

3-15-2021

## الاجتهاد القضائي في تفسير المُشكل في قانون الأحوال Judicial jurisprudence in explaining the problem words in the Jordanian Personal Status Law

Maher Hussein Haswa  
Al Ain University, United Arab Emirates, maherhaswa@yahoo.com

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois>



Part of the [Islamic Studies Commons](#)

---

### Recommended Citation

Haswa, Maher Hussein (2021) "الاجتهاد القضائي في تفسير المُشكل في قانون الأحوال الشخصية الأردني" Judicial jurisprudence in explaining the problem words in the Jordanian Personal Status Law," *Jordan Journal of Islamic Studies*: Vol. 17: Iss. 1, Article 18.

Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss1/18>

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jordan Journal of Islamic Studies by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact [rakan@aarj.edu.jo](mailto:rakan@aarj.edu.jo), [marah@aarj.edu.jo](mailto:marah@aarj.edu.jo), [u.murad@aarj.edu.jo](mailto:u.murad@aarj.edu.jo).

## الاجتهاد القضائي في تفسير المشكل في قانون الأحوال الشخصية الأردني

د. ماهر حسين حصوة\*

تاريخ قبول البحث: ٢٠٢٠/١/٢٦ م

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/١٠/١٥ م

### ملخص

تناولت الدراسة جملة من الاجتهادات القضائية في تفسير الألفاظ المشككة في بعض الدعاوى في قانون الأحوال الشخصية الأردنية، واستعرضت صور الإشكال الواقعة في الألفاظ والأحكام وكيفية الاجتهاد للوصول إلى مقصود المشرع من خلال الوقوف على الوصف المؤثر عبر مسلك تخريج المناط وتلقيحه، ومن ثم ربط الحكم به تحقيقاً في الواقعة المنظورة.

## Judicial jurisprudence in explaining the problem words in the Jordanian Personal Status Law

### Abstract

This study addresses jurisprudential endeavors in interpreting ambiguous and problematic terms in some legal actions involving the Jordanian Personal Status Law. The study reviews the forms of ambiguity in legal terms, and the methods of reaching at the legislator's intent by finding their effectual characterization and the rationale behind them, then relating them to the concerned legal ruling.

### المقدمة.

الحمد لله والصلاة والسلام على خير رسل الله محمد بن عبد الله، أما بعد:

### أهمية الدراسة.

إن الفقه يتجدد وينمو ويزدهر بالاجتهاد في ميدانه التطبيقي، والواقع يفرز لنا أبعاداً متعددة قد ينأى بها النص لإعطاء مرونة للمجتهد في تطبيق مقصود المشرع من الأحكام أو قد يغفل عنها، والاجتهاد التطبيقي في الوقائع يُشكل الإطار المرجعي لتطوير التشريعات القانونية ببعديها الإجرائي والموضوعي، وحيث إن الميدان التطبيقي يفرز لنا إشكاليات بحثية متعددة؛ نظراً للظروف والأبعاد المحتقة بالواقعة مما يُشكل قوة دافعة وحاملة رافعة للاجتهاد سواء في تفسير النص القانوني للوصول إلى الوصف المؤثر والذي بني الحكم عليه، أو لتحقيق مناط ذلك الوصف في الواقعة المنظورة جاءت هذه الدراسة؛ لتسهم بإضاءة بسيرة في هذا الاتجاه.

\* أستاذ مشارك في الفقه وأصوله، كلية القانون، جامعة العين، الإمارات العربية المتحدة.

**إشكالية الدراسة.**

النصوص القانونية هي الوسيلة المعبرة عن إرادة المشرع من الأحكام، وهناك نصوص واضحة الدلالة على المراد منها، وهناك نصوص يوجد فيها نوع من الخفاء، وممكن الخفاء قد يكون في الاشتراك اللفظي بين المعنى اللغوي أو المعنى الاصطلاحي أو المعنى العرفي، أو قد ينشئ الخفاء في بيان الوصف المؤثر الذي بني عليه الحكم، فقد يصاحب هذا الوصف أوصافاً أخرى ملازمة فيجري الاجتهاد في تنقيح مناط الحكم أو تخريجه؛ لبناء الحكم عليه ومن ثم إعماله في الواقعة المنظورة، وهذا النوع من النصوص يستلزم اجتهاداً سواء في بيان الوصف المؤثر من الحكم بتخريج مناطه أو تنقيحه أو بإعمال أحد المعاني في اللفظ المُشكل، وهذا الخفاء في الدلالة يمكن للمجتهد إزالته بالاجتهاد للوصول إلى مقصود المشرع منه.

**أسئلة الدراسة.**

- ما المقصود بالألفاظ المُشكلة في النصوص القانونية؟
- ما صور الاجتهاد القضائي في تفسير الألفاظ؟
- كيف يتم إزالة الإشكال في النصوص؟
- كيف يمكن الاستفادة من اجتهادات المحاكم العليا في التعديل والتطوير في النصوص القانونية؟

**أهداف الدراسة.**

تحاول الدراسة أن تبرز الجانب التطبيقي في الاجتهاد القضائي من خلال تفسير الألفاظ المُشكلة، وبيان آلية النظر فيها من خلال نظرها في المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، كما تحاول أن تقدم اقتراحات لتطوير التشريعات القانونية في مجال الأحوال الشخصية بناء على ما تم مسحه من قضايا، وبناء على ما تم فرزها من إشكاليات تواجه المحاكم، كما تحاول الدراسة أن تلفت النظر إلى أهم المبادئ القضائية التي ترسخت في المنظومة القضائية؛ تمهيدا لإعادة صياغتها والاستفادة منها من خلال تعميمها وتطوير وتعديل التشريعات والقوانين النازمة.

**الدراسات السابقة.**

لم يقف الباحث حسب اطلاعه على دراسة خاصة في هذا الموضوع المتعلق بالاجتهاد القضائي في تفسير النصوص المُشكلة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، ولعل ذلك يكمن في عدم وجود فرز للقضايا من هذا الباب، وهذا ما تطلب تتبع للقضايا من محالها ومحاولة تفكيكها وفرزها، والوقوف على الإشكال الذي فيها.

**حدود الدراسة.**

حدود الدراسة تقتصر على الاجتهاد القضائي الأردني في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م سواء في المحكمة الابتدائية أو في محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية.

### منهج الدراسة.

قامت الدراسة على المنهج الاستقرائي والتحليلي، حيث تتبعت الدراسة القضايا في محالها، وقامت بفرزها، والوقوف على القضايا التي فيها إشكالية الدراسة، وبينت اجتهاد المحكمة الابتدائية فيها، ومن ثم اجتهاد محكمة الاستئناف فيها، وهذا تطلب إعادة الصياغة لتتاسب الطبيعة البحثية بتلخيص موضوع الدعوى وحذف أسماء الأشخاص والأماكن وما ليس له تأثير على طبيعة الدراسة.

### خطة الدراسة.

تم تقسيم الدراسة إلى تمهيد يشمل بيان مصطلحات الدراسة وما يدخل فيها، وثمانية مطالب تناولت الاجتهاد القضائي في تفسير الألفاظ المشكلة، بحيث يعرض -أولاً- اجتهاد المحكمة الابتدائية وإبراز وجه الإشكال وتفسيره، ومن ثم اجتهاد محكمة الاستئناف في تفسير الإشكال في الدعوى.

### تمهيد: المقصود باللفظ المشكل.

#### تعريف المشكل:

المشكل لغة: قال ابن فارس: "شَكِلَ: الشَّيْنُ وَالْكَافُ وَاللَّامُ مُعْظَمُ بَابِهِ الْمُمَائِلَةُ، نَقُولُ: هَذَا شَكْلٌ هَذَا، أَي: مِثْلُهُ. وَمِنْ ذَلِكَ يُقَالُ: أَمْرٌ مُشْكِلٌ، كَمَا يُقَالُ: أَمْرٌ مُشْتَبِهٌ، أَي: هَذَا شَابِهٌ هَذَا، وَهَذَا دَخَلَ فِي شِكْلِ هَذَا..."<sup>(١)</sup>.

