكم الموجب للتفريق بالضرر النازل بالزوجة بسبب العيب إلا أن الفرقة تقع عندهم بحكم القاضي حقيقة لا باختيار الزوجة من حيث لأنها تملك خيار التفريق ابتداءً.

اختلال تعادل الحقوق أو الالتزامات المتقابلة سبباً لظهور خيار التفريق وهو الذي اختلف في صفته؛ هل هو تطليقة بائنة أم فسخ للعقد؟، وسنورد أقوال العلماء في ذلك قريباً.

إذا ثبت الخيار للزوجة فهل تثبت الفرقة بين الزوجين باختيارها أم يتوقف على حكم حاكم؟ والجواب عن ذلك مبني على تكييف الواقعة. وبيانه الآتي؛

ذهب عامة الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية، على الأصح، عندهم إلى أن التفريق يتوقف وقوعه على حكم حاكم، لأن هذه الفرقة أمر مجتهد فيه، فهي محل نظر وتحراً وبذل جهد في تحرير سببه، والقاضي أهل لذلك بخلاف الزوجة. وهذا ما نهجه (المشروع) في المادة ٧٢/أ ونصها: "فسخ الزواج في جميع الأحوال يتوقف على قضاء القاضي، ولا يثبت حكم له قبل القضاء".

بينما ذهب الإمامان أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة – في غير رواية الأصول – والشافعية في القول الصحيح المقابل للأصح عندهم<sup>(٤٦)</sup> إلى أن الفرقة تقع بنفس اختيار الزوجة، لأنها تملكه كمن خيرها زوجها في تطليق نفسها فطلقت نفسها، فلا تتوقف الفرقة على حكم حاكم<sup>(٤٧)</sup>. وهذا الرأي

٤٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٥/٢. الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط٢، دار الفكر، لبنان، ١٩٨٢، ٤٨٩/٣. وقلوبوي وعميرة، أحمد بن أحمد بن سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتنا قلوبوي وعميرة على منهاج الطالبين، دار الفكر، ٢٦٤/٣. ابن قدامة، المغني، ٦٥٤/٦.

٤٧. قلوبوي وعميرة، الحاشية على منهاج الطالبين، ٣/٢٦٤. والشليبي، حاشية الشليبي بهامش تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، والزليبي، عثمان بن علي، ط٢،

دار المعرفة طبعة بالأوفست على طبعة مصرية، ١٣١٣. ٢٤/٣.

٤٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٦/٢.

٤٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٣/٢. فتاوى قاضي

خان بهامش الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ط٣، المكتبة الإسلامية، تركيا ١٩٧٣، ٤١٣/١٠.

وابن عابدين، رد المحتار، ٧٣/٣.

كما هو الحال في تفويض الزوج زوجته في تطليق نفسها. وهذا التكيف ربط خيار الزوجة من حيث مصدره بالولاية العامة للقاضي وهي التي بموجبها يقوم مقام الزوج، مبتعداً من هذه الحيثية عن الاتجاه السابق، واللازم لهذا التكيف أنّ الفرقة تقع من تاريخ استعمال الزوجة لخيارها الثابت لها بموجب التفويض المذكور.

الثالث: يرى أنّ الفرقة تقع باختيار الزوجة دون توقف على حكم حاكم، مكيفين ذلك على أنه حق مقرر شرعاً لها تحقق سببه فملك استعماله من غير قيد، كحقها في تطليق نفسها بإرادتها عندما يخيّرهما أو يفوضها زوجها تطليق نفسها.

الرابع: يرى أنّ الفرقة فسخ، مكيفين ذلك بأنه وسيلة يملكها المتعاقد لدفع الضرر عنه والناشئ من حالة عدم التعادل في الالتزامات المفضي إلى اختلال الرضا بالعقد كما في ردّ المبيع للعيب.

وننبّه وبحسب ما ورد في أول المطلب، إلى أنّ الجبّ علّة كافية لإيقاع الفرقة فلم يعط للقاضي، عند من يعلّق وقوع الفرقة على قراره، سلطة تقديرية في عدم الحكم بموجبها حال ثبوتها.

أما الشافعية والحنابلة فقد عدّوا هذه الفرقة فسخاً وليس طلاقاً، لأنه ردّ لعيب فكان فسخاً كردّ المشتري، واحتجوا بالحديث الذي يدلّ ظاهره على الفسخ وهو أنّ الرسول عليه الصلاة والسلام، ردّ امرأة لأنه رأى بياضاً في كشحها<sup>(٥٠)</sup> وهذا ردّ لعيب.

وأرى أنّ المتحصل مما ذكر اتجاهات أربعة مردّها الاختلاف في التكيف:

أحدها: يرى توقّف وقوع الفرقة على قرار القاضي، مكيفين قراره بالكاشف عن الحكم لا المنشئ له، بمعنى أنّ دور القاضي هو التثبت من وقوع سبب الفرقة وشروط تحقق الخيار واستعماله. ويمكن القول إنّ هذا الرأي مبنيّ على اعتبار ثبوت خيار الزوجة شرعاً في هذا المقام إلا أنّ وقوع الفرقة بالفعل مترتب على واقعة مركبة من استعمال الزوجة لخيارها وصدور قرار قضائي به. ولما كانت الواقعة المركبة لا تتحقق إلا بالأمرين معاً كان تاريخ وقوع الفرقة هو تاريخ صدور القرار القضائي بخصوصها.

الثاني: يرى أنّ الفرقة يملكها القاضي لرفع الظلم عن الزوجة، مكيفين ذلك على أنّ القاضي يقوم مقام الزوج في هذا المقام حال امتناعه عن التسريح بإحسان لما للقاضي من الولاية العامة. وبالتالي جاز له بموجب ما ذكر تفويض الزوجة بإيقاع الفرقة بإرادتها،

#### المطلب الثاني: العنة

العنة عدم القدرة على إثبات النساء مع وجود الآلة<sup>(٥١)</sup>. وسمي المصاب بذلك عنيماً لأنّ

٥١. السيواسي، فتح القدير، ٢٩٧/٤. وداماد أفندي، مجمع الأثر، ٤٦١/١.

٥٠. السيوطي، عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣، ص: ٢٨٩. وذكر صوراً للفرقة ومنها فرقة العيب ثم قال: "وكلها فسخ". ابن قدامة، الكافي، ٤٥/٣. والبهوتي، الروض المربع، ٩٤/٣. والحديث ورد في السنن الكبرى للبيهقي ٧ / ٢١٤، وسيأتي نصه قريباً.

