المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

أثر القواعد الفقهية في إجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية الأردنية

الدكتور تيسير علي سفهان الحمامصه
إمام مسجد
وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية
Tysyralqbylat1972t@gmail.com

ملخص الدراسة:

تتناول هذه الدراسة موضوع (أثر القواعد الفقهية في إجراءات الدعوى أمام المحاكم الشرعية الأردنية).
يعتبر علم القواعد الفقهية من العلوم الشرعية المهمة جداً لكل من يعمل في سلك القضاء الشرعي،
ولقد ركزت هذه الدراسة على اجتهادات المحاكم الشرعية الأردنية من خلال القرارات الصادرة عنها بما يخص إجراءات الدعوى.
وجاءت هذه الدراسة في مبحثين:
المبحث الأول: يحتوي على مفهوم القاعدة الفقهية وأهمية القواعد الفقهية.
والمبحث الثاني: إجراءات الدعوى القضائية والقواعد الفقهية المتعلقة بالدعوى.

Study summary:

This study deals with the topic (The effect of jurisprudence rules on the (lawsuit procedures before the Jordanian Sharia courts.
The science of jurisprudence rules is considered one of the very important legal sciences for everyone who works in the legal judiciary
This study focused on the jurisprudence of the Jordanian Sharia courts, through the decisions issued by them, regarding the case procedures.
This study came in two sections
The first topic: It contains the concept of jurisprudential rule and the importance of jurisprudential rules.
The second topic: the procedures of the legal case and the jurisprudential rules related to the case.

أدبيات البحث وإطاره النظري

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

المقـدمة

الحمد لله رب العالمين، وأشـهد أن لا إله إلا الله وحده لا شـريك له، وأشـهد أن سـيدنا محمداً عبده ورسـوله، صلى الله عليه وعلى آلة وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد:

فلما كانت مصـادر التشـريع القضـائي متعددة الجوانب كباقي علوم الشـريعة، مما يعين الدارس والباحث في علم القضاء على التوصل إلى فهم الأحكام المتعلقة بالقضاء، وسهولة فهم القضايا الحكمية المرفوعة للمحاكم الشـرعية، فإن القواعد الفقهية من هذه المصـادر. وسـيتناول الباحث أثر القواعد الفقهية على إجراء الدعوى القضـائية في المحاكم الشـرعية الأردنية، مما ينعكس إيجابا على العمل القضـائي من الناحيتين الإدارية والقانونية أمام القاضي.

سبب اختيار موضوع الدراسة:

تم اختيار هذا الموضـوع ليجمع بين هذين العلمين: علم القضـاء، وعلم القواعد الفقهية ويعين الباحثين والدارسـين عامة، والقضـاة على وجه الخصـوص من أجل اسـتخلاص الأحكام بطريقة سـهلة واعتماد هذه القواعد كأدلة في الحكم والاستدلال.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في إبراز الدور الفاعل للقواعد الفقهية في مجال القضاء الشرعي والمحاكم الشرعية، من خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1- ما القواعد الفقهية؟

2- ما مدى مرونة اجتهاد المشرع في القضاء الشرعي وتطبيقه للقواعد الفقهية؟

3- ما أثر القواعد الفقهية في الإجراءات الإدارية والقانونية في المحاكم الشرعية

أهمية الدراسة

تبرز أهمية هذه الدراسة من عدة جوانب، منها:

1-دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بإجراءات الدعوى أمام المحاكم الشرعية الأردنية التي من شأنها أن تكون ملكة فقهية قضائية قادرة على تحقيق الغاية المرجوة من القضاء.

2-خدمة أصحاب العلاقة والعاملين في مجال القضاء بالربط بين الجانب الفقهي في دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بإجراءات الدعوى القضائيةأمام المحاكم الشرعية الأردنية، وبين الناحية التطبيقية العملية للواقع في المحاكم الشرعية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى جملة أهداف، أبرزها:

1-بيان مفهوم القاعدة الفقهية.

2-بيان مدى موافقة اجتهاد المحاكم الشرعية المبني على القواعد الفقهية.

3- التطابقات العملية في إجراءات التقاضي من خلال القواعد الفقهية.

منهجية البحث:

سيتبع الباحث في دراسته المنهج الاستقرائي، ويتمثل في الرجوع إلى كتب القواعد الفقهية، وجمع القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع إجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية الأردنية، وربطها بالفروع القضائية في كتب القضاء.

والمنهج الوصفي، ويتمثل في دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالتقاضي وشرحها، وبيان مصادرها وحجيتها.

الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطلعت عليه مَن تناول موضوع القواعد الفقهية المتعلقة بإجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية الأردنية بشكل خاص، أو أفرد لها دراسة مستقلة، وما وجدته أن جهود السابقين تركزت في الحديث عن القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي بشكل عام، وكانت المسائل والأحكام مبعثرة تحتاج إلى من يلم شتاتها ويجمعها في دراسة واحدة، وقد وجدت بعض الدراسات التي تناولت الموضوع بأطروحات مختلفة أبينها كما يأتي:

أولا: القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراه مقدمة من الباحث حسين بن عبد العزيز آل الشيخ، لسنة 1420هـ،في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض.

بَيَّن الباحث فيها القواعد المتعلقة بالدعوى، وكان بحثه لهذه القواعد من ناحية فقهية أصولية، مع ذكر بعض التطبيقات لهذه القواعد من النظام القضائي السعودي الشامل لجانبي المعاملات والأحوال الشخصية.

ثانيا: قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية أطروحة دكتوراه مقدمة من الباحث خالد محمود قرقور، الجامعة الأردنية، لسنة 2001م، المشرف أ.د ماجد أبو رخية.

حيث تناول الباحث القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات في الشريعة الإسلامية، كالإقرار، والشهادة، واليمين، والقرائن، وعلم القاضي، والكتابة ....

وتختلف دراستي عن الدراسات السابقة بأنها دراسة متخصصة في القواعد الفقهية التي تم استقراؤها من اجتهاد المحاكم الشرعية الأردنية التي اقتصر عملها على الأحوال الشخصية، دون التطرق للمعاملات التي مجالها القضاء المدني، وبيان مدى موافقة اجتهاداتها للفقه الإسلامي, وكذلك دراستي ستتفق مع الأطروحة المذكورة من حيث المنهجية، لكنَّها مختلفة معها من حيث المضمون فدراستي ستكون عن القواعد الفقهية

المتعلقة بإجراءاتالدعوى أمام المحاكم الشـــرعية الأردنية، في حين أن الرســـالة المذكورة تتحدث عن القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات.

خطة البحث:

جاءت هذه الدراسة في مباحث، في كل مبحث مطالب، كما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم القاعدة الفقهية

المطلب الأول: مفهوم القاعدة الفقهية لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية

المبحث الثاني: إجراءات الدعوى القضائيةأمام المحاكم الشرعية الأردنية

المطلب الأول: مفهوم الدعوى القضائية

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالدعوى القضائية، وتطبيقاتها أمام المحاكم الشرعية الأردنية

الفرع الأول: قاعدة (الأمور بمقاصدها)

الفرع الثاني: قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان)

الفرع الثالث: قاعدة (الضرر يزال)

الفرع الرابع: قاعدة (العادة محكمة)

الفرع الخامس: قاعدة (الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة)

الفرع السادس: قاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة)

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

المبحث الأول: مفهوم القاعدة الفقهية

المطلب الأول: مفهوم القاعدة الفقهية لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: القاعدة في اللغة: جمع قاعدة، والقاعدة مؤنث القاعد، وهي من قَعَد يقعد قعودا قعد من باب دخل_ ومَقعدا أيضا بالفتح؛ أي: جلس، والقَعدة بالفتح المرة، وبالكسر نوع منه، والقاعد من النساء التي قعدت عن الولد والحيض، الجمع القواعِدُ، وقواعد البيت أساسه، وهي من البيت أساسه فهي: أساس الشيء وأصوله .([1])

ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِذ يَرفَعُ إِبرَٰهِيم ٱلقَوَاعِدَ مِنَ ٱلبَيتِ وَإِسمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّل مِنَّآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلعَلِيمُ﴾[البقرة: ١٢٧].

وقوله تعالى: ﴿قَد مَكَرَ ٱلَّذِينَ مِن قَبلِهِم فَأَتَى ٱللَّهُ بُنيَٰنَهُم مِّنَ ٱلقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيهِمُ ٱلسَّقفُ مِن فَوقِهِم وَأَتَىٰهُمُ ٱلعَذَابُ مِن حَيثُ لَا يَشعُرُونَ﴾[النحل: ٢٦].