وأشکل الأمر: أي التبس<sup>(٢)</sup>، يقول ابن منظور: "المشكل من أشكل، ومعناه لغة: التبس واختلط"<sup>(٣)</sup>.

المشكل اصطلاحاً: هو ما خفيت دلالاته على معناه، وكان طريق إزالة هذا الخفاء والبحث والاجتهاد، قال السرخسي: (هو اسم لما يشته المراد منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المراد إلا بدليل يتميز به من بيان سائر الأشكال)<sup>(٤)</sup>.

والألفاظ غير واضحة الدلالة عند الحنفية تنقسم إلى أربعة أقسام على الترتيب التصاعدي في الخفاء وهي:

الخفي ثم المشكل ثم المجمل ثم المتشابه.

فالخفي: لفظ واضح الدلالة على معناه، لكن في انطباقه على بعض الأفراد نوع خفاء<sup>(٥)</sup>.

والمشكل: وقد تقدم تعريفه.

ثم المجمل: وهو اللفظ الذي خفي المراد منه، ولا سبيل إلى معرفته إلا بالاستفسار ممن صدر منه<sup>(٦)</sup>.

أما المتشابه: فهو اللفظ الذي خفي المراد منه، ولا يمكن الوصول إلى معناه لعدم وجود قرينة تدل عليه، واستأثر الشارع بالعلم به<sup>(٧)</sup>.

أما تقسيم الألفاظ غير الواضحة عند المتكلمين من علماء أصول الفقه فيقسمونه إلى قسمين فقط، وهما: المجمل والمتشابه، فالمجمل عندهم: هو اللفظ الذي لم تتضح دلالاته على المراد منه<sup>(٨)</sup> وبالتالي يدخل (الخفي والمشكل في اصطلاح الحنفية) في معنى المجمل عند المتكلمين، أما المتشابه ففي تعريفه اضطراب كبير عند المتكلمين، فالأكثر منهم على أنه غير المتضح المعنى، فهو والمجمل سواء، وهو القول الأصح عندهم<sup>(٩)</sup> خلافاً للبيضاوي الذي عرفه بأنه: ما ليس براجح أو اللفظ الدائر ما بين المجمل والمؤول<sup>(١٠)</sup>.

والدراسة هنا تتجه إلى تقسيم الحنفية؛ لوضوح دلالة المصطلح، فالمشكل هو ما خفيت دلالاته على المعنى المراد منه

خفاءً ناشئاً من ذات الصيغة أو الأسلوب، ويدرك المعنى المقصود منه بالتأمل والاجتهاد.

### والإشكال في النصوص يقع على نوعين<sup>(١١)</sup>:

- ١- إشكال من ذات اللفظ أو الأسلوب.
  - ٢- إشكال ناشئ من التعارض الظاهري للنصوص.
- وهما نوعان من الغموض موكول إلى الاجتهاد بالرأي توضيحها، ولهذا حصل الاختلاف بين الفقهاء في ذلك<sup>(١٢)</sup>.
- الاجتهاد القضائي:** يقصد به بذل الجهد من قبل القاضي في الوقوف على الوصف المؤثر في الحكم والذي جاء به النص القانوني، وهذا الاجتهاد في التعرف على دلالات الألفاظ للوقوف على المعاني التي شرع الحكم لأجلها يعرف أصولياً بتخريج المناط وتقيح المناط.
- المناط لغة:** مأخوذ من ناط الشيء نوطاً إذا علقه، فالمناط: ما يتعلق به<sup>(١٣)</sup>.

**فتخريج المناط:** هو النظر والاجتهاد في استنباط علة الحكم الذي دل النص والإجماع عليه من غير تعرض لبيان علته أصلاً لا بالصرحة ولا بالإيماء<sup>(١٤)</sup>. والمجتهد يستنبط العلة بمسالك العلة المعبرة، مثل: المناسبة، والإيماء، والسبر والتقسيم... إلخ، التي فصلها علماء الأصول عند حديثهم عن مسالك العلة ويتركز دور المجتهد في عملية تخريج المناط على إخراج العلة من الخفاء إلى الظهور؛ لأنها غير منكرة في النص، لا صراحة ولا إيماءً. وهذا بخلاف تقيح المناط الذي تكون العلة فيه منكرة في النص، لكن مع أوصاف أخرى مختلطة بها، ففي تخريج المناط يتناول النص الحكم والمحل دون العلة، وأما في تقيح المناط فيتناول الحكم والمحل والعلة، ولكن من غير تعيين لها؛ نظراً لاختلاطها مع غيرها من الأوصاف<sup>(١٥)</sup>.

**تقيح المناط:** التقيح لغة: التشذيب والتهديب، ومنه تقيح الجذع تشذيبه حتى يخلص من الشوائب<sup>(١٦)</sup>. وأما تعريف تقيح المناط في اصطلاح الأصوليين فهو: أن يدل نص ظاهر على التعليل بوصف فيحذف خصوصه عن الاعتبار بالاجتهاد ويناط الحكم بالأعم، أو تكون أوصاف في محل الحكم فيحذف بعضها عن الاعتبار بالاجتهاد ويناط الحكم بالباقي، وحاصله أن الاجتهاد في الحذف والتعيين<sup>(١٧)</sup>. والمقصود بالنص الظاهر: النص المحتمل التأويل بالاجتهاد، بخلاف النص الصريح على العلة فلا يحتتمل التأويل<sup>(١٨)</sup>.

ومن الأمثلة التي يذكرها الأصوليون لذلك: قصة الأعرابي الذي جامع زوجته في نهار رمضان فأمره النبي ﷺ بإعتاق رقبة<sup>(١٩)</sup> فالحنفية والمالكية حذفوا خصوص الواقعة وأناطوا الحكم بمطلق الإفطار، فجعلوا الإفطار علة لوجوب الكفارة<sup>(٢٠)</sup>. وهذا مثال للقسم الأول المشار إليه في التعريف. وهو أيضاً مثال للقسم الثاني في التعريف بالنسبة للشافعية والحنابلة؛ لأن الحكم قد اشتمل على أوصاف عدة، هي: الواقعة، وكون الواطئ أعرابياً، وكون الموطوءة زوجته، وكون الوطء في القبل، فقد ألغوا جميع الأوصاف ما عدا الواقعة وناطوا الحكم بها<sup>(٢١)</sup>.

ففي هذا القسم يكون الحذف لما اقترن بالوصف المؤثر من أوصاف لا مدخل لها في العلية؛ لكونها مما عهد الشارع عدم الالتفات إليها، أو لكونها أوصاف طردية لا يناط الحكم بمثلها، فهي إذا أوصاف غير معتبرة في التقرير الفقهي. من خلال هذا العرض يتبين لنا أن تخريج المناط وتقيحه يدخلان في فقه النص ودلالته، فالأول عملية استخراج الوصف المؤثر الذي بني عليه الحكم بمسالك العلة المعبرة من قبل المجتهد، والثاني يمثل عملية تخلص الوصف المؤثر

من الأوصاف الأخرى غير المعتبرة التي ذكرت في سياق تقرير الحكم.

### كيفية إزالة الإشكال في النصوص القانونية.

يمكن إزالة الإشكال الوارد في بعض الألفاظ في النصوص القانونية بطرق عدة، منها: الرجوع إلى مقصد المشرع في هذه المادة من خلال الرجوع إلى أصل هذه المادة سواء في المرجع الفقهي الذي استقيت منه أو من خلال الوقوف على القرائن المقالية والسياقية والحالية التي شرع الحكم لأجلها لربط الحكم بالعلّة المؤثرة وذلك من خلال تخريج المناط وتنقيحه، كما ينبغي عند الاجتهاد في تفسير المشكل التعرف على مقصد المشرع من خلال جمع النصوص والتنسيق بينها وفهم الجزئي في ضوء الكلي والفروع في ضوء الأصول.

يقول أبو رهرة في كيفية إزالة الإشكال في النصوص القانونية: "يمكن إزالة الإشكال بطرق عدة، منها الرجوع إلى مقاصد القانون والبيّانات عليه من الأعمال التحضيرية ليزول الإغلاق، أو إلى المصدر التاريخي ليتعرف المراد، وذلك بالتنسيق بين الأصل والفرع، أو التعرف إلى مرامي القانون من المواد المختلفة للقانون، والتنسيق بينها"<sup>(٢٢)</sup>.