خلالها وأصرّ طالب الفسخ، فسخت المحكمة الزواج".

وعلة التأجيل لسنة هو أنّ الأبدان تختلف نشاطاً وضعفاً باختلاف الفصول الأربعة،

ف"العجز عن الوصول يحتمل أن يكون خلقة ويحتمل أن يكون من داء أو طبيعة غالبية من الحرارة أو البرودة أو الرطوبة أو اليبوسة، والسنة مشتملة على الفصول الأربعة، والفصول الأربعة مشتملة على الطبائع الأربع، فيؤجل سنة لما عسى أن يوافقه بعض فصول السنة، فيزول المانع، ويقدر على الوصول" (٥٥).

وبالتأجيل سنة مضى قضاء عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم، "وكان قضاؤهم بمحضر من الصحابة، رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم، فيكون إجماعاً" (٥٦) سكوتياً.

واختلف في بدء السنة (٥٧)، وهل هي سنة شمسية أو قمرية؟ روي عن أبي حنيفة أنها سنة شمسية؛ لأنّ الفصول الأربع لا تكتمل إلا بالسنة الشمسية لأنها تزيد على القمرية بأيام، فيحتمل زوال العارض في هذه الأيام (٥٨).

فإذا انتهت السنة لم يفرق القاضي بينهما إلا بشرطين، أحدهما: إصرار الزوجة على

ذكره يسترخي فيعين يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتي من المرأة (٥٢).

ويطلق المالكية على هذا المعنى مصطلح (الاعتراض)، ويطلقون العنة على صغر الذكر بحيث لا يسمح بالإبلاج (٥٣).

والعنة تكون لمانع، فعدم انتشار الذكر قد يكون لمرض عضوي أو نفسي، أو لضعف، أو لسحر (٥٤). ولكنه مع استمراره عيب مخل بمقصود النكاح أيّاً كان سببه.

وعيب العنة حال استمراره يمنع لزوم النكاح لوقوع الخلل في تقابل الحقوق والالتزامات التي يوجبها العقد، والخلل هنا قد وقع على الأداء الذي هو محل التزام الزوج تجاه زوجته، ومع قدرتها على أداء ما التزمت به ثبت لها الخيار بين البقاء مع زوجها أو طلب التفريق. فإذا طلبت التفريق وثبت للقاضي وجود علة العنة في الزوج لم يفرق بينهما في الحال بل يؤجلها سنة رجاء زوال العلة خلالها ومن ثم حصول الوطاء. وفي هذا محاولة للكشف عن حقيقة هذه الواقعة هل هي علة موجبة للحكم أم هي عارض، والعارض طارئ لا دوام له. وهذه كما هو ظاهر مسألة تكييف.

وبهذا أخذ (المشروع) في المادة ١٠٧ ونصها: "إذا كانت العلة المذكورة في المادة السابقة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج للحال دون إمهال. وأن كان زوالها ممكناً تؤجل المحكمة القضية مدة مناسبة لا تتجاوز سنة، فإذا لم تزل العلة

٥٢ ابن منظور، لسان العرب، ١٣/٢٩٠.

٥٣ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢/٢٧٩. وجاء عند ابن قدامة، المغني، ٦/٦٦٧: "العنين هو العاجز عن الإبلاج وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأنّ ذكره يعن إذا أراد إبلاجه أي اعترض، والعنن الاعتراض".

٥٤ السيواسي، شرح فتح القدير، ٤/٢٩٧. والشربيني، محمد الخطيب، الإقناع، ٢/٤٢١.

٥٥ الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٣٢٣.

٥٦ المرجع السابق، ٢/٣٢٣.

٥٧ فمنهم من قال إنها تبدأ من حين يترافعان، ومنهم من قال من حين تسليم الزوجة نفسها للزوج بعد رفع الدعوى، أو من وقت براء الزوج إن كان مريضاً. السيواسي، فتح القدير، ٤/٢٩٨. وابن قدامة، المغني، ٦/٦٦٩. الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه، ط١، دار الكتب، بيروت، ١٤٠٣، ص١٦٣. والنووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط٣، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ١٩٩١، ٧/١٩٨.

٥٨ وهو رأي الحنفية والحنابلة والشافعية في قول لهم. السيواسي، شرح فتح القدير، ٤/٢٩٨-٣٠٢-٣٠٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٣٢٣. وابن قدامة، المغني، ٦/٦٦٩.

التكليف نتيجة له الحكم بأن الخصاء يخلّ بحق الزوجة في الوطاء أم لا يخلّ به.

فمن رأى أنّ الخصاء يمنع الوطاء أو يضعفه إلى درجة كبيرة، بحيث لا يستطيع الزوج الخصي معه وطاء زوجته، قال بأنه عيب يبيح التفريق بعد التأجيل لمدة سنة؛ لأن حال الخصي حال العنين فيأخذ حكمه<sup>(٦٠)</sup> ومبناه الخيار كما سبق، وبهذا حكم عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، حيث بعث رجلاً على السقاية فأتاه فقال تزوجت امرأة، فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال فأخبرها وخيرها<sup>(٦١)</sup>.

وأرى أن هذه الرواية أفادت فضلاً عن مسألة القدرة على الوطاء أنّ العقم من الزوج، بمعنى أنه لا يولد له، لسبب خصيئته، عيب يبيح للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا كانت لا تعلم بهذا العيب وقت العقد، لأنه مخلّ بمقصود أصلي في النكاح.

ومن رأى أنّ الخصاء يمنع النسل لكنه لا يمنع الانتشار والوطء، بل هو يقويه. لأن الزوج لا ينزل ماءً بجماعه فلا يعتريه ضعف أو فتور لذلك، قال بأنه ليس بعيب

٦٠. وهو رأي الحنفية والحنابلة والشافعية في قول لهم.

السيواسي، شرح فتح القدير، ٣٠١/٤. وابن قدامة،

المغني، ٦٧٠/٦. والنووي، روضة الطالبين، ٢٠٠/٧.