من خلال الآيتين السابقتين يتضح لنا أنَّ القاعدة جاءت بمعنى الأساس، وما يبنى عليه الشيء [2], وعليه فإن المعنى اللغوي العام للقاعدة: هو الأصل والأساس، نظراً لابتناء الأحكام عليها، وهذا المعنى هو الذي يعنينا في موضوع هذه الرسالة؛ لأنَّ المطلوب هو ابتناء الأحكام عليها.

الفرع الثاني: القاعدة اصطلاحاً:

عرف العلماء القاعدة بصورة عامة بعدة تعريفات، أهمها:

1- الرازي،مختار الصحاح، ص560.
2- الرازي،مختار الصحاح ،ص479.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

أولاً: عرفها السبكي بأنَّها: الأمر الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منه ([1]).

ثانياً: عرفها الحموي: حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياتها؛ لتُعرف أحكامها منه [(2)].

ويرى الباحث أن التعريف الأخير (حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياتها؛ لتُعرف أحكامها منه) هو الأدق في بيان معنى القاعدة اصطلاحاً؛ كونه جامعاً مانعاً، وكون القاعدة يرد عليها استثناءات، ولذا كانت أكثرية لا كلية.

الفرع الثاني: الفقه لغة واصطلاحا:

أولاً: الفقه لغة:

الفقه من فَقِهَ؛ بمعنى الفهم والعلم [(3)]، يقال: شـــهدت عليك بالفقه، أي: بالفهم والفطنة، وفقهت فلانا كذا وكذا أفقهته إياه، أي: فهمته ففقهته وتفقهته[(4)]، ومنه قوله تعالى:﴿ فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِٱلقَومِ لَا يَكَادُونَ يَفقَهُونَ حَدِيثا ﴾[النساء:78].

3–السبكي، الأشباه والنظائر، ج1،ص11.
4–الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1،ص51.
1 – الرازي، مختار الصحاح، ص252.
2–الزمخشري، أساس البلاغة، ص346.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

والفقه: الفهم والفطنة، ثم خص بعلوم الشريعة [1]. وقال الله تعالى حكاية لقول قوم شعيب عليه السلام لنبيهم: ﴿قَالُواْ يَٰشُعَيبُ مَا نَفقَهُ كَثِيرا مِّمَّا تَقُولُ﴾ [النساء: ٢٧]؛ أي: لا نفهمه كما تفهم الأمور الحاضرة المشاهدة [2].

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "من أراد الله به خيرا يُفقهه في الدين"[3].

ثانيا: الفقه اصطلاحاً، عُرف الفقه اصطلاحاً بعدة تعريفات، أذكر أهمها:

الأول: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال [4].

الثاني: العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفرعية بالنظر والاستدلال [5].

الثالث: معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد [6].

الفرع الثالث: معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا:

اختلف الفقهاء في تحديد معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا، ومن أبرز المعاني:

عرفها التفتازاني بقوله: (القواعد التي يتوصل بها الى الفقه) [7].

3- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2،ص94.
4-الأشقر، زبدة التفسير من فتح القدير، ص 289.
5-البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا، حديث رقم 71، ج1، ص39، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة، حديث رقم1037، ج 2، ص719.

6 –السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج1،ص28 .
1- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1،ص28.
2-- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1،ص28.28.
3-التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج1،ص20.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

وعرفها السبكي:(بأنها الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منها) [1]

عرفها المقري بأنها: كل كلي هو أخص من الأصـــول وأعم من العقود وجملة الضـــوابط الفقهية الخاصـــة[2]، وعرفها الندوي بأنها: حكم شـــرعي في قضـــية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها[3]،وعرفها الباحســـين بأنها: قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية [4].

وعرفها شبير بأنها: قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها[5].

التعريف الذي اختاره الباحث بعد النظر والتأمل في تعريفات الفقهاء للقواعد الفقهية السـالفة الذكر أنَّ القاعدة الفقهية: هي أحكام أغلبية تنطبق على جزئياتها بالقوة، وذلك لأن القاعدة تتضـمن حكما ما يراد التوصـل إليه من خلال المسـألة المعروضـة؛ ولأن القاعدة يرد عليها اسـتثناءات عديدة؛ لذا فإنها ليسـت كلية؛ لأن الأمر الكلي يخلو من الاستثناءات.

شرح التعريف:

قولنا: أحكام؛ لأن القاعدة تتضمن حكما ما يراد التوصل إليه من خلال المسألة المعروضة.

قولنا: أغلبية؛ لأن القاعدة يرد عليها اســـتثناءات عديدة؛ لذا فإنها ليســـت كلية؛ لأن الأمر الكلي يخلو من الاستثناءات.

4–السبكي، الأشباه والنظائر، ج1،ص11.
5– المقري، القواعد، ج1،ص212.
6– الندوي،القواعد الفقهية ،ص43.
7– الباحسين، القواعد الفقهية، ص54.
8– شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص18.

تنطبق بالقوة؛ أي: تأخذ الجزئيات حكم الأغلبية إذا تساوت في علة الحكم وانطبقت عليها أركان القياس.

الفرع الرابع: أهمية القواعد الفقهية:

إن للقواعد الفقهية أهمية وفوائد تتمثل في النقاط الآتية:

تساعد على ضبط الفروع والجزئيات الفقهية الكثيرة التي تندرج تحت موضوع وحكم واحد وحصرها وجمع شتاتها [1].

1-تساعد على سهولة تذكر المسائل والفروع والجزئيات التي تندرج تحت القاعدة؛ وذلك لأنها سهلة الحفظ كونها مصاغة بعبارة جامعة موجزة [2]، وفي هذا قال القرافي: "من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"[3].

2-تُكوِّن القواعد الفقهية عند الباحث ملكة فقهية قوية تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعددة، ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمسائل المتكررة [4].

1- الزحيلي،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، ص 27.

2-ا الزحيلي،القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، ص 27.

3-القرافي، الفروق ، ج1 ،ص3.

4-السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص1417.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

وفي هذا يقول الإمام السيوطي –رحمه الله–: اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يُطَّلع على حقائق الفقه ومداركه وأسراره، ويتمهد في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان[1].

3–إن دراسة القواعد الفقهية وإبرازها تُظهر مدى استيعاب الفقه الإسلامي للأحكام، ومراعاته للحقوق والواجبات، وتُسهل على غير المختصين بالفقه الاطلاع على محاسن هذا الدين[2].

المبحث الثاني: إجراءات التقاضي لدى المحاكم الشرعية

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالدعوى وتطبيقاتها لدى المحاكم الشرعية.

أولا: تعريف الدعوى لغة: الدعوى أصلها من الفعل الثلاثي دعو، فتقول دعا يدعو، ودعوتُ أدعو دعاء، وألف كلمة دعوى للتأنيث، وتجمع على دعاوى (بفتح الواو وكسرها)، يقال: ادعيت الشيء طلبته لنفسي[3]، طلب الشيء زاعماً ملكه، وهو أن يزعم الإنسان أن له حقاً سواء أكان محقاً أم مبطلا[4].

ثانيا: الدعوى في الاصطلاح :لقد وردت عدة تعريفات للدعوى عند الفقهاء منها:

1–السيوطي، الأشباه والنظائر، ص33.
2–آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص25.
3-ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص268–269، الفيومي،المصباح المنير، ج1،ص209.
4–الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج 4، ص329، ابن منظور، لسان العرب، ج14،ص361.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

تعريف الحنفية: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حـــق نفسه[1] .

تعريف الشافعية "الدعوى": إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم [2].

تعريف الحنابلة "الدعوى": هي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته [3].

وعرفها الدكتور محمد نعيم ياسين: (قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أومن يمثّله، أو حمايته) [4].

التعريف المختار:

بعد التدقيق في التعريفات الســـابقة للفقهاء للدعوى يرى الباحث أن التعريف المختار للدعوى هو تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين :(قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أومن يمثّله، أو حمايته).

وجه اختيار هذا التعريف المختار:

1. بيانه لطبيعة الدعوى باعتبارها تصرّفاً قوليّاً مباحاً.

2. تمييزه بين الدعوى بالمعنى اللغوي، والدعوى بالمعنى الاصطلاحي.

5–ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 8، ص285

6_الشربيني، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين، ج4، ص461

1–ابن قدامه المغني مع الشرح الكبير، ج4،ص208 ،المرداوي ،الإنصاف في معرفة الراجح على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج11 ،ص342 .

2–ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص83.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

3- ميّز بين التعريفات التي لا يشترط لصحّتها حصولها في مجلس القضاء كالعقود ـ وبين غيرها من التصرّفات التي يشترط لها مجلس القضاء [1].