وسنعرض لجملة من الألفاظ المشكّلة التي جرى الاجتهاد فيها قضائياً، وكيفية الوصول إلى الوصف المؤثر للحكم، وكيفية إناطة الحكم بالوصف المؤثر من خلال تخريج وتنقيح المناط وكيفية إزالة الإشكال في الألفاظ.

### المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في تفسير معنى العقم.

#### أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير معنى العقم.

استأنفت دعوى تقريقر للعقم في محكمة استئناف عمان<sup>(٢٣)</sup>، وملخص الدعوى التي استأنفت تتمثل في أن المحكمة الابتدائية أصدرت حكماً برّد دعوى التقريقر للعقم بناء على شهادة الأطباء المختصين بإمكانية إنجاب الزوج من خلال عملية أطفال الأنابيب، وعدم إمكانية إنجاب بصورة طبيعية، وقد بنت المحكمة الابتدائية حكمها بالردّ استناداً إلى المادة ١٣٦ وهي: (للزوجة القدرة 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).

وعند مناقشة شهادة الأطباء المختصين في مدى تحقق العقم في المدعى عليه، قالوا: إن المدعى عليه لا يمكن أن يوصف مرضه بالعقم الطبي، فالعقم الطبي يتمثل في عدم القدرة على الإنجاب، وذلك بعدم وجود نطفة منوية في الخصية مطلقاً، وحيث يمكن استخلاص نطفة منوية من خصية الرجل فلا يطلق عليه طبيباً عقيم، وقد تبين من ملف المدعى عليه الطبي أن عدد الحيوانات المنوية في السنتيمتر الواحد خمسة مليون حيوان منوي، بينما الوضع الطبيعي هو ٢٠ مليون.

فقد رأت المحكمة أن المدعى عليه يستطيع الإنجاب من خلال طفل الأنابيب، وبذلك انتفى عنه شرط العقم، فلو كان المشرع يريد إدخاله ضمن عناصر الإدعاء لنكر عبارة (عدم قدرة الزوج على الإنجاب) إلا أنه جاء بمصطلح العقم حتى تقوم هذه الدعوى ويتحقق شرط الفسخ فيها.

وغني عن البيان أن بقية شروط الدعوى متحققة، من قدرة الزوجة على الإنجاب، ومضي خمس سنوات على الزواج، وعدم وجود الولد وعدم تجاوزها لسن الخمسين، يضاف إلى ذلك أنها أجرت تسع عمليات أطفال أنابيب ولم تنجح في أي منها.

وبالتالي يتبين لنا أن الإشكال هنا يتعلق بتفسير معنى العقم، هل المقصود به هو عدم القدرة على الإنجاب مطلقاً (العقم الطبي)؟ أم عدم القدرة على الإنجاب في الوضع الطبيعي (العقم اللغوي والعرفي)؟، وقد فسرت المحكمة الابتدائية العقم بأنه العقم الطبي.

### ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في تفسير معنى العقم الوارد في نص القانون.

رأت محكمة استئناف عمان أن شروط استئناف الحكم منطبقة والقضية جدية بالاجتهاد لتفسير معنى العقم، وقد سلكت المحكمة طرقاً عدة لتفسير معنى العقم يمكن إجمالها على النحو الآتي<sup>(٢٤)</sup>:

#### (١) تقديم المعنى الشرعي والعرفي للعقم على المعنى الطبي.

وذلك من خلال الرجوع إلى كلمة العقم في القرآن فقد ذكر القرآن كلمة العقم في أكثر من موقف منها، قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ \* أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مِنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [الشورى: ٤٩-٥٠] قال القرطبي في تفسير كلمة عقيم: ﴿وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾ أي: لا يُؤدُّ لَهُ، يُقَالُ: رَجُلٌ عَقِيمٌ، وامرأةٌ عَقِيمٌ. <sup>(٢٥)</sup>

وقال تعالى: ﴿فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صِرَةٍ فَاذَتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾ [الذاريات: ٢٩].

قال القرطبي في تفسيره: "﴿وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾ أي: أَتَلَدُ عَجُوزٌ عَقِيمٌ. الزجاج: أي قالت أنا عَجُوزٌ عَقِيمٌ فَكَيْفَ أَلَدُ" <sup>(٢٦)</sup>.

وقال تعالى: ﴿وَفِي عَادٍ إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ الرِّيحَ الْعَقِيمَ﴾ [الذاريات: ٤٠].

قال القرطبي في تفسيره: "﴿إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ الرِّيحَ الْعَقِيمَ﴾ وَهِيَ الَّتِي لَا تُلْقِحُ سَحَابًا وَلَا شَجَرًا، وَلَا رَحْمَةً فِيهَا وَلَا بَرَكَاتٍ وَلَا مَنَفَعَةً، وَمِنْهُ امْرَأَةٌ عَقِيمٌ لَا تَحْمِلُ وَلَا تَلِدُ" <sup>(٢٧)</sup>. ومعلوم أن الرياح التي أرسلها الله تعالى لواقح غير عقيمة كما في سورة الحجر ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ﴾ [الحجر: ٢٢]، ولا يكون لقاهاها الشجر والنبات بطرق طبيعية، وإنما بالطرق الطبيعية مرورها عليها فيعلق اللقاح بها، وبغير ذلك تكون ريحاً عقيمة كريح السموم.

فالمعنى العرفي والشرعي لكلمة العقم في النصوص الشرعية ينصرف إلى المعهود، والمتعارف إليه في زمانهم وهو عدم الإنجاب بالطرق الطبيعية؛ لأن الطرق العلمية لم تكن معهودة متعارف عليها في عهد التنزيل.

(٢) الرجوع إلى مصدر هذه المادة القانونية، وقد بينت المحكمة أن مصدر هذه المادة القانونية ما ورد من موضوع التفريق بالعقم في أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر، وأجازت التفريق للعقم بشروط محددة، وقد أقرت الكلية الرسالة والتوصية، فكانت فتوى اعتمد عليها في بعض القوانين العربية، ولم يكن حين إقرار هذه الرسالة والفتوى والاعتماد عليها في التشريع اللاحق مسألة طفل الأنابيب والتقدم التقني في التلقيح الاصطناعي، وبالتالي يبقى معنى العقم هو المعنى العرفي والشرعي دون النظر إلى ما جدّ في السنوات اللاحقة من زراعة أطفال الأنابيب.

(٣) التفسير المقاصدي لنص المادة، فقد بينت المحكمة أن العلة الشرعية للتفريق بالعقم، ولكل أنواع التفريق للضرر هو القاعدة الشرعية (الضرر يزال) والقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار) والزوجة متضررة من عدم إنجابها بعد مضي تسع سنوات على زواجها وخلوها من الموانع للحمل، وتكرار محاولة طفل الأنابيب دون جدوى، وإزالة الضرر لها لا تتحقق إلا بطلب التفريق بخلاف الزوج الذي يمكن له إزالة الضرر بأن يتزوج بثانية وثالثة ورابعة للإنجاب وهي لا تستطيع ذلك.

وعليه، فقد رأَت محكمة استئناف عمان الشرعية أن شروط رفع دعوى التفريق منطبقة على تلك الحالة، ونقضت قرار المحكمة الابتدائية وحكمت بالتفريق بين المتداعيين.

وهكذا، يتبين لنا أن الإشكال في اللفظ ناشئ عن الاشتراك بين المعنى اللغوي للعقم والمعنى الاصطلاحي الطبي، وقد لجأت محكمة الاستئناف كما رأينا إلى ترجيح المعنى اللغوي للاعتبارات المشار إليها أعلاه.

### المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في تفسير معنى السقط المستبين الخلقية.

#### أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير معنى السقط المستبين الخلقية.

ذهبت محكمة إربد الشرعية في دعوى أساس ٢٥١١/٢٠١٠ المتعلقة بإثبات طلاق ورجعة إلى أن السقط المستبين الخلقية لا يكون إلا بعد مرور ٤ أشهر على الحمل، والسقط الذي لا يكمل مدة الأربعة أشهر لا يعد مستبين الخلقية، وتتلخص وقائع الدعوى أن رجلاً طلق زوجته في تاريخ ٢٠١٠/٧/٣م، وكانت الزوجة حاملاً، وفي تاريخ ٢٠١٠/٧/٢٢م سقط الحمل، وقد مضى عليه ١٠٠ يوم، وكان مستبين الخلقية وقد أقر الزوجان أن السقط مستبين الخلقية وأنه ذكر، ثم قام الزوج بإرجاع الزوجة بتاريخ ٢٠١٠/٨/٢٢م، وقد رأَت المحكمة أن ما ورد في المادة ١٤٨ من القانون: (عدة الحامل من كل فرقة تنقضي بوضع حملها أو إسقاطه مستبين الخلقية كلها أو بعضها، وإن لم يكن مستبين الخلقية تعامل وفقاً لأحكام المادتين (١٤٦) و(١٤٧) من هذا القانون). غير منطبقة على هذه الحالة، وذلك لأن الإسقاط كان قبل الأربعة أشهر وبالتالي لا يعد مستبين الخلقية، وقد استندت المحكمة الابتدائية إلى نصوص فقهية مأخوذ من المذهب الحنفي، استناداً إلى المادة (٣٢٥) (ما لا نكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون).

وحيث إن الزوجة من نوات الحيض وتاريخ الرجعة كان بعد شهر ونصف تقريباً من الطلاق، فالرجعة تمت في فترة العدة، وعليه تكون الرجعة صحيحة استناداً إلى المادة ١٤٧ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م.

#### ثانياً: اجتهاد محكمة استئناف إربد الشرعية في تفسير معنى السقط المستبين.

نقضت محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية في هذه الدعوى، واعتبرت الرجعة غير صحيحة، لانتهاج عدة الزوجة بوضع السقط المستبين الخلقية، واعتبرت أن المادة ١٤٨ من القانون منطبقة على هذه الحالة، ولم تر دليلاً مقنعاً يمكن الاستناد إليه في أن الحمل المستبين يشترط له مضي أربعة أشهر على الحمل وذلك لاعتبارات عدة، منها:

(أ) ما ذكره السرخسي في المبسوط بهذا الخصوص: «وَكُلُّ سَقَطٍ لَمْ يَسْتَبِينَ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ لَا تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْوَلَدِ بَلْ هُوَ كَالدَّمِ الْمُنْجَمِدِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - يُمْتَحَنُ بِالْمَاءِ الْحَارِّ فَإِذَا ذَابَ فِيهِ فَهُوَ دَمٌ وَإِنْ لَمْ يَذُبْ فَهُوَ وَلَدٌ»<sup>(٢٨)</sup>.

وقال: «فَإِنْ قَالَتْ قَدْ أَسْقَطْتُ سَقَطًا مُسْتَبِينًا خَلْقًا أَوْ بَعْضَ خَلْقٍ صُدِّقَتْ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهَا مُسَلِّطَةٌ أَمِينَةٌ فِي الْإِخْبَارِ بِمَا فِي رَحِمِهَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والنَّهْيُ عَنِ الْكُتْمَانِ أَمْرٌ بِالْإِظْهَارِ وَقَالَ أَبُو بِن كَعْبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِنَّ مِنَ الْأَمَانَةِ أَنْ تُؤْمَنَ الْمَرْأَةُ عَلَى مَا فِي رَحِمِهَا فَإِذَا أُخْبِرَتْ بِذَلِكَ وَكَانَ مُحْتَمَلًا وَجِبَ قَبُولُ خَبَرِهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَإِنْ اتَّهَمَهَا الرَّوْجُ حَلْفَهَا»<sup>(٢٩)</sup>.



ب) إن ما ورد في كتب الحنفية أن استبانة الخلق لا تكون إلا بعد مئة وعشرين يوماً إنما هو غلط كما بين المحققون منهم، قال ابن نجيم في جواب سؤال عن إباحة الإسقاط بعد الحمل: "هل يبإح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يبإح ما لم يتخلق منه شيء ولم يكن ذلك إلا بعد مئة وعشرين يوماً وهذا يقتضي أنهم أوردوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة..."<sup>(٣٠)</sup>.

وبالتالي، يتبين لنا أن محكمة الاستئناف قامت بتفتيح مناط الحكم وذلك بحذف ما لا تأثير له فيه، وهو مضي مدة الأربعة أشهر، فالوصف المؤثر في الحكم هو ظهور الجنين مستبين الخلقة، ومضي المدة وصف طردي لا تأثير له في تحقيق معنى الاستبانة.

### المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي في تفسير معنى الأيسر في اختيار نوع الدية، وتقسيطها على الشخص المعنوي في القتل الخطأ.

#### أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في الدعوى<sup>(٣١)</sup>.

في دعوى مطالبة بالدية نتيجة قتل خطأ من قبل ورثة موظف في الشركة العربية لصناعة الحديد والصلب سقط أثناء عمله في الشركة على آلة الحديد التي تدعى (الدرافيل) -والتي ينبغي أن تكون مغطاة- مما أدى إلى مقتله وتقطيع جسده بشكل كلي ووفاته، وبعد ثبوت تقصير الشركة وتسببها في القتل حكمت المحكمة الابتدائية بمبلغ (١٠٥.٧٧٤) ألف دينار أردني مقدار الدية وقد جرى تقدير الدية بالذهب بناء على اختيار وكيل الشركة، تدفع لورثة المتوفى مقسطة على ثلاث دفعات خلال ثلاث سنوات، وقد حددت المحكمة مقدار ما لكل وارث بناء على حجة حصر الإرث، وقد حكمت المحكمة لوالد القتل بسدس التركة؛ وذلك لوجود فرع ذكر للمتوفى والمبلغ هو (١٧٦٢٩) دينار، علماً أن والد المتوفى كان قد طالب الشركة بمبلغ ٢٥٠٠ دينار تعويض له نتيجة القتل الخطأ.

#### ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في الدعوى<sup>(٣٢)</sup>.

استأنف الوكيل الثاني للشركة الدعوى وذكر جملة من الأمور: منها أن الوكيل الأول للشركة قد صادق على الدعوى وذلك ضمناً باختياره أن تكون الدية من الذهب، وهذا الاختيار مضر بالنسبة للموكل، والوكالة تنص على أن الإقرار المضر ليس من صلاحيات الوكيل في نص الوكالة، وعليه واستناداً إلى المادة ٨٦٧ من القانون المدني الأردني ونصها (أن الوكيل بالخصومة ينعزل إذا أقر عن موكله في غير مجلس القضاء، كما ينعزل إذا استثنى الإقرار من الوكالة فأقر في مجلس القضاء أو خارجه) يعتبر الوكيل منعزل حكماً، وبالتالي تكون كافة الإجراءات بعد ذلك غير صحيحة.

وقد ردت محكمة الاستئناف الشرعية على ما أثاره وكيل الشركة بأن الدعوى ثبتت بغير إقراره، وبالتالي لا يلزم من اختياره الذهب أنه إقرار لينعزل، وبالنسبة لاختياره الذهب وأنه اختار ما يضر الوكيل، فمناط التخيير في الدية هو التيسير بالدفع على الملتزم، وليس مناط التخيير اختيار الأرخص قيمة، فالأصناف المذكورة متساوية قيمة، فالاختيار كان في عهد الرسول -عليه الصلاة والسلام- بناء على الأيسر في الدفع لكل جهة، فقد جعل الدية مئة من الإبل لأهل البادية والإبل، وألف دينار على أهل الذهب، واثنان عشر ألف درهم على أهل الورق، وقد كانت المائة من الإبل تعادل ألف درهم أو اثني عشر ألف درهم من الفضة، وبالتالي معنى الأيسر بالدية: أي الأيسر له بالدفع من مال بلده أو منطقتة تيسيراً عليه وعلى

عاقلته في جمع الدية مما هو موجود لديهم وليس معناه الأرخص<sup>(٣٣)</sup>.