٦١. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، مصنف عبد الرزاق،

٢، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣، رقم

(١٠٣٤٦). ولما كان هذا الرأي منسوباً إلى الحنفية فهو

المعتمد في (المشروع) بموجب الإحالة الثابتة في المادة

٤٠٩ منه لأنه لم يذكر معنى الخصاء بعدما شمله

بالحكم العام في العيوب والعلل في المادتين ١٠٦ و١٠٧

منه. وتنص المادة ٤٠٩ على ما يأتي: تطبق نصوص

هذا القانون على جميع الحوادث التي تشملها بلفظها

أو بقواها، وكل ما لا تشمله يُرجع فيه إلى القول

الأرجح في المذهب الحنفي".

طلبها التفريق بينهما، والثاني: ثبوت عدم وصول الزوج لها بالوطء خلال السنة، والعلة في التفريق هو ما ذكر في الجبّ من دفع الضرر والظلم عن الزوجة. وصفة الفرقة هنا هي صفة الفرقة في الجبّ والاختلاف فيها من حيث كونها طلاقاً باتناً أو فسخاً هو نفسه أيضاً.

إلا أنّ العنة تفرّق عن الجبّ في كونها علة غير مستقلة أو غير كافية لإصدار القرار القضائي بالفرقة بمجرد رفع الدعوى والتحقق من حصول العيب بالزوج، وذلك لأمل زوال العيب، بخلاف الجبّ الذي لا أمل بزواله. كذلك يثبت بينهما فرق آخر يتعلّق بعمل القضاء، يتمثّل في لزوم إقحام القضاء لإثبات الفرقة بالعنة، بينما ذلك في الجبّ محل خلاف.

### المطلب الثالث: الخصاء

الخصي، من سلّت خصيناه وبقي ذكره، هذا عند جمهور الفقهاء، وعند المالكية هو من قطع ذكره دون أنثييه<sup>(٥٩)</sup>، ومن كان هذا حاله سمي مجبواً عند الجمهور، وبالتالي يأخذ حكمه الوارد ذكره في المطلب الأول، وأبرز أحكامه التفريق في الحال دون تأجيل وذلك لانقطاع الرجاء بالوطء لعدم وجود الآلة.

واختلف الفقهاء في الخصاء في كونه عيباً يبيح التفريق على قولين، بناؤهما على الاختلاف في تكيف واقعة الخصاء، هل حقيقتها بقاء قدرة الذكر على الانتشار معه أو عدم قدرته على ذلك. ويترتب على هذا

٥٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٧/٢.

العيوب التي تختص النساء بالإصابة بها دون الرجال هي على العموم:  
الرتق<sup>(٦٣)</sup>، والقرن<sup>(٦٤)</sup>، والعقل<sup>(٦٥)</sup>، والإفضاء<sup>(٦٦)</sup>، والاستحاضة المستدامة. أما الأمراض الحديثة كالإيدز والزهري وغيرهما مما تصاب به النساء والرجال فسيأتي الكلام بخصوصها في العيوب المشتركة.  
وقد اختلف الفقهاء بخصوص هذه العيوب في أمرين:

**أحدهما:** هل يقع بها التفريق، بمعنى هل يملك الزوج خيار التفريق كما تملكه الزوجة في العيوب التي تصيب الزوج أم لا يملك ذلك؟  
**والثاني:** هل يملك الزوج خيار التفريق - عند من يقول به- بجميع العيوب المذكورة، أم يقتصر حقه على بعضها؟<sup>١</sup>

أما بخصوص الأول فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بعيوب النساء،

مبيح للتفريق لان عدم الإنجاب لا يضر بالاستمتاع<sup>(٦٢)</sup>. وأرى تعقياً على تخريجهم الذي مفاده أن الاستمتاع يملكه الزوج السليم لأنه بمقدوره، والإنجاب لا يملكه لأنه ليس بمقدوره، فلم يكن التزاماً عليه لزوجته وبالتالي لم يكن حقاً لها، فروعياً هذا الأمر في الحكم عندهم، أن الزوج سواء أكان سليماً أو غير سليم لا يملك حصول؛ الولد لأنه ليس بمقدوره، إلا أن السليم يملك سببه وهو بمقدوره على خلاف غير السليم فافترق الأمر. فالزوجة تأمل من السليم حصول الولد ولا تأمله من الخصي. والتناسل أحد المقاصد الرئيسية في النكاح. وأضيف أيضاً أن الخلاف بين الرأيين في حكم الخصي شكلي وليس جوهرياً لأنه لا ينصب على معنى واحد.

وبعد؛ فإن تكليف الفقهاء لواقعة الخصاء من حيث كونها عيباً موجباً للتفريق أو ليست كذلك، مقصور على إمكانية تحقق الوطء من عدمه، على اعتبار أن غالب مصالح الزواج واستدامته تتوقف على الوطء، وأن الوطء حق للزوجة وهو التزام على الزوج قضاء أو ديانة أو الاثنين معاً بحسب ما ذكر سابقاً من خلاف فقهي بهذا الشأن.

## المبحث الثاني: التفريق للعيوب الفاصرة على الزوجة

٦٢. وهو رأي آخر للحنفية والشافعية وذكره بعض الحنابلة مع ملاحظة أن الخلاف شكلي وليس جوهرياً لاختلاف متعلق الحكم. (الشيرازي، التنبيه، ص ١٦٢. والنووي، روضة الطالبين، ١٩٥/٧. وابن قدامة، المغني، ٦/ ٦٧٠. والسيوطي، شرح فتح القدير، ٣٠١/٤-٣٠٢. وداماد أفندي، مجمع الأنهر، ٤٦٣/١).

٦٣. هو انسداد محل النكاح، فلا يمكن معه الوطء، وربما كان ذلك لضيق في عظم الحوض أو لكثرة اللحم فيه الموسوعة الفقهية، ج ٦٧/٢٩. والمرأة الرتقاء هي التي تلاحم الشفرات منها وتلاصقا حتى لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه أو انسداد الفرج بلحم لا يمكن معه الجماع. ابن منظور، لسان العرب، ١٠/١٤٤.

٦٤. نتوء في الفرج يسده ويمنع الوطء، وهو عظم غالباً. السيوطي، شرح فتح القدير، ٣٠٣/٤. الدردير، الشرح الصغير، ١/٤٢٥.

٦٥. رطوبة تمنع الزوج من لذة الجماع، أو هو رغبة في الفرج تحدث عند الجماع، وقيل هو ورم في اللحمية التي بين مسلكي المرأة فيضيق به فرجها فلا ينفذ به الذكر.... (البيهوتي، الروض المربع، ٣/٩٥) وقيل هو القرن. الموسوعة الفقهية، ج ٦٧/٢٩.