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالدعوى

الفرع الأول: قاعدة الأمور بمقاصدها [2]

أولا: معنى القاعدة: المراد بالأمور في القاعدة: تصـــرفات المكلفين، وهي محصـــورة في الأقوال والأفعال والاعتقادات والتروك، والمقاصد: جمع، مفرده: مقصِد وهو مصدر كالقصد، والقصد في اللغة: إتيانُ الشيءِ وأَمُّهُ [3]، فالمقاصد هي النوايا.

والنية في اللغة: العزم على الشيء، يقال نويت نية أي عزمت[4].

وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الشافعية بأنها: قصد الشيء مقترناً بفعله [5] .

والمراد بالمقاصد في هذه القاعدة: مقاصد المكلفين؛ أي: نواياهم لا مقاصد الشارع.

وعندما نقول: الأمور بمقاصدها؛ نعني: أن أحكام أفعال وأقوال المكلفين متعلقة بمقاصدهم ونياتهم.

ثانيا: أدلة القاعدة:

1-**القرآن الكريم:**

3- ياسين نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية،ص 82-83.

1-الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج1،ص97 ، ابن نجيم ،**الأشباه والنظائر**،ص27.

2-ابن فارس أحمد بن فارس بن زكريا، معجم **مقاييس اللغة**، ج5، ص 95.

3-ابن منظور،**لسان العرب**،ج15،ص347-349.

4- الجمل،**حاشية الجمل على شرح المنهج**،ج1،ص107 .

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ حُنَفَآءَ وَيُقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَذَٰلِكَ دِينُ ٱلۡقَيِّمَةِ﴾ [البينة :5]؛ فالآية تدل على وجوب النية في العبادات؛ لأن الإخلاص من عمل القلب([1]) والإخلاص لا يتحقق إلا بالقصد والنية ([2]).

وقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يعلم ٱلۡمُفۡسِدَ مِن المُصۡلِحِ وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لأَعۡنَتَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[البقرة : 220]؛ فهذه الآية دليل واضح على اعتبار القصد والنية، وهي أصل لهذه القاعدة، ومن ثم قال الإمام السيوطي معقبا على الآية السابقة: الآية أصل لقاعدة الأمور بمقاصدها؛ فرب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر [(3)].

2-**السنة النبوية**: الأحاديث التي ربطت العمل بالنية كثيرة، منها:

1-ما تفرّد به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليهِ [(4)]. هذا الحديث اتفق العلماء على صحته وتلقيه بالقبول، وبه صدر البخاري كتابه الصحيح.

وقد جعل الإمام السيوطي هذا الحديث أصلا لهذه القاعدة، حيث قال: الأصل في هذه القاعدة قولهﷺ: إنما الأعمال بالنيات، وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه [(5)].

5-الشوكاني،**فتح القدير**، ج 5،ص47.
6-السيوطي،**الإكليل في استنباط التنزيل** ،ص 221.
1-السيوطي،**الإكليل في استنباط التنزيل** ،ص226.
2-البخاري،صحيح البخاري ،كتاب بدء الوحي،باب (1)،حديث رقم(1)، ج1،ص2
3-السيوطي،الأشباه والنظائر ،ص8.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

2-ومنها حديث أم المؤمنين أم عبد الله عائشة رضي الله عنها قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم: "يغزو جيش الكعبة؛ فإذا كانوا ببيداء من الأرض يُخسف بأولهم وآخرهم، قالت: قلت، يارسول الله: كيف يُخسف بأولهم وآخرهم، وفيهم أسواقهم، ومن ليس منهم، قال: يُخسف بأولهم وآخرهم ثم يُبعثون على نياتهم"[1]

3-**المعقول:**

1-إن أفعال العقلاء الاختيارية لا تصـــدر إلا عن قصـــد وإرادة، فلو كُلفوا أن يعملوا عملا بغير قصد وإرادة لكان تكليفا بما لا يطاق[2].

2-إن الشـارع لم يعتد بأفعال من انتفى قصـده: كالمجنون والمعتوه والمخطئ والناسـي وغيرهم، ويلزم من ذلك اعتبار قصـد ما يقابله ممن تحقق قصـده؛ لأن تصـرفات المكلفين لا تخرج عن إحدى حالتين: الاعتبار أو عدمه[3].

ثالثا: أمثلة على القاعدة:

إن قاعدة الأمور بمقاصـدها مقيدة بالعمل المصـاحب للنية، بمعنى: أن النية إذا تجردت عن العمل فإنها لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية [4].

4- البخاري،صحيح البخاري،كتاب الإيمان،باب(41) ،حديث رقم 71ج1،ص20،.

1-الفتوحي، شرح الكوكب المنير،ص393.
2- الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ص393.
3- شبير، القواعد الكلية، ص125.
4-السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٧٧.
5-قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة ٣٥

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

ومثال ذلك: إذا نوى الرجل طلاق زوجته في قلبه، ولم يتلفظ بالطلاق فلا يُعدُّ ذلك طلاقا [1]

ولو قال الرجل لزوجته: اذهبي إلى بيت أهلك، فإن قصد بذلك الطلاق، وقع وإلا فلا. [2]

خامسا: تطبيقات القاعدة في المحاكم الشرعية:

أولا: قانون أصول المحاكمات الشرعية:

1-نص القانون على أنه إذا كان المدعى عليه قاصراً، أو شخصاً فاقداً للأهلية، تبلغ الأوراق القضائية إلى وليه أو الوصي عليه [2]؛ لأن تبليغ مثل هؤلاء لا يحقق الغاية

2-القانون ركز على وجوب أن يكون بين الطرفين خصومة حقيقية، ورفض كل دعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع إن كان القصد من الدعوى الاحتيال على حكم بما يدعيه أحدهما [3]، وذلك لأن الأمور بمقاصدها.

3-جعل القانون لكثير من إجراءاته غايات ومقاصد؛ فإذا تحققت الغاية من هذا الإجراء صح، وإلا فلا؛ فمثلا: إذا تم التبليغ بصورة لم ينص عليها القانون لم يحقق الغاية منه يكون التبليغ باطلا [4]، لأن المقصود من التبليغ إعلام المدعى عليه بموعد الدعوى، وبما أنه حضر فتكون الغاية من

4-التبليغ قد تحققت والأمور بمقاصدها.

1- قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة (26).
2 - قانون أصول المحاكمات الشرعية المادة 44).
3- -داوود،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ج2،ص199.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية:

نص القانون على ما يلي: يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة، وما اشتهر استعماله فيه عرفا دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية: وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية، فلو قال مثلا لزوجته: أنت محرمة عليَّ مثل أختي، هذا اللفظ من الكنايات إن نوى به طلاقا وقع طلاقا، وإننوى ظهارا وقع ظهارا (1).

فهذه المادة من القانون تدل دلالة واضحة على أن القانون يعول في كثير من مواده على النية والقصد، وهو إعمال لقاعدة الأمور بمقاصدها.

1–قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة (84)

الفرع الثاني: قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان [1]

أولا: معنى القاعدة:

تعني القاعدة اعتبار الحكم الثابت في زمن ما مستمراً في سائر الأزمان حتى يظهر الدليل على خلافه؛ أي: إذا ثبت كون الشيء في زمن على حال، فإذا لم يقم الدليل على تغير حاله يعتبر أنه قد بقي بتلك الحال؛ لأن البقاء والاستقرار هو الأصل والعدم طارئ [2].

ويُنظر إلى الشيء على أي حال كان في الماضي، فيُحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقم دليل على خلافه؛ لأنه تحقق وجود ذلك الشيء في الماضي، فيُحكم بدوامه في الحاضر [3]، وهذا هو الاستصحاب، والاستصحاب هو آخر مدار الفتيا، فإن المفتي إذا سُئِل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب والسنة والإجماع

1-ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص58.
2- الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص647؛ السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، ص37.
3-ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٥٧

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

والقياس؛ فإن لم يجد فيأخذ حكمها من استصحاب الحال، فإن كان التردد في زواله، فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته [1].

ثانيا: أدلة القاعدة:

يُستدل لهذه القاعدة بقول النبي صلى الله عليه وسلم، قال: إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأُشكل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا [2].

وجه الدلالة: قال النووي هذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه وهيأن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليه [3].

فالحديث صريح في أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث فله أن يصلي؛ لأن الأصل الطهارة، والأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يأت دليل يغيره، فإذا سمع صوتا أو وجد ريحا تغير ذلك الأصل، فلا يُصلي لتغير الحالة السابقة.

ثالثا: الأمثلة على هذه القاعدة:

1-زوج الأب ابنته معتقدا بكارتها، فتشهد أربع نسوة بعدم ثبوتها عند العقد لم يبطل العقد؛ لجواز إزالتها بإصبع أو أمر طارئ كالسقوط من علو؛ لأن الأصل البكارة [4].