أقول: إن ما تفضلت به محكمة الاستئناف الشرعية من حيث التأصيل لا غبار عليه، ولكن من حيث التطبيق مُشكل فما زال العمل جارٍ على ما كان عليه من التخيير بين الذهب والإبل والفضة على تلك المقادير السابقة<sup>(٣٤)</sup>، وفي واقعنا المعاصر هناك فرق كبير بين قيم تلك الأصناف، فينبغي إعادة النظر بالتشريعات ليصار إلى تحديد قيمة محددة للدية خاصة أن الأوراق النقدية تتشكل قوتها المالية من خلال تغطيتها بالذهب، فينبغي تحديد قيمة محددة للدية في وقتنا الحالي تحقيقاً لمقصد الشارع، وللعدالة، وتقليلاً لدائرة النزاع.

ومن الجدير ذكره أن مجلس الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية أصدر قراراً بإعادة النظر في تقدير الدية عام ٢٠٠٩م، وقد ذهب إلى تقديرها بالدينار الأردني تسهلاً في أدائها، وقد قام بتقدير مقدار الدية بناءً على ما ثبت عن النبي -عليه الصلاة والسلام- بتأديتها مئة من الإبل، ونظراً إلى أن الإبل غير متداولة في الأردن فإن المجلس رأى وجوب تقدير أثمانها بالعملة الأردنية؛ لأنها أسهل على الناس عند الأداء، ويعرف ثمن الإبل بالسؤال عن أسعارها في البلاد الإسلامية التي تكثر فيها، وقد كتب سماحة المفتي العام إلى رئيس مجمع الفقه الإسلامي في السودان يسأله عن أسعار الإبل في بلادهم، حيث قام الأخير بتشكيل لجنة للسؤال عن أسعار الإبل في السودان الشقيق وأعلمنا بأثمانها، وتبين لمجلس الإفتاء من خلال كتاب رئيس المجلس أن قيمة مئة من الإبل مضافاً إليها أجور النقل حسب دية القتل الخطأ تعادل عشرين ألف دينار أردني، وقيمة مئة من الإبل حسب أوصاف الإبل في دية القتل العمد وشبه العمد خمسة وعشرون ألف دينار أردني وعليه قرر المجلس أن دية القتل الخطأ بالدينار الأردني هي عشرين ألف دينار أردني، ودية القتل العمد وشبه العمد هي خمسة وعشرون ألف دينار أردني<sup>(٣٥)</sup>.

وبالتالي ينبغي أن يعاد النظر سنوياً بمقدار الدية مع مراعاة المتغيرات فيما يتعلق بسعر الإبل وتكاليف نقله وغيره، وإن كنت أرى أن تقدير الدية من الأمور التي قالها النبي عليه الصلاة والسلام بصفته ولياً للأمر أو من باب السياسة التشريعية، وبالتالي لا يلزمنا التقيد بتقديرها بسعر الإبل، بدليل أن الصحابة بعد عصر النبي قدروها بالذهب والفضة والشياه، وحيث إن الذهب أصبح في زمننا المعيار الوحيد من تلك الأصناف محافظاً على ثمنه ووظيفته النقدية، فالذي أميل إليه أن يصار إلى التقدير بالذهب، وذلك بمراجعة قيمة المائة من الإبل بالذهب زمن النبي<sup>(٣٦)</sup>، ومن ثم جعل المعيار الأساس هو الذهب، وبناءً على سعر الذهب يتم تحديد مقدار الدية، وبالتالي تتغير قيمة الدية تبعاً لسعر الذهب، والله تعالى أعلم.

وفيما يتعلق بتقسيم الدية على ثلاث سنوات فقد أيدت محكمة الاستئناف قرار المحكمة الابتدائية بالأغلبية مع معارضة أحد أعضائها، فقد رأى العضو المعارض أن الشركة شخص معنوي لا يتأثر بدفع الدية حالاً، ولا يوجد من النصوص أو من اجتهاد الفقهاء ما يلزم بأن تكون مقسمة، ولم يثبت عن النبي -عليه الصلاة والسلام- أن جعلها مقسمة، وإنما كان ذلك من فعل الصحابة تيسيراً على عاقلة القاتل.

أقول: من خلال تتبع قرارات محكمة الاستئناف في هذا الأمر فقد وجدت تبايناً في هذه المسألة، فقرار المحكمة في هذه الدعوى كان مؤيداً للمحكمة الابتدائية بجعله مقسماً، وهناك قرار آخر لمحكمة الاستئناف أيدت به المحكمة الابتدائية في جعل الدية حالة وليست مؤجلة وهي شبيهة بهذه الدعوى، حيث أقيمت الدعوى على شركة الكهرباء المساهمة العامة<sup>(٣٧)</sup>. وقد جاء تأييد محكمة الاستئناف في هذه الدعوى للمحكمة الابتدائية بجعل الدية حالة غير مقسمة على الشخص المعنوي وهو شركة الكهرباء مؤيداً باستدلالات عدة، منها<sup>(٣٨)</sup>:

١- إن القرآن الكريم يقول نصاً في الآية ٩٢ من سورة النساء: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٩٢].

فالدية المسلمة تعني الأداء مباشرة بعد الحادث، فالدية المقسطة على ثلاث سنين لا يصدق عليها أنها مسلمة إلى أهله، والمقصد من الدية يتعلق بتطبيب خاطر الأهل، ولقطع النزاع مع القاتل وعاقلته، ودفن الفتنة في مهدها.

٢- إن السنة النبوية كانت تنفيذاً لذلك فكانت الدية تدفع على عهده ﷺ دفعة واحدة فور الحادث قطعاً للنزاع ودفعة للفتنة، ولم يرو عنه ﷺ تقسيط الدية لا على ثلاث سنين ولا على غيرها، وما جاء من روايات تقيد التقسيط على ثلاث سنوات إنما كان من فعل الصحابة واجتهادهم في زمن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، ولم يثبت إجماع على ذلك، وقد أيدت المحكمة ذلك بقوليات عدة، منها ما ذكره القرطبي في تفسيره: "تُنَجَّمُ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ عَلَى مَا قَضَاهُ عُمَرُ وَعَلِيٌّ، لِأَنَّ الْإِبِلَ قَدْ تَكُونُ حَوَامِلَ فَنُضَّرُ بِهِ، وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُعْطِيهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً لِأَغْرَاضٍ، مِنْهَا أَنَّهُ كَانَ يُعْطِيهَا صُلْحًا وَتَسْهِبًا. وَمِنْهَا أَنَّهُ كَانَ يُعْجَلُهَا تَأْلِيًا. فَلَمَّا تَمَهَّدَ الْإِسْلَامُ قَدَرْتَهَا الصَّحَابَةُ عَلَى هَذَا النِّظَامِ، قَالَهُ ابْنُ الْعَرَبِيِّ" (٣٩).

٣- التقسيط الوارد عن الصحابة إنما هو في خطأ الشخص الطبيعي المحكوم بدية مقتوله على عاقلته؛ حتى يتمكن من جمعها من أفراد عاقلته ويؤديها، وبالتالي لم يقل أحد بالتأجيل والتقسيط على غير العاقلة بدليل أن الاعتراف والصلح في القتل العمد لا تتحمله العاقلة، فتكون في مال القاتل بلا تقسيط ولا تأجيل إلا بالصلح على ذلك.

٤- التأجيل والتقسيط أمر تنفيذي وأحكام المحاكم إنما تحكم بتحديد الحق والإلزام به كاملاً ويترك أمر تنفيذه إلى قاضي التنفيذ القضائي.

٥- استدلوا بالمعقول والمصلحة فإن الحكم يدفع الدية من الشخص الاعتباري بلا تقسيط وترك التقسيط وعدمه للتنفيذ القضائي يحقق مصلحة الجهة الأضعف والمطلوب جبرها بالدية وهم المصابون من الورثة وقد يكون فيهم من هو قاصر.

أقول: ما ذكرته المحكمة له وجاهته الاستدلالية، ولعل محكمة الاستئناف ترى أن تترك صلاحية للمحكمة الابتدائية في جعل الدية في القتل الخطأ حالة أو مقسطة، ولذلك أيدت حكم المحكمة الابتدائية مرة بالتقسيط ومرة بأن تكون الدية حالة، ولعل الفراغ التشريعي في هذه المسألة بحاجة إلى حسم بالنص على ذلك في القانون قطعاً للنزاع، وتوحيداً للقرارات، وتسهيلاً على قاضي التنفيذ.