٦٦. انخراق ما بين السيلين، القبل والذبر. وفي الروضة للنووي ١٧٨/٧ "الإفضاء: رفع ما بين مخرج البول، ومدخل الذكر"، بمعنى هو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول. الموسوعة الفقهية ج ٦٧/٢٩، وأطلق عليه في الروض المربع ٣/٩٥ مصطلح (الفتق).

ووافقهم عليها الحنابلة. ولم يجز الشافعية التفريق بعيبي العفل والافضاء<sup>(٦٨)</sup>.

وذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى جواز التفريق بعيب الاستحاضة وبعيوب أخرى منفرة<sup>(٦٩)</sup>.

ومبنى هذا الخلاف الخلاف في تحديد موجب الحكم؛ هل هو تعطل حكمة الزواج والتي مبنها الوطء أم تعرضها للخلل والنقصان؟

أما (المشروع) فقد أطلق مفهوم العلة المبيحة لطلب الفسخ قضاءً من العدد، وقيدتها بوجود كونها مستحكمة ومنفرة أو مضرة حسب ما قرره في المادة ١٠٦/أ منه.

والذي يلاحظ في هذه العيوب أن ما يمكن علاجه خاصة مع تطور علوم الطب ووسائله لا يجوز التفريق به لانقضاء علة الحكم؛ لأن هذه الأحكام تدور مع علها وجوداً وعدمًا. مع ملاحظة أن القواعد تقضي بعدم إلزام الزوج نفقات العلاج إلا أن يكون متبرعاً لأن من حقه استيفاء منفعة المحل كاملة بالعقد لا بغيره.

#### المبحث الثالث: العيوب المشتركة

وهي ما يمكن قيامها بالزوج أو بالزوجة على السواء، وتقدم أن الحنفية لا يملك الزوج خيار التفريق للعيب لأنه يملك الطلاق، وبالتالي يبقى رأي الجمهور الذي يبيح الخيار للزوج والزوجة.

وهذه العيوب وردت على سبيل الحصر على رأي، وعلى سبيل المثال على رأي فقهي

فالزوج والزوجة سواء في هذا الحق، أي خيار التفريق للعيب. على اعتبار أن مبنى ذلك عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة لطرفي العلاقة التعاقدية، وحكم الخيار مرتبط بذلك. وبهذا الاتجاه أخذ (المشروع) في المادة ١٠٦/أ منه وقد مر ذكرها.

بينما ذهب الحنفية إلى قصر خيار التفريق للعيب على الزوجة دون الزوج، لأنه يملك الطلاق فيستطيع مفارقتها به، بينما هي لا تملك الطلاق فسيبيلها طلب التفريق منه للعيب لدفع الضرر عنها<sup>(٦٧)</sup>.

وهذا خلاف فقهي مبني على اختلاف تكيف التفريق؛ هل هو حق لمن وقع عليه الضرر ينقلب العقد بموجبه غير لازم؟ أم هو وسيلة رفع أو دفع الضرر، تدرؤه الزوجة عن نفسها بواسطة القاضي، خاصة عند الحنفية، والزوج يملك درؤه عن نفسه بنفسه بواسطة الطلاق، فلا حاجة تدعو عندئذ لتعليقه على حكم حاكم؟.

ولا يخفى أن آثار التفريق بناء على استعمال خيار التفريق للعيب تختلف عن آثار إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق، وهي التي ستكون أشد على الزوج، وليس من مجال لبحث ذلك في هذا الموضوع.

أما بخصوص الأمر الثاني: فقد ذهب المالكية إلى أن العيوب التي يقع بها الخيار هي: الرتق، والقرن، والعفل، والافضاء،.

٦٨. المرداوي، علي بن سليمان، الإحصاف، دار إحياء

التراث العربي، بيروت، ١٩٣/٨. والنووي، روضة

الطالبين، ١٧٧/٧. وابن قدامة، المغني، ٦/٦٥١.

٦٩. البهوتي، الروض المربع ٣/٩٦.

٦٧. السيواسي، شرح فتح القدير، ٤/٣٠٤. والكاساني،

بدائع الصنائع، ٢/٣٢٧.

آخر. ورجح الرأي الثاني لأن النظر منصرف، لا إلى ذات المرض، بل إلى العلة الموجبة لإباحة حكم الخيار فيه، وهو كون الحياة الزوجية لا تستقيم مع قيام العيب واستمراره. وقد تقدم الكلام في ذلك. والعيوب التي بحث فيها الفقهاء هي:

الجنون، والجذام<sup>(٧٠)</sup>، والبرص<sup>(٧١)</sup>، وقطع الأطراف أو بعضها، والعرج، والشلل، والطرش، والخرس، والعمى، وبخر الفم والصنن، والباسور، والناسور.

ووافق الإمام محمد بن الحسن من الحنفية الجمهور بجواز التفريق بهذه العيوب إذا أصابت الزوج، أما إذا أصابت الزوجة فللزوج مفارقتها بالطلاق<sup>(٧٥)</sup>.

ويرى جمهور الفقهاء جواز التفريق بعيب الجنون، والجذام، والبرص. لأن الجنون لا يحصل مقصود النكاح معه. وأما البرص والجذام فلأنهما عيبان منفردان ومعديان<sup>(٧٢)</sup>، ولما روي عن رسول الله ﷺ أنه تزوج بامرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً<sup>(٧٣)</sup> واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من

أما الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، فذهبا إلى عدم جواز التفريق بهذه العيوب مستدلين على ذلك بما يأتي:

١. أن فوات جميع ثمرات العقد بالموت قبل الدخول أو عقيب العقد لا يوجب فسخ النكاح، ففوات بعضها بهذه العيوب لا يوجب الفسخ من باب أولى<sup>(٧٦)</sup>.

٧٠. الأجم: المفلوح، ابن منظور، لسان العرب، ٨٧/٧، والجذم علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب، الموسوعة الفقهية، ٢٩ / ٦٨.

٧١. بياض شديد يظهر بالجلد على شكل بقع، النسفي، طلبية الطلبة ص ١٠٠. والشريبي، الإقناع، ٤٢٠/٢، وتزداد هذه البقع اتساعاً مع الأيام، وربما نبت عليها شعر أبيض أيضاً، وربما كانت بقعاً سوداء، الموسوعة الفقهية، ٢٩ / ٦٨.