4-الشوكاني، إرشاد الفحول الى تحقيق علم الأصول، ج2، ص735.
5--مسلم، صحيح مسلم، باب الدليل على من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته، حديث رقم 546،ج1،ص105.
6-النووي، شرح صحيح مسلم، ج3،ص46.
1-السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1،ص52.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

2-لو أنجبت الزوجة وطلقها الزوج فاختلفا في وقت الطلاق، فقال الزوج: طلقت بعد الولادة فلي الرجعة، وقالت الزوجة: بل قبلها وانقضـــت عدتي، فالقول قول الزوج في بقاء العدة وثبوت الرجعة، سواء كان وقت الولادة معينا بالاتفاق أو مبهما [1].

رابعا: الاستثناءات الواردة على القاعدة:

من المسائل التي استثناها الفقهاء من القاعدة:

ما لو ادعت المرأة مضـي عدتها في مدة تحتمل صـدقت بيمينها مع أن الأصـل بقاء العدة بعد وجودها؛ وذلك لأن مضـــي العدة من الأمور التي لا تُعلم إلا منها، فإذا لم يقبل قولها في مضـــيها لا يمكن ثبوت مضـــيها أصـلا، فقبل قولها في ذلك ضرورة [2].

خامسا: تطبيقات القاعدة في المحاكم الشرعية:

أولا: قانون الأحوال الشخصية الأردني:

نص القانون في بعض مواده على ما يُبين تطبيق القاعدة فيه، وعلى سبيل المثال ما يلي:

1-القضاء الشرعي الأردني لم يتسرع بالحكم بموت المفقود؛ إذ إن الأصل بقاء حياته، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، ولذا قد جعل للمفقود حالتين:

في الظروف العادية وفي حال الأمن وعدم الكوارث يؤجل الأمر أربع ســـنوات, وإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود, وأصرت الزوجة على طلبها, يفسخ القاضي عقد زواجهما[3].

2-الشربيني، مغني المحتاج، ج1،ص440.
3-الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص93.
1-قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (143).

- في الظروف غير العادية: كأن يكون فقده إثر كارثة كزلزال، أو غارة جوية، أو في حالة اضـــطراب الأمن، وحدوث الفوضى، وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده [1].

لأن الأصل في مثل هذه الظروف موته، هذا وقد أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني على القاضي في كل الأحوال أنَّه لا بدَّ من التحري عن المفقود بكل الوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا.

2-إذا ادعت الزوجة انتهاء العدة قبل مـــرور ثلاثة أشهر على انقضاء عدتها، فلا يقبل منها ذلك [2]؛ لأن الأصل بقاء العدة قبل هذه المدة،ولأنأقل مدة للعدة هي ثلاث شهور.

3-كلف القضـــاء الشـرعي الأردني من يدعي الطلاق أن عليه البينة بينما جعل القول قول من ينكر بيمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح فيُستصحب هذا الأصل حتى يأتي الدليل على خلافه [3].

ثانيا: محكمة الاستئناف الشرعية:

1-ورد في كثير من قرارات محكمة الاســـتئناف ما يمكن أن يكون تطبيقا لهذه القاعدة؛ فعلى سبيل المثال جاء في أحد قراراتها: ((لا حاجة لإثبات أن البنت عند أمها بعد إقرارها بوجودها عندها، ثم ادعائها أنها عند شـقيقها؛ لأن الأصـل بقاء ما كان على ما كان، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه)) [4].

2- قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (144)
3- قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (145)
4-عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص213، 216.
5- محكمة الاستئناف الشرعية،عمان،قرار رقم (9910)،تاريخ 1958/6/11م

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

2- عدَّتْ محكمة الاستئناف الشرعية أن عدم قيام المحكمة الابتدائية بالتحري عن مفقود عرضة لفسح الحكم [1].

يتبين لنا من قانون الأحوال الشخصية الأردني وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية إعمالهما لقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان.

الفرع الثالث: قاعدة الضرر يزال [2]

أولا: معنى القاعدة: هذه القاعدة فيها من الفقه مالا حصر له، ولعلها تتضمن نصفه؛ فإن الأحكام: إما لجلب مصالح أو درء مفاسد؛ فيدخل فيها دفع الضرر عن الضروريات الخمس: حفظ الدين والنفس والمال والعرض والنسب [3].

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى،التي اتفق الفقهاء عليها،ينبني عليها الكثير من أبواب الفقه [4].

ثانيا: أدلة القاعدة:

أ- **القرآن الكريم:** وردت عدة آيات تنهى عن المضارة منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- النهي عن المضارة في الوصية في قوله تعالى: ﴿مِن بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ﴾] النساء:12]

قال ابنُ عباس رضي الله عنه: الإضرار في الوصية من الكبائر، ثم تلا هذه الآية [5].

1-محكمة الاستئناف الشرعية، عمان،قرار رقم (16862)،تاريخ 1971/12/6م
2-ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص58، الحموي، غمز عيون البصائر، ج1 ،ص274 ،السبكي ،الأشباه والنظائر ،ج1 ،ص41 ،السيوطي ،الأشباه والنظائر ،ج1 ،ص165.
3-المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ج8،ص3846.
4-السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1،ص161،ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ،ص85.
5-ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص267.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

2- ((النهي عن الإضـرار بالرجعة في النكاح؛ بمعنى: أن يكون قصـد الزوج من الرجعة إيقاع الضـرر بالزوجة، حيث كانوا في أوّل الإسـلام قبل حصـر الطَّلاق في ثلاث، يطلِّقُ الرَّجلُ امرأة ، ثم يتركُها حتّى تقارب انقضاءَ عدَّتها، ثم يُراجعها، ثم يطلِّقُها، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية، فيدعُ المرأةَ لا مُطلَّقةً ولا ممسكةً، فأبطل الله ذلك، وحصر الطَّلاق في ثلاث مرات))[1].

قال تعالى: ﴿وَإِذا طَلَّقتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَقَد ظَلَمَ نَفسَهُ﴾[البقرة:231].

ب-**السنة النبوية:**

1-الأحاديث التي تنهى عن الضرر والإضرار مستفيضة منها: قول رَسُول الله صلى الله عليه وسلم"لاضَرَر وَلاَ ضِرَارَ "[2].

يدلُّ الحديث على منع الضرر عاما أيا كان، فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره.

2-قوله صلى الله عليه وسلم:"المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخذله، ولا يحقره، التقوى ههنا، ويشير إلى صدره ثلاث مرات، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه"[3].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم في الحديث، أنواعا من الضرر كالظلم والخذل وغيرهما، ثم قال: "كل المسلم على المسلم حرام"؛ أي: كل ضرر يلحق المسلم فهو محرم، بل إن كلمة الظلم، تشمل جميع

1- ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص268 .
2-ابن ماجه ،السنن ،كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ،حديث رقم(2363) ،ج2 ،ص285.
3-مسلم ،صحيح مسلم،كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله ،حديث رقم(٢٥٦٤)،ج ٤،ص1986،.

أنواع الضرر؛ لأن الظلم وضع الشيء في غير موضعه، وأخذه من غير وجهه، ومن أضر بأخيه المسلم، أو بمن له ذمة، فقد ظلمه[1].

ج–من آثار الصحابة:

1- ما روي عن معاوية بن أبي سفيان أَنَّهُ أُتِيَ بِمَجْنُونٍ قَتَلَ رَجُلاً؛ فَكَتَبَ إِلَيْهِ مُعَاوِيَةُ أَنِ اعْقِلْهُ وَلاَ تُقِدْ مِنْهُ فإنه لَيْسَ عَلَى مَجْنُونٍ قَوَدٌ[2].

وجه الدلالة: أن المجنون مسؤول في ماله إذا صدر منه فعل ضار كالقتل؛ فإنه يتحمل الدية من ماله؛ لأن فعله من غير قصد يشبه قتل الخطأ، وقتل الخطأ يختص بالعقل دون القصاص[3].

دليل العقل:

قد دلَّ العقل السليم على صحة القاعدة أيضا، قال أبو الحسن البصري: معلوم بالعقل وجوب التحرز من المضار وحسن اجتلاب المنافع[4].

وقال الفخر الرازي: "دفع الضرر مستحسن في العقول، فوجب أن يكون الأمر كذلك في الشرع "[5].