هذا وقد نقضت محكمة الاستئناف الشرعية قرار المحكمة الابتدائية فيما يتعلق بنصيب الأب حيث حكمت المحكمة الابتدائية له بمبلغ سدس التركة حسب حصته الإرثية (١٧٦٢٩) دينار، على الرغم من أنه طالب في لائحة الدعوى بالحكم له بمبلغ (٢٥٠٠) دينار، وعليه فقد حكمت له محكمة الاستئناف بمقدار ما طالب فيه فقط وهو (٢٥٠٠) دينار فقط بناء على طلبه ولأن القاضي لا يجوز له أن يحكم للمدعي زيادة عن طلبه، وبناء على أن الدية تدخل في باب التعويض والجبر، وليس إرثاً خلفه الميت.

وبالتالي يبين لنا أن محكمة الاستئناف قامت بتتقيح مناط الحكم المتعلق بكيفية دفع الدية وتحديد معنى المراد بالأسير، فحذفت وصف الأرخص باعتباره وصفاً طردياً، وأناطت الحكم بالأسهل أداء واعتبرته هو الوصف المؤثر في الحكم.

### المطلب الرابع: الاجتهاد القضائي في تفسير الشهادة بالتسامع في دعوى التفريق للشقاق والنزاع

أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير معنى الشهادة بالتسامع.

ذهبت المحكمة الابتدائية في إحدى الدعاوى المتعلقة بالتفريق للشقاق والنزاع إلى ثبوت الدعوى المقامة من الزوج على زوجته المدعى عليها بناء على سماع الشهود بحصول الشقاق والنزاع، وقد كان سماعهم لوجود الخلافات والنزاع من الزوج المدعى، وقد اعتبرت المحكمة بهذه الشهادة وأحالتها إلى الحكّمين، وانتهت الدعوى بالتفريق بين الزوجين بناء على ثبوت الشقاق والنزاع لدى المحكمة.

### ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف في تفسير معنى الشهادة بالتسامع.

قضت محكمة استئناف عمان الشرعية قرار المحكمة الابتدائية في قرارها رقم ٢٠١٥/٨٠١، واعتبرت أن شهادة شاهدي المدعي المستمعة على دعواه التفريق بينه وبين زوجته المدعى عليها جاءت سماعية عن المدعي، ولا يصح الاعتماد عليها لإثبات الدعوى؛ لأنها تعدّ في حكم شهادة المدعي لنفسه، وبذلك تخرج من الشهادة بالتسامع التي يثبت فيها الشقاق والنزاع والضرر التي نصت عليها المادة ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم ٢٦ لعام ٢٠١٠م<sup>(٤٠)</sup>.

والجدير ذكره هنا أن القانون يأخذ بشهود الزوجة لو كانت هي المدعية حتى لو كان سماعهم من قبل الزوجة فقط؛ والسبب أن القانون اكتفى بالتحقق فقط من قبل القاضي في حال كان المدعي هو الزوجة، بينما إذا كان المدعي هو الزوج فإنه يكلف بالإثبات، والتحقق يتساهل فيه، وأما الإثبات فلا يدخل عليه التساهل الذي يدخل على التحقق<sup>(٤١)</sup>. استناداً إلى المادة ١٢٦ فقرة أ، ب ونصها:

أ. إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وتحقق القاضي من صحة ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أُنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصررت الزوجة على دعواها أحال الأمر إلى حكّمين.

ب. إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه، أحال القاضي الأمر إلى حكّمين).

ومما يبنى على التفريق بين التحقق والإثبات جملة من الأمور، منها<sup>(٤٢)</sup>:

- يكون التحقق من دعوى الزوجة بالبينة الشخصية، أو الخطية أو تقرير طبي، أو أي محضر دعوى، أو حكم قضائي يثبت إضرار الزوج بالزوجة في محكمة نظامية، فالمطلوب فقط التحقق من ادعائها الضرر من قبل الزوج.
  - تقبل شهادة الأصول والفروع السماعية إذا كانت الزوجة هي المدعية؛ لأن الشهادة هنا من قبل التحقق وليست من قبيل الإثبات، في حين لا تقبل شهادة الأصول أو الفروع من الزوج؛ لأن الشهادة هنا من قبيل الإثبات.
  - لا يملك الزوج حق الطعن في شهود السماع الذين يشهدون للزوجة، في حين تملك الزوجة حق الطعن في شهود الزوج.
  - لا يشترط على الزوجة حصر الشهود، بينما يشترط على الزوج حصر الشهود وذلك من خلال تسميتهم.
- والسبب في هذا الاختلاف يعود إلى أن الزوجة غير مكلفة بالإثبات إذا كانت مدعية للشقاق والنزاع، بينما الزوج مكلف بالإثبات.

**الاجتهاد القضائي في تفسير المشكل**

وبالتالي، يتبين لنا أن محكمة الاستئناف قامت بتقيح الوصف المؤثر في معنى الشهادة بأن تكون من الغير، فشهادة الشخص لنفسه لا تتعدى غيره فتدخل في معنى الإقرار، وفرق بين الإقرار والشهادة، وبالتالي لم تقف على الصورة الشكلية للشهادة وإنما وقفت على الوصف المؤثر فيها.

**المطلب الخامس: الاجتهاد القضائي في تفسير شرط الأمانة في الحاضن.****أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير معنى الأمانة المعتبرة للحضانة.**

جاء في قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٧١):

- أ- يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغاً عاقلاً سليماً من الأمراض المعدية الخطيرة أميناً على المحضون قادراً على تربيته وصيانته ديناً وخلقاً وصحة، وأن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه وأن لا يسكنه في بيت مبعضيه أو من يؤذيه وأن لا يكون مرتدأ.
- ب- مع مراعاة ما جاء في فقرة (أ) من هذه المادة يشترط في مستحق الحضانة إذا كان من النساء أن لا تكون متروجة بغير محرم من الصغير.
- وفي إحدى الدعاوى قررت المحكمة الابتدائية إسقاط حق الحضانة من أم على ابنها الرضيع بناء على ثبوت حكم قضائي بات بسجنها لمدة عامين بسبب اصدار شيك دون رصيد، وقد اعتبرت المحكمة أن الحكم الصادر يطعن في أمانة المدعية، ويجعلها غير أمينة على ابنها الصغير.

**ثانياً: اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في تفسير معنى الأمانة المعتبرة للحضانة.**

قررت محكمة استئناف عمان الشرعية في قرارها رقم ٣٠٦١ لسنة ٢٠١٢م فسخ حكم المحكمة الابتدائية لأسباب عدة، منها: أن المحكمة الابتدائية لم تستحصل عن أثر السجن على حضانة الصغير لا سيما أن الطفل لا يستغني عن رضاء أمه، أضف إلى ذلك أن فسق الأم -على افتراض أن السجن مستوجب للفسق- ليس مبرراً لنزع الحضانة لطفل رضيع لأن الأم مفطورة على رعاية طفلها إلا إذا تأثر المحضون بهذا الفسق كأن يتعرض للإهمال وعدم العناية بحيث تتعرض حياته للخطر، وبالتالي لا تشترط العدالة في الحضانة إذا لم تتأثر مصلحة المحضون بذلك، وقد أيدت المحكمة ما ذهبت إليه بنقولات من زاد المعاد لابن القيم ج/٥ ص/٤٦١، وابن القيم في حاشيته ٥/٥٥٦، والشوكاني في السيل ٤٣٩/٢ (٤٣).

وبالتالي يتبين لنا أن محكمة الاستئناف قامت بتقيح مناط الحكم المتعلق بالأمانة، وحذفت ما ليس له تأثير على مصلحة الصغير، وأناطت الحكم بما له تأثير على رعاية ومصلحة الصغير، وبينت أن الفسق المخرج عن الأمانة المقصودة هو ما يؤثر على مصلحة الصغير بالرعاية والعناية، وليس مطلق الفسق، وهذا التقيح فرع من دوحة فقه الموازنات بين المصالح والمفاسد.