٧٢. الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، ٣١٠/٦. والشريبي، مغني المحتاج، ٣ / ٢٠٣.

٧٣. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤، ج ٧/٢١٤.

وأرى أن هذا قياس مع الفارق. فموت الزوج أحد أسباب انتهاء العقد مع أن الضرر لم يلحق بالزوجة بالفعل بسبب انتهاء العقد سواء بالموت قبل الدخول أو عقيب العقد. بينما العقد قائم في حالة العيب الملحق بالزوج الحي، وضرر الزوجة قائم مستمر، لأنها محبوسة لصالحه، إن لم نبج لها الفرقة عنه.

٢. أن الضرر في هذه العيوب غير دائم لقابليتها للزوال، فإن لم تكن قابلة للزوال

٧٤. رواه البخاري، باب الجذام.

٧٥. السيواسي، شرح فتح القدير، ٣٠٤/٤.

٧٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢/٣٢٧-٣٢٨. والسيواسي،

شرح فتح القدير، ٣٠٥/٤.



وذهب إلى ثبوت حق التفريق بها فقهاء؛ منهم: القاضي شريح والزهري، حسب ما ذكره ابن القيم وانتصر لرأيهم، لأنها لا تقل خطراً عن العيوب الأخرى، ولأنها تُعدّ مشروطة عرفاً<sup>(٨٠)</sup> بحسب رأي هذا الفريق من الفقهاء. ولكي يثبت الخيار لطالب التفريق يشترط عدم ثبوت رضاه بالعيوب لا صراحة ولا دلالة وإلا سقط حقه بالخيار، ولزم العقد، وهذا ما سار عليه (المشروع) في المادة ١٠٦/ب ونصها: "ويسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده".

يُعدّ رضاه دلالة إذا كان عالماً بالعيوب وسكت عنه أو قام بما يدل على رضاه كوطء الزوج لزوجته المصابة بعيوب يبيح التفريق، إلا في مسألة العنين فإن المالكية – ويسمون العنة بالاعتراض – والشافعية يبيحون للزوجة طلب التفريق لعنة زوجها وإن علمت بعنته قبل العقد، لأنّ العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح<sup>(٨١)</sup>.

وأرى أنّ ذلك لا يشكّل رضاً بالعيوب؛ لأنّ الرضا به يحصل حال العلم به وباستمراره والقبول به رغم ذلك.

وبعد، ففيما تقدم نجد أنّ تدخل القضاء للتفريق أمر ضروري للتنبّت من وجود العيوب أولاً، وكونه من العيوب المبيحة للتفريق ثانياً، وإن شروط المطالبة بالتفريق متوافرة في طالب التفريق ثالثاً، ثم توقف الحكم بالتفريق

فهي كالعَمى وسائر العيوب التي لا يفسخ النكاح بها عندهما.

أقول: ليس كل ضرر موجب للفرقة، بل الموجب منها للفرقة هو الضرر الذي لا تستقيم معه الحياة الزوجية. مع ملاحظة أنّ إدراك هذه العلة في الواقع مسألة إدراك للواقع، أي مسألة تكييف، وهو تكييف مسند إلى جهة أو سلطة تشريع الأحكام من حيث تشريع الحكم بحقه، وهو تكييف مسند إلى جهة الفقه والقضاء من حيث إيقاع الحكم بموجبه بعد إدراك وقوعه على حقيقته على أرض الواقع.

ولما لم يكن كل عيب موجب للفسخ أو الطلاق، اختلفوا في التفريق بالعيوب التي لم يرد ذكرها فيما تقدم، فقد قال بعض الحنابلة بجواز التفريق بسبب عيب بخر الفم والصنان والباسور والناسور، والقرح السيالة في الفرج، لأنها تثير النفرة، وتعدي بنجاستها<sup>(٧٧)</sup>، ولا يرى الشافعية في الراجح من المذهب التفريق لهذه العيوب<sup>(٧٨)</sup>.

ومضى القول أنّ العيوب التي تتم معالجتها لا يجوز التفريق بها لانتهاء علة الحكم. أما العمى والطرش والخرس وقطع الأطراف فهي عيوب غير مخلة بمقصود النكاح عند جمهور العلماء، وهم فقهاء المذاهب الأربعة<sup>(٧٩)</sup>.

٧٧. البيهوتي، الروض المربع، ٩٦/٣. المرداوي، الإنصاف، ١٩٥/٨. وابن قدامة، المغني، ٦٥٢/٦-٦٥٣.

٧٨. النووي، روضة الطالبين، ١٧٧/٧. والشريبي، مغني المحتاج، ٢٠٣/٣.

٧٩. المرداوي، الإنصاف، ١٩٩/٨. والرددير، الشرح الصغير، ٤٢٥/١. والنووي، روضة الطالبين، ١٧٧/٧. وابن عابدين، رد المحتار، ٥٠١/٣.

٨٠. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد، ط١٣، مؤسسة الرسالة، سوريا، ٥٠١٤٠٦/١٨٤، ١٨٢.

٨١. الشريبي، مغني المحتاج، ٢٠٣/٣. والشرواني، عبد الحميد، حاشية الشرواني، ٣٤٦/٧. وابن قدامة، المغني، ٦٥٤/٦.

وكذلك الزهري وغيره، فإذا أصيب به أحد الزوجين فهل يجوز للزوج الآخر أن يطلب التفريق؟

قد تقدم أن الحنفية لا يجيزون للزوج طلب التفريق ويجيزونه للزوجة، لأن الزوج يملك حق الطلاق، أما الجمهور فإنهم يجيزون طلب التفريق لكل من الزوجين، وتقدم أيضاً أن الفقهاء انقسموا فريقين بشأن العيوب التي يجوز بسببها طلب التفريق: فريق المضيفين الذين يرون الاقتصار على العيوب التي ذكرت في كتب الفقه، وفريق الموسعين الذين يرون القياس عليها والاعتداد بكل عيب لا تستقيم به أو معه الحياة الزوجية، وهو الراجح، وبه أخذ (المشروع) في المادة ١٠٦/أ منه وقد مرّ ذكرها.

وتأسيساً على ما تقدم فإنه يجوز لكل من الزوجين على رأي الجمهور طلب التفريق إذا ثبت أن الزوج الآخر مصاب بالإيدز أو بأي مرض حديث تتوفر فيه العلة التي تجيز التفريق.