4-القرطبي ،التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، ج20،ص157.
1-السيوطي، تنوير الحوالك شرح موطأ مالك،ج2،ص182.
2-الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج7،ص71.
3-أبوالحسن البصري، المعتمد في أصول الفقه، ج2،ص106.
4-الرازي، التفسير الكبير، ج٢٢، ص١٤١.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

رابعا: تطبيقات القاعدة من المحاكم الشرعية:

أولا: قانون أصول المحاكمات الشرعية:

1-أجاز القانون الحجر على السفيه؛ لأن السفيه لا يُحسن التصرف بأمواله، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بالورثة، ولأن الضرر يزال [1]

2-شرع قانون أصول المحاكمات الشرعية طرقا عدة للطعن بالأحكام القضائية، ومن هذه الطرق: الاعتراض على الحكم الغيابي، واعتراض الغير، والاستئناف، وإعادة المحاكمة [2]،والطعن لدى المحكمة العليا الشرعية، من أجل أن يعطي فرصة لمن يعتقد أنه متضرر أن يطعن بالحكم الصادر ضده لدى الجهات المختصة محاولة منه لرفع الضرر الذي وقع عليه، وهذه الفرصة التي أتاحها القضاء الشرعي الأردني تطبيق لقاعدة: الضرر يزال، وعليه فيُفسخ الحكم أو يُعدل إذا ثبت وقوع ضرر بغير وجه حق على من طعن بالحكم.

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية الأردني:

1-نص القانون على أن للقاضي عند طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج أن يفسخ العقد مالم تحمل الزوجة من فراشه، أما بعد الحمل فلا يُفسخ النكاح؛ فالمرأة إن زوجت نفسها من غير كفء، فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح [3]؛ وذلك لأن وليها يتضرر من زواجها من غير كفء، ويعير بذلك، ولذا فإن القضاء الشرعي الأردني، أجاز للولي طلب فسخ النكاح لإزالة الضرر.

5-قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة (10) ،داوود،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج1،ص443.
1-ابو البصل،شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية،ص204وما بعدها، قانون أصول المحاكمات الشرعية المواد(106-117)
2-قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (22-23).

2-نص القانون على أن من له أكثر من زوجة يجب عليه أن يعدل بينهن في المعاملة، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن [1]؛ فالقانون منع إسكان الضرائر في دار واحدة؛ وذلك لأن اجتماعهن في بيت واحد يؤدي إلى وقوع الضرر بهن وبغيرهن.

3-نص القانون على أن الزوج إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ الحكم فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ولم يقل إنه معسر أو موسر أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق القاضي عليه في الحال، وإذا ادعى العجز ولم يثبته طلق عليه في الحال،

4-وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر؛ فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك [2]، فالقانون أجاز صور عدة للتفريق بين الزوجين منها: التفريق للغيبة والهجر [3]، والتفريق للشقاق والنزاع [4]، والتفريق للعجز عن دفع النفقة[5]، والتفريق للعيب[6]، والتفريق بسبب الحبس [7].

ويمكن القول إن جميع الحالات السابقة من التفريق كان أساسها مبنيا على أن الضرر يزال؛ لأن الضرر في جميع الحالات السابقة قد كان وقوعه على الزوج والزوجة معا، فجاء القضاء الشرعي الأردني لكي يرفع الضرر فأجاز صور التفريق السابقة، ولكن التفريق يكون وفق شروط قد حددها القانون وبينها.

3-قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (75).
4- قانون الأحوال الشخصية الأردني (115).
1-داوود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج1، ص 223-250.
2- قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (126)
3 قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (115)
4 قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (128)
5- قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (125)

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

ثالثا: محكمة الاستئناف الشرعية:

بتدقيق قرارات محكمة الاستئناف الشرعية بما يتعلق بقاعدة الضرر يزال تبين أن هذه الدعوى ترد على جميع أنواع دعاوى التفريق القضائي، وسيقف الباحث عند بعض تلك القرارات التي توضح معنى هذه القاعدة موضوع النقاش، وهي تدل على باقي أنواع التفريق لاشتراكها في العلة؛ وهي إزالة الضرر.

أولا: جاء في قرار محكمة الاستئناف في دعوى طلب فسخ عقد الزواج من زوجها للعيب، وهو عقمه وعدم قدرته على الإنجاب وتضررها من هذا الوضع بموجب نص المادة (136) من قانون الأحوال الشخصية التي تقول: للزوجة القادرة على الإنجاب، ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها[1].

وقد جاء في قرار المحكمة الابتدائية برد دعوى المدعية التي قامت برفع دعوى طلب فسخ زواجها لأن الزوج لا يُنجب، فقامت المدعية باستئناف الحكم لدى محكمة الاستئناف الشرعية, فكان قرار محكمة الاستئناف هو فسخ عقد الزواج؛ لتوفر الأسباب الموجبة لذلك، وسندا للمادة 148 من قانون أصول المحاكمات الشرعية[2]،وعملا بالمادة 136 من قانون الأحوال الشخصية[3]، ولإثبات الدعوى بما يتوافق مع المادة 90 من

6-محكمة استئناف عمان الشرعية، قرار رقم 95536، تاريخ 2014/11/5م.

1-في حالة فسخ الحكم المستأنف كله أو بعضه كما ورد في المادَة (146) وكانت القضيَة صالحة للفصل تكمل محكمة الإستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها وتتم الإجراءات ومن ثمَ تحكم في أساس القضيَة أو تعدِل حكم المحكمة البدائيَة دون أن تعيد القضيَة إلى المحكمة المذكورة إلَا إذا كانت هنالك أسباب ضروريَة أو كان القرار المستأنف ممَا ورد في المادَة (137) من هذا القانون.

2- يثبت الجنون والعته والأمراض التي توجب فسخ النكاح في دعوى الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً على الطمأنينة يحال الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

قانون أصول المحاكمات الشرعية[1]؛ فقررت المحكمة فسخ عقد الزواج للمستأنفة المدعية للعقم؛ وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ صدور الحكم[2].

وقد عللت محكمة الاستئناف الشرعية التفريق للعقم بالعلة الأساسية لجميع دعاوى التفريق؛ وهي حصول الضرر للزوجة، فاعتبرت عجز الزوج عن الإنجاب وبقاء الزوجة بدون ولد نوعا من الضرر الذي سيلحق بها، والزوجة لا تستطيع رفع هذا الضرر إلا عن طريق القضاء، وعدَّت محكمة الاستئناف الشرعية أن الضرر تجب إزالته عملا بقاعدة الضرر يزال.

الفرع الرابع: قاعدة العادة محكمة [3]

أولا: معنى القاعدة:

إن كل ما ورد به الشرع مطلقا؛ أي من غير تقييد، أو تحديد أو تقدير، فالعرف فيه محكم مالم يكن هناك ضابط لغوي يجب حمل النص عليه، وذلك بأن يكون اللفظ صريحا لا يقبل التأويل [4].

ومعناها كذلك أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه [5]؛ أي أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات؛ فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة [6] .

3- للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها.

4- محكمة استئناف عمان الشرعية ،قرار رقم 95536،تاريخ 2014/11/5

1-، ابن نجيم ،الأشباه والنظائر، ص92، السيوطي ،الأشباه والنظائر، ص89، الندوي ،القواعد الفقهية، ص293.

2-إسماعيل ، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه،ص156.

3-شبير، القواعد الكلية ،ص233.

4-الزرقا،شرح القواعد الفقهية،ص219

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

ثانيا: أدلة القاعدة

* القرآن الكريم

1- قوله تعالى:﴿**لَا** يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغوِ فِيٓ أَيمَٰنِكُم وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلأَيمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِن أَوسَطِ مَا تُطعِمُونَ أَهلِيكُم أَو كِسوَتُهُم أَو تَحرِيرُ رَقَبَة فَمَن لَّم يَجِد فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّام ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيمَٰنِكُم إِذا حَلَفتُم وَٱحفَظُوٓاْ أَيمَٰنَكُم كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّه لَكُم ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُم تَشكُرُونَ ﴾[المائدة:89].

وجه الدلالة:قال القرطبي (نزول الآية في الوسط يقتضي الخبز والزيت أو الخل, وما كان في معناه من الجبن والكشك كما قال ابن حبيب [1]. فقوله تعالى: (مِنْ أَوْسَطِ) يقرر لنا الضابط الذي يلجأ إليه في تحديد مقدار الطعام وتوفير الكسوة في جميع الأحكام المتعلقة بالكفارات التي لم ينص الشارع فيها على مقدار معلوم محدد، فيرجع فيها إلى العرف والعادة السائدة والمتبعة.

2- قول الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلعَفوَ وَأمُر بِٱلعُرفِ وَأَعرِض عَنِ ٱلجَٰهِلِينَ﴾[الأعراف:199].

استدل بعض أهل العلم بهذه الآية الكريمة على اعتبار العرف، وكأنه فسره بالعرف الاصطلاحي وأشهر هؤلاء الإمام القرافي- رحمه الله تعالى-؛ فإنه قال في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت؛ فكل ما شهدت به العادة قضي به؛ لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة [2].