**المطلب السادس: الاجتهاد القضائي في تفسير تكذيب الإقرار.****أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير تكذيب الإقرار.**

في إحدى دعاوى تعديل وصف طلاقة من كونها رجعية إلى بائة بينونة صغرى ذهبت المحكمة الابتدائية إلى اعتبار

تكذيب المقر نفسه يعتبر رجوعاً، وتتلخص وقائع الدعوى أن رجلاً طلق زوجته غيابياً، وقد أقر أمام القاضي أنه قد تم الدخول بينه وبين زوجته، مما جعل وصف الطلاق بهذه الحالة بأنه طلاق رجعي، ولما علمت الزوجة بالطلاق رفعت دعوى تطالب بتعديل وصف الطلقة من رجعية إلى بائن بينونة صغرى؛ وذلك لأن الزوج اختلا بها دون دخول، وقد صادق المدعى عليه على حصول الخلوة الشرعية دون دخول، وبين أن ما ورد على لسانه أن الطلاق تم بعد الدخول يعود لجهله بالآثار المترتبة على الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة ظناً منه أنها نفس الآثار المترتبة على الطلاق بعد الدخول.

#### **ثانياً: اجتهاد محكمة استئناف عمان الشرعية في تفسير تكذيب الإقرار.**

جاء في قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٨٣٢ لسنة ٢٠١٥م أن مصادقة المدعى عليه على دعوى المدعية حصول الخلوة بينهما دون الدخول يعتبر تكديماً لإقراره مما يترتب عليه بطلان الإقرار بالدخول بالمدعية من الأصل وليس رجوعاً منه عنه؛ لأن الرجوع يكون رفعاً للإقرار بالشيء بعد تحقق وجوده، لذلك ولما كان إقرار المدعى عليه الذي تضمنه وثيقة الطلاق يتعلق به حق للمدعية وحق لله تعالى حتى وإن أكذب المدعى عليه نفسه فيه، وكان إنكار المدعية لإقرار المدعى عليه يعتبر رداً منها له، فيبقى والحالة هذه وجوب رعاية حق الله تعالى من قبل المحكمة الذي يتعين معه تحليف المدعية اليمين وفق ادعائها المذكور، وحيث لم تفعل المحكمة الابتدائية ذلك تقرر فسخ الحكم<sup>(٤٤)</sup>.

وبالتالي يتبين لنا أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن مصادقة المدعى عليه على دعوى المدعية بحصول الخلوة دون دخول لا يدخل في باب الرجوع عن دعواه السابقة؛ لأن الرجوع رفع للشيء بعد تحقق وجوده وهذا الأمر لم يتم ولم يحصل، وإنما يعتبر تكديماً لإقراره السابق، مما يستوجب بطلان الإقرار ورعاية حق الله بحلف اليمين، وهذا تنقيح للوصف المؤثر في معنى الرجوع، وتحقيق لمناط معنى التكذيب مما استدعى لكل منهما أحكاماً مختلفة.

#### **المطلب السابع: الاجتهاد القضائي في إثبات الخلوة بين الزوجين.**

##### **أولاً: اجتهاد المحكمة الابتدائية في تفسير إثبات الخلوة.**

ذهبت محكمة عمان الشرعية في إحدى الدعاوى المتعلقة بالتفريق للشقاق والنزاع إلى إثبات الخلوة بين الزوجين بالبينة وهي شهادة الشهود، وتتلخص وقائع الدعوى أن المدعية ادعت حصول الخلوة الشرعية بينها وبين زوجها، وأنكر الزوج حصول الخلوة الشرعية، فكلفت المحكمة المدعية الإثبات، وأحضرت شهود على ذلك، فأخذت المحكمة بتلك الشهادة.

##### **ثانياً: اجتهاد محكمة استئناف عمان الشرعية في كيفية إثبات الخلوة.**

فسخت محكمة استئناف عمان الشرعية قرار المحكمة الابتدائية في قرارها رقم ٣٥٨٦ لسنة ٢٠١٤م، وذلك لأن الخلوة لا تثبت بالبينة لأن الخلوة لا يحيط بها علم الشاهد. وكان على المحكمة اعتبار المدعية عاجزة عن الإثبات ومن ثم تحليفها اليمين الشرعية على ادعائها<sup>(٤٥)</sup> وبيان ذلك أن الخلوة إذا وجد شهود عليها فقدت معناها ووجودها، فمن أركانها الأساسية حصول اجتماع الزوج والزوجة بحيث يأمن اطلاع غيرهما عليه.

والمحكمة بينت أن تحقق معنى الخلوة بين الزوجين لا يتحقق مع وجود الشهود، وبالتالي لا تصلح بينة الشهود لإثبات ادعاء الخلوة، ولا تثبت الخلوة إلا بالإقرار من قبل المدعى عليه، وبالتالي تكون عاجزة عن الإثبات، وطريق الإثبات يكون بحلفها اليمين.

**المطلب الثامن: الاجتهاد القضائي في تفسير معنى الثيب.**

فسخت محكمة استئناف عمان الشرعية قرار محكمة وادي السير الشرعية المتعلق بإثبات زواج ونسب طفلة، وتتلخص وقائع الدعوى أن رجلاً تزوج امرأة في أمريكا، وبعد ٣ سنوات على العقد أنجبت المرأة طفلة، وكان المتداعيين قد تصادقا على أن المرأة ثيب، وفي الوقت نفسه تذكر أنه لم يسبق لها الزواج، وقد قررت محكمة الاستئناف عدم قبول هذا القول، وعدم اعتباره؛ لأن العبرة في الثبوت التي يبني عليها أحكامها الفقهية ليس غشاء البكارة من عدمه، وإنما التي تثبت بعد الوطء من عقد صحيح أو بشبهة<sup>(٤٦)</sup>.

وبالتالي يتبين لنا أن المحكمة قامت بتتقيق مناط الحكم المتعلق بإثبات كون المرأة ثيب من غيره، فحذفت الأوصاف الطردية المتعلقة بوجود غشاء البكارة من عدمه، وأناطت الحكم بالوطء الناشئ من عقد صحيح أو بشبهة فقط.

**الخاتمة.**

بعد هذا التطواف بين اجتهادات المحاكم في القضايا التي بان فيها وجه للإشكال، نخلص إلى جملة من **النتائج والتوصيات** يمكن استخلاصها:

- ١- المشكل هو ما خفيت دلالاته على المعنى المراد منه خفاءً ناشئاً من ذات الصيغة أو الأسلوب، ويدرك المعنى المقصود منه بالتأمل والاجتهاد.
- ٢- من صور الاجتهاد القضائي في التفسير هو ترجيح المعنى الذي شرع الحكم لأجله من خلال النظر المقاصدي، ومن صور الاجتهاد في التفسير الوقوف على الوصف المؤثر في الحكم من خلال تخريج المناط وتتيحه بحذف ما ليس له صلة بالوصف المؤثر وإناطة الحكم بالوصف المؤثر تمهيداً لتحقيق مناطه في الواقعة المنظورة.
- ٣- أفرزت الدراسة تبايناً في قرارات استئنافية ترد على محل واحد مما يستدعي حسم هذا التباين، وذلك بتعديل قانوني يبنى رأياً واضحاً من مثل جعل الدية محددة بمقدار معين يناط بالذهب وليس بالتحخير بين الذهب والفضة والإبل والماشية وغيرها، وكذلك بالنسبة لتقسيم الدية على الشخص المعنوي مثل: المؤسسات والشركات.
- ٤- أفرزت الدراسة مبادئ قانونية ينبغي أن يصار إلى تعميمها على المحاكم الابتدائية والعمل بها من خلال منظومة تعليمات مفرزة ومبوبة ومنظمة تستفيد من تلك المبادئ منها، عدم قبول الشهادة على الخلوة، التفريق بين تكذيب الإقرار والرجوع في الدعوى، التفريق بين قبول شهادة التسامع في دعوى الشقاق والنزاع بحيث إذا كان المدعي الزوجة فيقبل منها شهادة التسامع حتى لو كان سماع الشهود من المدعية نفسها بخلاف إذا كان المدعي الزوج؛ لأن الزوج يطلب منه الإثبات بخلاف الزوجة فيكتفى منها بتحقيق القاضي، تفسير معنى الأمانة بحسب طبيعة الدعوى، فالأمانة المعتبرة في حضانة الصغير ما يؤثر على مصلحة الصغير وليس مطلق الأمانة، الثبوتية تتعلق بفض غشاء البكارة بعقد صحيح أو وطء بشبهة، وليس مرتبطاً بفض غشاء البكارة مطلقاً.. وهكذا.