وسنغافورة وتايلند والفلبين وكندا، وأكثر الإصابات بالمرض سجلت في الصين. وهو مرض جديد لم يتم التعرف على العامل المسبب له إلى يومنا هذا، كما أن طرق انتقال العدوى ما تزال مجهولة إلى الآن إلا أنه من المحتمل أن تكون إحدى طرق العدوى عن طريق الرذاذ والهواء من مفرزات المصابين. وللمرض أعراض أبرزها؛

حمى مرتفعة، السعال وصعوبة التنفس يتطور في بعض الحالات إلى التهاب رئوي شديد يحتاج المصاب فيها إلى تنفس اصطناعي، صداع، تيبس عضلي، فقدان الشهية، ضعف عام، تشوش ذهني، طفح جلدي، إسهال. نقلاً عن نشرة علمية صادرة عن اللجنة العلمية والثقافية/ نقابة الأطباء الأردنيين/ فرع الزرقاء.

بعد ذلك على صدور القرار القضائي به وثبوته من تاريخ الحكم أو من تاريخ استعمال الخيار أمر محتمل للخلاف.

وأخيراً فإن هنالك اليوم أمراضاً حديثة لم يتكلم عنها الفقهاء لعدم ظهورها في زمانهم وفي مقدمتها مرض (الإيدز)<sup>(٨٢)</sup> والسارس<sup>(٨٣)</sup>،

٨٢. الإيدز: ويسمى بمرض فقدان المناعة المكتسبة، هو مرض جنسي معدي فتاك، سببه المباشر الزنا والشذوذ الجنسي وحقن المخدرات، وهو مرض ينتقل بالعدوى بوسائل شتى وهو يتلف جهاز المناعة في جسم الإنسان فيصبح جسم المريض مستباحاً للجراثيم الانتهازية تنهشه من كل جانب، والنتيجة تلف في كل جهاز، وهزال رهيب، وجراثيم بالمليارات تسرح وتمرح وتعيث فساداً في جسم المريض وبالتالي هلاك محقق. وقد بدأ هذا المرض بالظهور عام ١٩٨١ وتسارع انتشاره في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الغرب عامة وكذلك في أفريقيا بشكل مرعب جدا حيث بلغ عدد المصابين المعلن عنه (٤٣) مليوناً وتوقع بعض العلماء أنه مع نهاية عام ٢٠٠٠ يصبح عدد الإصابات المعلنة وغير المعلنة حوالي مائة مليون على الأقل، القضاة، عبد الحميد، الإيدز حقائق وأرقام، ط٢، أربد - الأردن، ١٩٩٥، ص٦٧ و٧٥. والبار، محمد علي، الأمراض الجنسية؛ أسبابها وعلاجها، ط١، دار المنار، السعودية، ١٩٨٥، ص: ١٢٩. والدكتور البار يعتبر بدء ظهور المرض عام ١٩٧٨ بحالات فردية تسارعت بشكل مذهل. ومعلوم أن سبب هذا الوباء الخطير: العلمانية وما ترتب عليها من الحياة البهيمية والاستسلام للشهوات وإباحة الزنا واللواط بالتراضي في القوانين الغربية تحت شعار حق الحرية الشخصية كواحد من حقوق الإنسان، فإذا بضحاياه تفوق من قتلوا في الحربين العالميتين معاً! ولا يفوتني هنا أن أذكر حديث رسول الله ﷺ: "لم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا بها إلا فشا فيهم الطاعون والأوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا". أخرجهم الحاكم، واليزار، وابن ماجه: (٤٠٠٩).

٨٣. يعني الـ SARS (متلازمة الالتهاب التنفسي الحاد)، ظهر لأول مرة في قارة آسيا، وأول ما تم التعرف عليه في مدينة هانوي في فيتنام بتاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٣م. وقد تمّ التبليغ عن وقوعه في هونج كونج وأندونيسيا

باستعمال الخيار أم يتوقف الأمر على قرار القضاء. مسألة محتملة للخلاف أيضاً.

٩. العيوب التي ذكرت عند المتقدمين من الفقهاء هل يجري القياس فيها أم لا يجري؟ وهذه مسألة تفسير كما تقدم في الفصل الأول المراد منها توسيع نطاق دائرة الحكم ليشمل كل حادثة أو واقعة غير منصوص على حكمها تشترك مع الواقعة المنصوص على حكمها في علة الحكم، وبالتالي في الحكم، إلا أن إدراك العيوب غير المنصوص عليها وعظم خطرها وتهديدها لحكمة الزواج، مسألة تكيف.

١٠. وفي كل ما تقدم نجد أن المسائل متوقف إدراك حقيقتها وصفتها وحكمها على النظر. وتقدم في الفصل الأول أن التكيف، وكذلك التفسير، عملية اجتهادية. ولما كان التكيف كذلك أمكن وقوع الاختلاف في نتائجه كلما تعددت الأنظار في الكشف عن حقيقة واقعة منظورة لها، وتنوعت زوايا النظر، وتفاوتت قوة ملكة العقول في إدراكها الحقائق على ما هي عليه في الواقع.

#### خاتمة البحث

وأذكر فيها النتائج والتوصيات.

#### أولاً: نتائج البحث

ونوردها تفصيلاً في النقاط التالية:

١. أن الوقائع غير متناهية بينما النصوص الشرعية أو القانونية متناهية، ولا بد من ضم جميع الحوادث تحت مظلة الأحكام، وذلك يستلزم الاجتهاد ضرورة.

وتأكيداً في بيان ما مضى في هذا الفصل فإن مما دخل نطاق التكيف أمكن إيراده موجزاً في التالي:

١. إدراك أن العيب سبب موجب للضرر متى أخل بحكمة تشريع الزواج. وهذا نوع تخصيص لعموم الضرر مدركه، أي المخصص، الواقع.

٢. أن من الضرر ما يتسامح فيه شرعاً أو عرفاً، وهو ما لا يخل بحكمة الزواج.

٣. ولما كان من العيوب ما يخل وجوده أو استمراره بمقصود النكاح، ومنها ما لا يخل به كان المعيار في ذلك موضوعياً وليس شخصياً.

٤. والعيوب المخلة بمقصود النكاح هي التي تخل بميزان التعادل في الحقوق والالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد على أطرافه.