هذا والمشهور أن المراد بالعرف في الآية إنما هو المعروف وهو أفعال الخير، كما نص عليه غير واحد من أهل العلم [3].

3- قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى** ٱلمَولُود لَهُۥ رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِٱلمَعرُوفِ﴾[لبقرة:233].

5-القرطبي ،تفسير القرطبي،ج5،ص242.
1-القرافي،الفروق، ج3، ص276.
2-ابن كثير ،تفسير ابن كثير، ج3، ص532.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

فهنا نص سبحانه وتعالى على أن الكسوة بالمعروف، وكذلك السكنى وحاجة الدار يرجع فيها إلى العرف السائد من غير تقدير.

السنة النبوية:

1- حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة – رضي الله عنها- قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف [1]، والمقصود بالمعروف في الحديث هو الأمر المعتاد المتعارف؛ أي: القدر الذي عُلم بالعرف والعادة أنه يكفي الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المألوف.

2- حديث حمنة بنت جحش [2] – رضي الله عنها- التي كانت تُستحاض فسألت النبيﷺعن صلاتها وصيامها وقد جاء فيه: وكذلك فافعلي كما تحيض النساء، وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن [3].

وعلى ذلك فما تعارفه الناس في تحقيق مصالحهم وتيسير أمورهم دون أن يتناقض مع نص شرعي أو حكم ثابت من الأحكام الشرعية؛ فهو عرف صحيح، وعادة معتبرة في الشريعة يرجع إليها الناس في معاملاتهم، ويرجع إليها الفقهاء والقضاة في بيان الحقوق والواجبات بين الناس، وتكون تلك العادة أو ذلك العرف حجة ودليلاً شرعياً في الأحكام وتعليل الآراء بترجيح بعضها على بعض، ويعتمد عليها في تفسير الأحداث والقضايا، وحل المشكلات وفصل المنازعات مع اختلاف وتفصيل في ذلك بين الفقهاء.

3-البخاري ، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم 5049 ، ج 5 ، ص2052

1-هي حمنة بنت جحش الاسدية _رضي الله عنها_أخت زينب بنت جحش ام المؤمنين رضي الله عنها،وكذلك حمنة زوجة عبد الرحمن بن عوف ،ولها هجرة رضي الله عنهم جميعا ،الذهبي ،سير أعلام النبلاء ، ج2،ص215.

2-البيهقي، سننالبيهقي،كتابالطهارة،باب المبتدئة لا تميز بين الدم ،ج1،ص338،الحاكم ،المستدرك على الصحيحين،ج1،ص279..

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

آثار الصحابة:

1-ما روي عن علي ابن أبي طالب – رضـي الله عنه- أنه قضـى في متاع البيت: أن ما كان للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهوللنساء[1]، فهذا يدل على أن العرف معتبر في التشريع.

2-ماروي عن ابن مسـعود رضـي الله عنه قال: ما رآه المسـلمون حسـنا فهو عند الله حسـن [2]، وهذا الأثر اعتبره كثير من العلماء هو أصل للقاعدة السابقة العادة محكمة [3].

ثالثا: الأمثلة على القاعدة:

امرأة لم يســم لها مهر، كان لها مهر مثلها؛ فإن حدث أن مثلها في البلد قد بولغ في مهرها دون غيرها، فإنه لا يقاس عليها، ولكن يقاس على ما جرت به العادة في أمثالها، وكذلك يجري هذا في تجهيزها وسكناها وغير ذلك من الحقوق التي كان ينبغي أن ينص عليها [4].

خامسا: تطبيقات القاعدة في المحاكم الشرعية

أولا: قانون أصول المحاكمات الشرعية:

اعتمد القانون على المستندات العرفية [5]، ولكنه أجاز الطعن بها بالإنكار والتزوير، وقد جاء ذلك صريحا في بعض القرارات التي صـدرت عن محكمة الاسـتئناف الشـرعية ومنها: يعمل بالعرف وتطبق العادة عندما ينعدم النص الشرعي [6].

3-البيهقي، السنن الكبرى، ج10،ص269.
4-الامام احمد،مسند الإمام احمد بن حنبل،ج1 ، ص379.
5-ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٣٩
1-اسماعيل ،القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه،ص154
2-داوود،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ج2،ص580-581.
3--داوود،القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ،ج1،ص393

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية الأردني:

نصت المادة (39) من القانون [1] على أن المهر مهران: مسمى: وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد، قليلا كان أو كثيرا، ومهر المثل وهو: مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها، وإذا لم يوجد أمثال من قبل أبيها، فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها [2]؛أي أن المعتبر في تحديد مهر المثل هو ما تعارف عليه أهل الزوجة أو أهل البلدة التي تسكن فيها.

1- نصت المادة (44) من القانون على أنه إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة، بحسب حال الزوج على ألا تزيد عن نصف مهر المثل [3]، فهذه المادة نص صريح في الاعتماد على العرف والعادة في تحديد المتعة.

2- نصت (المادة 59/فقره ب) على أن نفقة الزوجة تشمل الطعام، والكسوة، والسكنى، والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم [4].

3- نصت المادة (70) من القانون على أن أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه، وثمن العلاج، والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف، حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أم غير قائمة [5].

4- قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (39).
5-عمرو، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية،ص٣٢٥
6-قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (44).
1-داوود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج2،ص1134، قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (59).
2- قانون الاحوال الشخصية الأردني المادة (70).

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

الفرع الخامس: قاعدة الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة [1]

أولا: معنى القاعدة:

يجب على القاضي أن يبحث عن حكم الواقعة المعروضة أمامه في القرآن الكريم؛ فإن لم يجد فيه فيقضي بسنة رسول الله ﷺ؛ فإن لم يجد فيلجأ إلى إجماع الأئمة إن وجد إلى ذلك سبيلا، وإلا يجتهد برأيه إن كان أهلا لذلك، وهذا من أصول الشريعة في حفظ حقوق الناس من أن تضيع.

ثانيا: أدلة القاعدة:

القرآن الكريم:

قوله تعالى:"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا"[النساء:59].

وقوله تعالى: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"[النساء:65].

ويمكن أن يستدل به على هذه القاعدة من السنة النبوية ما يلي:

ما رواه معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال: يا معاذ كيف تصنع إن عرض لك القضاء؟ قال أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم يكن بسنة رسول الله؟ قال: أجتهد برأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدري، وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله [2].

3-اب نفرحون، تبصرة الحكام، ج1،ص51،النووي ،روضة الطالبين،ج11،ص95،البهوتي، كشاف القناع،ج6،ص442،.
1-ابوداود ،سنن ابي داود حديث رقم(3592-3593) ، ج3،ص303.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

قال ابن القيم:وقد أقر النبيﷺ معاذا على اجتهاد رأيه فيما لم يجد نصا عن الله ورسوله[1].

هذا الحديث يدل دلالة واضحة على أنه يجب على القاضي عندما تُعرض عليه مسألة أن يرجع إلى القرآن الكريم ثم إلى السنة النبوية ثم يجتهد برأيه إن كان أهلا لذلك، وهو تطبيق للقاعدة السابقة.

ثالثا: ومن الآثار:

ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى القاضي شريح رسالته المعروفة التي أصبحت فيما بعد حتى وقتنا الحاضر أساسا لوضع الكثير من قواعد القضاء، حيث جاء في تلك الرسالة: إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به؛ فإن جاءك شيء ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانظر إلى ما اجتمع عليه الناس؛ فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولا بسنة نبيه ولم يتكلم به أحد من قبلك فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد وتتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولاارى التأخر إلا خيرا لك [2].

رابعا: تطبيقات القاعدة من المحاكم الشرعية:

بيَّن الباحث فيما سبق أن القضاء الشرعي الأردني يستمد أحكامه من نصوص الشريعة الإسلامية، ولكنه لم يترك الأمر مطلقا لأمر القاضي أن يطلع على تلك النصوص الشرعية ويطلع على آراء الفقهاء ومعرفة الراجح منها، بل صاغ القانون تلك النصوص على شكل مواد قانونية، متمثلة في قانون أصول المحاكمات الشرعية، وقانون الأحوال الشخصية الأردني، وقام بإلزام المحاكم الشرعية التابعة له بتطبيق هذه المواد القانونية [3].

2-ابن القيم ،إعلام الموقعين،ج3،ص23.
3-المقدسي،الأحاديث المختارة،ج1،ص239.
4-عمرو ، القرارات القضائية في الأحوال الشخصية، ص25،.

وما سبق ما هو إلا تطبيقا لقاعدة الأصل في القضاء الرد إلى الكتاب والسنة.

الفرع السادس: قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة [1]

أولا: معنى القاعدة:

إذا كان للفظ معنيان: معنى حقيقي ومعنى مجازي، وورد مجردا عن مرجح يُرجح أحد المعنيين على الآخر يراد به حينئذ المعنى الحقيقي لا المجازي؛ لأن المجاز تخلف عن الحقيقة، فتُرجح هي عليه في نفسه [2].

ثانيا: أدلة القاعدة:

ذكر الزحيلي في أثناء حديثه عن مصادر القواعد الفقهية قوله: (قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة المأخوذة من اللغة العربية) [3]

ويُفهم من كلامه أن المرجع في هذه القاعدة هو معرفة اللغة العربية, كما ذكر في موطن أخر دليلا آخر للقاعدة وهو الاستصحاب حيث يقول: (إن القواعد المتفرعة عن القاعدة الرئيسية اليقين لا يزول بالشك يعبر عنها بالأصل، فيقال: الأصل بقاء ما كان على ما كان، الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل براءة الذمة، الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، الأصل في الكلام الحقيقة، الأصل في الأشياء الإباحة, ويُعبر عن الأصل في جميع ذلك بالاستصحاب، وهو استصحاب الماضي إلى الحاضر؛ أي نقل الحكم الثابت في الماضي إلى الوقت الحاضر حتى يثبت غيره[4].

1-السيوطي، الأشباه والنظائر، ص62،ابن نجيم الأشباه والنظائر،ص92.
2- الزرقا،شرح القواعد الفقهية،ص133-134
3-الزحيلي، القواعد الفقهية، ج1،ص31
4-الزحيلي، القواعد الفقهية، ج1،ص111.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

وعليه يكون دليل القاعدة اللغة العربية نفسها، واستصحاب الألفاظ لما وضعت له في أصل الوضع، ولا يجوز عندها العدول إلى المجاز إلا إذا وجد صارف يصرف اللفظ عن أصل الوضع؛ أي عن معناه الحقيقي إلى معنى آخر مجازي.

ثالثا: استثناءات القاعدة:

1- يستثنى من هذه القاعدة عند تعذر الحقيقة أو تعسرها أو معارضة العرف والعادة لها فعندها يصار إلى المجاز وتترك الحقيقة، وكذلك عند وجود مرجح للمجاز على الحقيقة، وتعذر الحقيقة يكون: إما باستحالتها لعدم وجود فرد لها في الخارج، مثال: لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد؛ فإن الوقف يُصرف إليهم؛ لأنهم أولاده مجازا [1].

خامسا: تطبيقات القاعدة في المحاكم الشرعية:

محكمة الاستئناف الشرعية:

بتدقيق قرارات محكمة استئناف إربد الشرعية بما يخص هذه القاعدة نجد أنها قد بنت اجتهادها في مجال الخصومة في قرارات عدة، من ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية، بعد أن قررت المحكمة الحكم على (.....) بمبلغ وقدره ستة وثلاثين دينارا شهريا نفقة ل (.....)؛ فتقدم المستأنف بطلب لمحكمة الاستئناف الشرعية يطلب فسخ الحكم لعدم توفر الخصومة بينه وبين المستأنف عليها لجملة من الأسباب من أهمها: عدم توافر الخصومة الصحيحة بينه وبين المستأنف عليها؛ لورود اسم المستأنف في الدعوى خطأ وليس باسمه الصحيح، وإتباع ذلك بالمناداة في إحدى الجلسات على الاسم الخطأ وليس على اسم المستأنف الحقيقي .ولكن بالتدقيق في محاضر الدعوى من قبل محكمة الاستئناف وجد أن المستأنف قد صادق على صحة الزوجية بينه وبين المستأنف عليها، وهو بهذا الكلام يسند الزوجية بينه وبين المستأنف عليها لنفسه لا

1- الزرقا،القواعد الفقهية،ص134-135.

المجلة الدولية للبحوث والدراسات الإسلامية
International Journal of Research and Islamic Studies
ISSN :2708 – 7883 Online ISSN : 2708 – 7891

إلى زوج آخر، وهذا ما يثبت صـــحة الخصـــومة بحمل كلامه في المصـــادقة على حقيقته عملا بالقاعدة (الأصـل في الكلام الحقيقة)، ولا يقبل منه ادعاء خلاف المعنى المقصـود من الكلام حقيقة من مصـادقته، بادعاء المجاز حيث إن اللفظ لا يحتمله [1].

الخاتمة

الحمد لله الذي بحمده تتم الصـــالحات؛ فبعد أن أنعم الله عليَّ في كتابة هذه الدراســـة، وبعد أن وفقني الله لختمها؛ فإنني أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت إلى ما كنت أصـــبو إليه، وأن أبينه في هذه الدراسة ومن خلال هذا العمل، بالرغم من أن كل عمل لبني البشر لا بد أن يعتريه النقص فالكمال لله وحده، فإن كنت قد أصـبت الحق فهذا توفيق من الله، وأن أخطأت فمن نفسـي ومن الشـيطان، وقد خلصـت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

النتائج

من العرض السابق يتضح أن:

1- قانون الأحوال الشـخصـية الأردني اعتمد على القواعد الفقهية في العديد من المواد القانونية التي شـرعها واعتبرها كأدلة يؤيد بها تلك المواد.

2- محكمة الاسـتئناف الشـرعية في الكثير من اجتهاداتها قد تضـمن معظم القضـايا الشـرعية التي تتعلق بالأسرة، واستند في معظم اجتهاداته على القواعد الفقهية.

3- محكمة الاستئناف الشرعية اعتمدت على العديد من القواعد الفقهية واعتبرتها كأدلة تؤيد بها قراراتها فسخا أو تأييدا للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم البدائية.

2-محكمة استئناف إربد قرار رقم 482 تاريخ 2005/7/2

4- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني قد اعتمد على القواعد الفقهية في العديد من المواد القانونية.

5- قانون تشكيل المحاكم الشرعية قد اعتمد في الكثير من مواده على القواعد الفقهية.

التوصيات

1- عقد دورات وورشات عمل للقضاة من قبل دائرة قاضي القضاة؛ لكي تبين وتوضح للقضاة كيفية الاستناد إلى القواعد الفقهية أثناء نظر الدعوى.

2- حث القضاة الشرعيين على ضرورة الرجوع إلى القواعد الفقهية ودراستها من أجل زيادة المعرفة في بناء الأحكام عليها، ولتجنب فسخ الأحكام من قبل محكمة الاستئناف الشرعية.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- أبوالبصل,عبدالناصر,**شرح قانون المحاكمات الشرعية** ،ط2،(1999),دار العلم والثقافة ،عمان.
- ابن القيم محمد بن أبي بكر، (ت :751هـ),**إعلام الموقعين عن رب العالمين**،ط1 ،(1991م),دار الكتب العلمية ، بيروت.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (ت: 795هـــ) ، **جامع العلوم والحكم**، (تحقيق: شعيب الأرناؤوط – إبراهيم باجس) ، ط7,(2001م),مؤسسة الرسالة، بيروت.

- ابن عـابـدين، محمـد أمين بن عمر(ت: 1252هـــــــ)، **رد المحتـار على الـدر المختـار (رد المحتار)**،ط1992،1م, دار الفكر–بيروت.
- ابن فرحون،إبراهيم بن علي,(ت 799هـ)**, تبصـــرة الحكام في أصـــول الاقضـــية ومناهج الأحكام**، ط2،(1986م)مكتبة الكليات الأزهرية.
- ابن قدامه،أبومحمد موفق الدين ،(ت620هـ)،**المغنـــي مـــع الـــشرح الكبيـــر**، ط 1،(1996م) دار الحديث، القاهرة
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر،(ت774هـ)**تفسير ابن كثير**،ط1،(1419هـ),(تحقيق: محمد حسين شمس الدين)،دار الكتب العلمية،بيروت.
- ابن ماجه،محمّد بن يزيد ،(ت 273 هـ)**, سنن ابن ماجه**،ط1,(2009م),دار الفكر ،بيروت.
- ابن منظور،محمد بن مكرم ،(ت711 هـ)**,لسان العرب**،ط3 ،(1414هـ), دار صادر،بيروت.
- ابن نجيم ،إبراهيم بن محمد (ت970 هـــــ)،**ط1**, 1993م**الأشـــباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، دار الكتب العلمية، بيروت.
- البصـــري، محمد بن علي ،(436هـ)**, المعتمد في أصـــول الفقه** ،(تحقيق: خليل الميس)،ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت.
- أبو داود،ســـليمان بن الأشـــعث، (ت275 هـــــ) ،**ســـنن أبي داود**، (تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد)،ط1,(2009م),دار الفكر ،بيروت.