٥. أن هذا الخلل في ميزان تقابل الحقوق والالتزامات وفي مقصود العقد يؤثر حتماً في صفة العقد، وهو ما حصل فعلاً في نطاق بحثنا هذا فقلب العيب العقد من كونه لازماً لطرفيه، إلى كونه غير لازم لطرف واحد، وهو الطرف غير المعيب، مراعاةً لحقه.

٦. أن صفة التفريق محتملة كونها طلاقاً بائناً أو فسحاً، ولذلك وقع الاختلاف فيها.

٧. خيار التفريق هل هو حق يثبت لمن لا سبيل له إلى إنهاء العقد بغير هذا الخيار، وهي الزوجة، أم هو خيار يثبت لكل من قام سببه بحقه؟ مسألة محتملة للخلاف.

٨. وقوع أثر خيار التفريق هل يتوقف على إرادة من له الخيار بإعلانه رغبته

٢. مبنى الاجتهاد السليم على دعامتين ورابطة. إحدى الدعامتين تتمثل في معرفة الواقع، وتتمثل الثانية في معرفة الشرع وطرق الاستنباط. وأما الرابطة فتمثل في أنّ هذا الواقع يقتضي هذا الحكم دون سواه من الأحكام لتحقيق مقاصد الشرع، وبعبارة أخرى؛ إنّ كلّ واقع يفتقر في إصلاحه إلى أحكام معينة دون باقي الأحكام الشرعية. وللأمر من ذلك؛ أنّ الاجتهاد ماضٍ لحاجة كلّ واقع إلى إصلاح وفق منهج الأحكام، وأنّ تعطيله تعطيل للإصلاح وإخلال بالبناء.
٣. التكليف عملية اجتهادية يحتاج إليها كل مختصّ بإصلاح الواقع، خاصة علماء ورجال الشريعة والقانون سواء في ذلك المنتسبون إلى السلطات الثلاث؛ التشريعية والقضائية والتنفيذية. ولما كانت حقيقة التكليف إدراك الواقع على ما هو عليه وما يقتضيه انصلاحه، أي ما يجب أن يكون عليه، فإن طرق بلوغ هذا الإدراك هي الطرق العقلية من: تصوّر وتصديق وبناء المقدمات وترتيبها وربط بعضها ببعض للوصول إلى النتائج الصحيحة.
٤. أما التفسير فهو نظر ينصبّ على النصوص الشرعية أو القانونية لتوسيع نطاق الأحكام فيها. ومن هنا فارق التفسير التكليف مع قيام التلازم بينهما في إقامة الاجتهاد السليم في حكم الواقع.
٥. وبناءً على ما ذكر فإنّ معيار الإصابة في الاجتهاد إصلاح الواقع. وإصلاح الواقع يعني إقامة المصالح الشرعية بميزانها الشرعي. فالمصالح الشرعية علل الأحكام الشرعية بحسب استقرار النصوص الشرعية وأحكامها وبموجب إجماع الأمة. وهذا هو معيار ما يجب أن يكون عليه القانون ليوصف بالعدل.
٦. أن الحكم مرتبط بعقلته وجوداً وهدماً، وأنّ الحكم يندفع بحكم آخر إذا كانت علّة الحكم الثاني أقوى من الأول ولم يمكن رفع التعارض إلّا بإهدار إحدى المصلحتين. وهذا هو معيار النظر السليم والاجتهاد القويم. وقد مرّت بنا تطبيقات فقهاء المسلمين لهذا المبدأ في موضوع الفصل الثاني.
٧. وعقد الزواج سبب شرع لتحقيق غاية كبقية الأسباب، وغايته المودة والرحمة والسكينة والنسل، فإن أفضى إلى ما يناهض هذه الحكمة أو يعارضها كان العقد صورة بلا معنى أو مادة بلا روح.
٨. وإذا انتفت العلة أو انقلبت ثمرة السبب من مصلحة إلى مفسدة أو اختلت العلة وضعفت، كان درء المفسد أولى بالاعتبار من استمرار صورة عقد يضعف عن تحقيق حكمته. ففي الإبقاء عليه مصلحة موهومة ومفاسد محققة، ولا اعتبار بالموهوم أمام المحقق، مع ملاحظة أنّ درء المفسدة مصلحة (بالسلب).
٩. وميزان المصالح شرعي منضبط بضوابط موضوعية، لئلا تقع الأحكام عموماً وفي نطاق موضوع البحث البالغ الأهمية خصوصاً رهينة اعتبارات وأهواء شخصية فلا يجمعها عندئذ جامع ولا يضبطها ضابط من حيث النطاق والمشروعية.

٤) أميرباداشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١هـ.

٥) الأنصاري، محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، دار العلوم الحديثة، بيروت.

٦) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).

٧) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.

٨) ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.

٩) ابن قدامه، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني على مختصر الخرقي، مكتبة الرياض، السعودية، ١٤٠٠هـ.

١٠) ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٧، (بلا.ت).

١١) ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد، ط١٣، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٤٠٦هـ.

١٢) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، (بلا.ت).

١٣) البار، محمد علي، الأمراض الجنسية؛ أسبابها وعلاجها، ط١، دار المنار، السعودية، ١٩٨٥.

١٤) البدرأوي، عبد المنعم، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٢.

## ثانياً: التوصيات

وفي ضوء ما تقدم في هذا البحث أرى ضرورة مراعاة وتنفيذ ما يأتي:

١. إقامة مناهج علمية، ومقررات دراسية، تبين أصول النظر السليم في الواقع، وفي النصوص الشرعية، وكيفية الربط بين الشرع والواقع لإصلاح الواقع في ضوء ضوابط المصلحة.

٢. إلزام المختصين بتشريع القوانين وتطبيقها وبموجب نصوص قانونية قاطعة في دلالتها بضرورة الاجتهاد في كل واقعة وفي ظل ما هو عليه واقعهم، والابتعاد عن الاقتباس الحرفي لنصوص قانونية تحكم واقعاً مغايراً، والابتعاد كذلك عن التطبيق الحرفي للمادي لنصوص الشريعة أو القانون دون إمعان النظر في روحها وغايتها. فالقانون غير مراد لذاته بل هو وسيلة لتحقيق المقاصد من وراء تشريعه، ألا وهي مصالح العباد.

## المراجع

١) أحمد، محمد شريف، نظرية تفسير النصوص القانونية، مطبعة وزارة الأوقاف العراقية، ١٩٨٢.

٢) الأسنوي، جمال الدين، نهاية السؤل في شرح منهاج الإمام البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر، (بلا.ت).