- إسماعيل،محمد بكر,**القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**،ط1،(1997م),دار المنار,القاهرة.
- الأشقر ، محمد سليمان,**زبدة التفسير من فتح القدير**،ط4، (2000م) ,مؤسسة الرسالة، بيروت.
- آل بورنو ، محمد صدقي، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**،ط4,(1996),مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الآمدي,علي بن محمد،(ت631هـ),**الإحكام في أصول الأحكام**،ط2،(1402هـ),(تحقيق :سيد الجميلي)،دار الكتب العلمية،بيروت.
- الباجي، سليمان بن خلف،**(474 هـ),المنتقى شرح الموطأ**،ط1،(1332 هـ),مطبعة السعادة،مصر.
- باحسين، يعقوب عبد الوهاب، **القواعد الفقهية** ، ط1 ، (1998 م)،مكتبة الرشد ، الرياض.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت256هـ)،**صحيح البخاري** ، ط1,(1422هـ)، (تحقيق: مصطفى البغا) ، دار ابن كثير ،بيروت
- البهوتي،منصور بن يونس (ت 10 هـ), **كشاف القناع عن متن الإقناع** ت،دار الفكر,بيروت.
- البيهقي ،أحمد بن الحسين ،(458هـ),**السنن الكبرى** ، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)،ط3,(2003م)،دار الكتب العلمية،بيروت.
- التفتازاني، مسعود بن عمر،(ت793هـ),**شرح التلويح على التوضيح**،د ت،،دار الكتب العلمية،بيروت.
- الجمل، سليمان بن عمر،(ت1204هـ),**حاشية الجمل على شرح المنهج**،د ت,دارالفكر،القاهرة.
- الحموي، أحمد بن محمد,**(ت1098هـ)غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**،ط1،(1985م)،دار الكتب العلمية، بيروت.

- داود،أحمد محمد ،**القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**،ط2،(1999),دار الثقافة،عمان.
- الرازي،محمد بن أبي بكر،(ت666هـ)**مختار الصـــحاح**، تحقيق (محمود خاطر) ط5، (1995),مكتبة لبنان، بيروت.
- الرازي, محمد بن عمر,(ت666هـ),**التفسير الكبير**، ط3،(1420هـ)دار إحياء التراث العربي، بيروت
- الزحيلي ، محمد، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**،ط1،(1999م)جامعة الكويت،الكويت.
- الزرقا،مصطفى أحمد،**المدخل الفقهي العام**، ط3، (2012م)،دار القلم ،دمشق.
- الزرقا, أحمد محمد, **شرح القواعد الفقهية**, تحقيق عبد الستار أبوغده,ط2,(1989م),دار القلم,دمشق.
- الزمخشري ، محمود بن عمر (ت 538هـــ) ، **أساس البلاغة** ، ط1، (1998) (تحقيق: عبد الرحيم محمود) ، مطبعة أولاد أورفائد ، القاهرة .
- السـبكي،عبد الوهاب ،(ت771هـ),**الأشـباه والنظائر**،(تحقيق: عادل أحمد علي عوض)، ط1,(1999م),دار الكتب العلمية ، بيروت.
- السبكيتقي الدين ,(785هـ),**الإبهاج في شرح المنهاج** ،ط2،(1995م),(تحقيق جماعة من العلماء)،دار الكتب العلمية،بيروت.
- السدلان,صالح بن غانم، **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**،ط1، (1997م)الرياض، دار بلنسية.
- الســرحان،محي هلال,**القواعد الفقهية و دورها في إثراء التشــريعات الحديثة**،دط,(1986م)، مطبعة أركان، بغداد.

- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت911هـ) ،**الأشباه والنظائر**, ط1،(1990م),دار الكتب العلمية،بيروت.
- _____(1969م) ،**دط, تنوير الحوالك شرح موطأ مالك** ،المكتبة التجارية الكبرى ،مصر.
- _____**الإكليل في استنباط التنزيل**،(تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب) ،(1981م)،دط, دار الكتب العلمية ، بيروت.
- شبير،محمد عثمان ،**القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ط1،(2000م)،دار الفرقان ،عمان.
- الشربيني, محمد بن أحمد ،(977هـ),**مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين**، ط 1 ،دت, دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الشوكاني ، محمد بن علي ،(ت 1250هـ) ، **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول**،ط1,(1999م), (تحقيق:محمد سعيد)،دار الفكر،بيروت .
- _____**فتح القدير الجامع بين فني الدراية والرواية من علم التفسير**،ط1,(1414هـ), دار الفكر، بيروت.
- الشيباني، أحمد بن محمد ،(241هـ),**مسند الإمام أحمد بن حنبل**,ط1, (2001م)،(تحقيق: شعيب الأرناؤوط – وآخرون) ،مؤسسة الرسالة،بيروت.
- عمرو،عبد الفتاح عمرو،،**القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**،ط1،(1990م),دار يمان، عمان.

- فارس أحمد بن فارس ،(ت: 395هـــــــ)،**معجم مقاييس اللغة**،(تحقيق : عبد الســـــلام محمد هارون) ،(1979م),دط,دار الفكر ،القاهرة.
- الفتوحي،محمد بن أحمد ،ت(972 هـــ)، **شرح الكوكب المنير** (تحقيق د محمد الزحيلي ود. نزيه كمال حماد) ،ط2,(1979م),مكتبة العبيكان،الرياض.
- الفيروز آبادي، محمد الدين،(ت817هـ),**القاموس المحيط**،(تحقيق: مكتبة تحقيق التراث في مؤســـســـة الرسالة) ، ط،8 ، 2005م ,مؤسسة الرسالة، بيروت .
- الفيومي، أحمـد بن محمـد،(770هـ)**المصـــبـاح المنير في غريـب الشـــرح الكبير**،د ط ،المكتبـة العلمية،بيروت.
- القرافي، أحمد شهاب الدين،(684هـ),**الفروق** أو أنوار البروق في أنواء الفروق ،د,ط،عالم الكتب,بيروت.
- القرطبي، محمد بن أحمد ، (ت671هـــــــ)،**الجامع لأحكام القرآن**، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش) ،ط2،(1964م) ، دار الكتب المصرية – القاهرة.
- القرطبي، يوســـف بن عبد الله,(ت463هـ),، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأســـانيد**، (تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري)، دط,(1387 هـــ)وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب.
- مجمع اللغة العربية ،مجموعة من المؤلفين، **المعجم الوسيط** ، ط4،دط,مكتبة الشروق الدولية.

- المرداوي,علاء الدين ,(885هـ),**التحبير شـــرح التحرير في أصـــول الفقه** ،(تحقيق:د. عبد الرحمن الجبرين،د. عوض القرني،د. احمد السراج)،ط1،(2000م)، مكتبة الرشد،الرياض.
- _____**الإنصاف في معرفة الراجح على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمد حامد الفقي، ط 1 ،دط,دار الكتب العلمية، بيروت.
- مسلم، مسلم بن الحجاج ، (ت261هـــ) ، **صحيح مسلم** ، (تحقيق: محمد عبد الباقي)، دط,دار إحياء التراث العربي، بيروت .
- المقـدســـي،محمـد بن عبـد الواحـد ،(ت643هـ),(تحقيق:عبـد الملـك بن عبـد الله)،**الأحـاديـث المختارة**،ط1410، 1 هـ)، مكتبة النهضة الحديثة، مكة.
- المقري، محمد بن محمد ،(ت 756 هـ)،**القواعد**،ط4،دت,دار الكتب،بيروت.
- الندوي،علي أحمد ,**القواعد الفقهية**،ط2،(1991م),دار القلم، دمشق.
- النووي,محيي الدين , **شـــرح صـــحيح مســـلم**، ط2 ،(1392هـ),المطبعة المصـــرية, (تحقيق: زهير الشاويش)،المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان.
- يـاســـين،محمـد نعيم ،**نظريـة الـدعوى بين الشـــريعـة الإســـلاميـة وقـانون المرافعـات المـدنيـة والتجارية**،ط3،(2005م),دار النفائس ،عمان.

الملحقات

القوانين

1- الدستور الأردني المنشور في الجريدة الرسمية رقم العدد(1093)تاريخ 8-1-1958م.

2- قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010م،المنشور في الجريدة الرسمية رقم العدد(5061)تاريخ 17-10-2010م

3- قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 1976م،المنشور في الجريدة الرسمية رقم العدد(2668)تاريخ 1-12-1976م.

4- قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 20 لسنة 2015 ويقرأ مع القانون رقم 19 لسنة 1972م والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 23-4-2015م.

5- قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959م وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية رقم العدد (1449) تاريخ 1-11-1959م.