٣) الأمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨.

- الإمام محمد بن سعود الإسلامية،  
السعودية، ١٩٨١.
- (٢٦) الرملي، محمد بن أحمد ، نهاية المحتاج  
في شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت،  
١٤٠٤هـ.
- (٢٧) الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج  
العروس من جواهر القاموس، الكويت،  
١٩٦٥.
- (٢٨) الزلمي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه  
في نسجه الجديد، وتطبيقاته على  
التشريعات القانونية وخاصة القانون  
المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م  
(للباحث)، ط١، المركز القومي للنشر،  
١٩٩٩.
- (٢٩) زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام  
المرأة والبيت المسلم، ط٢، مؤسسة  
الرسالة، بيروت، ١٩٩٥.
- (٣٠) الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق  
في شرح كنز الدقائق - بحاشية الشلبي،  
ط٢، دار المعرفة طبعة بالأوفسيت على  
طبعة مصرية، ١٣١٣هـ.
- (٣١) السرخسي، محمد بن أبي سهل،  
المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦.
- (٣٢) السرطاوي، محمود علي، شرح قانون  
الأحوال الشخصية، ط١، دار الفكر،  
الأردن، ١٩٩٧.
- (٣٣) سلطان، أنور، المبادئ القانونية العامة،  
ط٤، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- (٣٤) السنهوري، عبد الرزاق وحشمت أبو  
ستيت، أصول القوانين، دار الفكر  
العربي، القاهرة، ١٩٥٢.
- (١٥) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس،  
الروض المربع شرح زاد المستنقع،  
مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠  
هـ.
- (١٦) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي،  
السنن الكبرى، مطبعة دار الباز، مكة  
المكرمة، ١٤١٤هـ.
- (١٧) التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح  
التلويح على التوضيح لمنن التنقيح، دار  
الكتب العلمية، بيروت، (بلا.ت).
- (١٨) تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة  
للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،  
١٩٧٣.
- (١٩) الجرف، طعيمة، نظرية الدولة والأسس  
العامة للتنظيم السياسي/ الكتاب الثاني،  
القاهرة، ١٩٦٦.
- (٢٠) الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل  
لشرح مختصر خليل، ط٢، دار الفكر،  
لبنان، ١٩٨٢.
- (٢١) خلاف، عبد الوهاب، ط٨، علم أصول  
الفقه، دار القلم، الكويت، (بلا.ت).
- (٢٢) داماذا أفندي، عبد الله بن محمد، مجمع  
الأنهر في ملتقى الأبحر، دار إحياء  
التراث العربي، بيروت، (بلا.ت).
- (٢٣) الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان  
الدولة في تقييده...، ط١، مطبعة جامعة  
دمشق، ١٩٦٧.
- (٢٤) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي  
بتحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت،  
(بلا.ت).
- (٢٥) الرازي، محمد بن عمر، المحصول في  
أصول الفقه، ط١، من مطبوعات جامعة

- ٣٥) السيّوآسي، محمد بن عبد الله ، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٣٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تفسير الاجتهاد، ط١، دار الدعوة، الاسكندرية، ١٤٠٣.
- ٣٧) السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣.
- ٣٨) الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩.
- ٣٩) شحاته، محمد نور عبد الهادي، سلطة التكليف في القانون الإجرائي دراسة مقارنة في القوانين الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٤٠) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٤١) الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي الشجاع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
- ٤٢) الشرقاوي، جميل، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٤٣) الشرواني، عبد الحميد، حاشية الشرواني، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٤٤) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٤٥) الشيرازي، التنبيه، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣.
- ٤٦) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٤٧) صادق، هشام علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.
- ٤٨) الصراف، عباس وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط٤، دار الثقافة، عمان - الأردن، ١٩٩٧.
- ٤٩) عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.
- ٥٠) عبيد، رؤوف، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ط٣، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٠.
- ٥١) العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (بلا.ت).
- ٥٢) الغزالي، محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، دار العلوم الحديثة، بيروت، (بلا.ت).
- ٥٣) فتاوى، قاضي خان بهامش الفتاوى الهندية في مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، ط٣، المكتبة الإسلامية، تركيا، ١٩٧٣.
- ٥٤) فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، بيروت، ١٩٧٥.
- ٥٥) الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.

- ٥٦) القضاة، عبد الحميد، الإيدز حقائق ، وأرقام، ط٢، أربد، الأردن، ١٩٩٥.
- ٥٧) القليوبي وعميرة، أحمد بن أحمد بن سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتنا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، (بلا.ت).
- ٥٨) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
- ٥٩) كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١.
- ٦٠) المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بلا.ت).
- ٦١) مرقس، سليمان، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، (بلا.ت).
- ٦٢) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقليات المصرية والسورية، تم وضعه على يد لجنة خاصة مع مذكرته
- ٦٣) الإيضاحية ما بين ١٩٥٩ - ١٩٦١، ط١، دار القلم والدار الشامية، ١٤١٦.
- ٦٤) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط١، الكويت، مطابع دار الصفوة، ١٤١٦.
- ٦٥) النسفي، عمر بن محمد بن احمد، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، دار الطباعة العامرة، (بلا.ت).
- ٦٦) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط٣، المكتب الإسلامي (بيروت، دمشق، عمان)، ١٤١٢.
- ٦٧) الهداوي، حسن ، تنازع القوانين. ط٢، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠١.



**Judicial Adaptation and its Legal Influences**  
**“ Legistively and Applicably“**  
**A Study in Judicial Separation Between Married Couple for Defect**

**Ali Ahmed AL-Mahdawi**

**Abstract**

*To tailor or adapt is a deliberate process which is meant to recognize things as they are in reality .Adaptations of these rules and in rational methods are to specify what should be done to legalize it in a form of legislation or law .So adaptation comes before any development in the lives of persons, people or nations and in the laws that governs them .It is a must to achieve the change and development from the present state to the better .We must know the means of accomplishing this change reality .If we mean by adaptation revealing the real situations we are after knowledge the Islamic legislation or the law through the good judgment in the text of legislation .In this research I stressed the function, necessity ,sphere, objective of adaptation .Then I moved to clarify this in the separation between the husband and wife and taking into account the viewpoints of Moslem legislators clarifying it in both theoretical and practical way.*