**التوصيات.**

- ١- توصي الدراسة باستخلاص المبادئ القضائية التي تفرزها الاجتهادات القضائية، وإعادة صياغتها وتعميمها دورياً على الباحثين والمحامين والقضاة، والاستفادة منها في تطوير المنظومة القضائية.

- ٢- توصي الدراسة بالنص على مقدار الدية وإنانطتها بالذهب من خلال تحديد وزن محدد للذهب للأخذ به؛ لأن المعيار الوحيد للثمنية في العصر الحديث هو الذهب، وتقرح الدراسة أن يأخذ المتوسط الحسابي في زمن النبي لما يعادل مئة من الإبل بالذهب أي ٦٠٠ دينار، وحيث إن ٢٠ دينار كانت تعادل ٨٥ غم من الذهب، أي ٦٠٠ دينار ذهب = ٢٠٥٠ غم ذهب، فالمعيار المعتمد لتقدير الدية هو ٢٠٥٠ غم، والله تعالى أعلم.
- ٣- توصي الدراسة بإعداد دراسة عن تحقيق منطقات الأحكام في الاجتهادات القضائية وإبراز المنحى التطبيقي فيها.

### الهوامش.

- (١) ينظر: أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، (ط١)، ١٩٧٩م، ج٣، ص٣٠٥. وينظر: علي الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٩٨٣م، ج١، ص٢١٥.
- (٢) ينظر: أحمد بن فارس، (ت ٣٩٥هـ) مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ط٢)، ١٩٨٦م، ج١، ص٥٠٩.
- (٣) ينظر: محمد بن مكرم ابن منظور (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (ط٣)، ١٤١٤هـ، ج١١، ص٣٥٧ وما بعدها.
- (٤) محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج١، ص١٦٨.
- (٥) قال السرخسي في تعريفه: "اسم لما اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع المراد بها إلا بالطلب". السرخسي، أصول السرخسي، مرجع سابق، ج١، ص١٦٧. وينظر: عبد العزيز البخاري (ت ٧٣٠هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٩٩٧م، ج١، ص٥٢.
- (٦) ينظر: سعد الدين التتازني (ت ٧٩٢هـ)، شرح التلويع على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ج١، ص٢٤٣. وينظر: محمد بن حمزة الفناري (ت ٨٣٤هـ)، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ٢٠٠٦م، ج١، ص٩٩. والبخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مرجع سابق، ج١، ص٥٤.
- (٧) الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، مرجع سابق، ج١، ص٩٩.
- (٨) عبد الرحمن الإيجي (ت ٧٥٦هـ)، شرح مختصر المنتهى، مرجع سابق ج٣، ص١٠٨، وينظر: القرافي، أحمد بن إدريس شرح تنقيح الفصول (ت ٦٨٤هـ)، دار الفكر، القاهرة، (ط١)، ١٩٧٣، ج١، ص٣٧ و٢٧٤.
- (٩) قول أكثر الأصوليين مثل الشيرازي، والجويني، وابن الحاجب، والقرافي، ينظر: تفصيل ذلك، محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، (ط٤)، ١٩٩٣م، ج١، ص٣٣١ وما بعدها.
- (١٠) ينظر: جمال الدين الإسوي (ت ٧٧٢هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٩٩٩م، ج١، ص٩٠. وينظر: محمد أمين أمير بادشاه (٩٧٢هـ)، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، د.ت، ج١، ص١٦٢.
- (١١) ينظر: محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ط٣)، ١٩٩٧م، ص٩٥. وينظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، د.ت، ص١٣١.
- (١٢) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق مادة: ناط.
- (١٣) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق مادة: ناط.
- (١٤) عبد الوهاب بن علي السبكي، (ت ٧٧١هـ) الإبهاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٩٨٤م، ج٣، ص٨٣. وينظر: علي بن محمد الأمدي (ت ٦٣١هـ) الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، (ط١)،



## الاجتهاد القضائي في تفسير المشكل

١٤٠٤هـ، ج٣، ص٣٣٦.

(١٥) ابن السبكي. الإبهاج شرح المنهاج، مرجع سابق، ج٣، ص٨٣.

(١٦) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة: نقح.

(١٧) الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي (ت ٨٦٤هـ)، شرح المحلي على متن جمع الجوامع، دار الفكر، بيروت، (ط١)،

١٩٩٥م، ج٢، ص٢٩٣. هذا التعريف هو تعريف الجمهور وهناك تعاريف عدة أخرى، منها ما ذكره الغزالي في المستصفى:

"الجمع بين الأصل والفرع بإلغاء الفارق". الغزالي، أبو حامد، محمد ابن محمد (٥٠٥هـ). المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد

عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٩٣م، ج١، ص٢٨٢. وينظر: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦هـ)، المحصول

في أصول الفقه، تحقيق: طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، (ط١)، ١٩٧٩م، ج٥، ص٣١٦. ويسمي

الحنفية تتقيح المناط بهذا التعريف استدلالاً ويفرقون بينه وبين القياس. وهناك تعاريف أخرى ينظر: ابن السبكي، الإبهاج شرح

المنهاج. مرجع سابق، ج٣، ص٩

(١٨) البنانى، عبد الرحمن بن جاد الله (١١٩٤هـ). حاشية البنانى على شرح المحلي، دار الفكر، بيروت، (ط١)، ١٩٩٥م، ج٢،

ص٢٩٣.

(١٩) متفق عليه، ينظر: البخاري. الصحيح، كتاب: الصوم، باب: إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه، رقم:

١٩٣٦، ص٣٦٧. وينظر: مسلم، بن الحجاج. صحيح مسلم، كتاب: الصيام، باب: تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان

على الصائم، رقم: ١١١١، ص٤٠٢.

(٢٠) ينظر: كمال الدين ابن الهمام (ت ٨٦١هـ)، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، (ط١)، ١٩٧٧م، ج٢، ص٣٢٧. وينظر: خليل

ابن إسحاق (ت ٧٧٦هـ)، مختصر خليل، تحقيق: أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، (ط١)، ١٤١٥هـ، ج١، ص٦٦.

(٢١) ينظر: يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت (ط١)، ١٩٨٥م، ج٢، ص٣٧٤.

وينظر: منصور بن يونس الدهوتي (ت ١٠٥١هـ)، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، (ط١)، ١٩٩٦م، ج١،

ص٤٨١.

(٢٢) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص١٣١.

(٢٣) رقم الدعوى في المحكمة الابتدائية ٢٠١٢/١٠٩٩ الصادرة من محكمة وادي السير الشرعية عمان، ورقم الاستئناف ٣٨٤٦/٢٠١٤.

(٢٤) ينظر: قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٣٨٤٦ لسنة ٢٠١٤م.

(٢٥) محمد بن أحمد القرطبي (ت ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية،

القاهرة، (ط٢)، ١٩٦٤م، ج١٦، ص٤٨.

(٢٦) المصدر السابق، ج١٧، ص٤٧.

(٢٧) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج١٧، ص٥٠.

(٢٨) ينظر: محمد بن أحمد السرخسي (٤٨٣هـ) المبسوط، بيروت، دار المعرفة، (ط١)، ١٩٩٣م، ج٦، ص٢٦.

(٢٩) المرجع السابق، ج٦، ص٢٦.

(٣٠) سراج الدين عمر بن إبراهيم ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب

العلمية، بيروت (ط١)، ٢٠٠٢م، ج٢، ص٢٧٦. وينظر: محمد أمين ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر

المحتار، دار الفكر، بيروت، (ط٢)، ١٩٩٢م، ج٣، ص١٧٦.

(٣١) ينظر: قرار رقم ٣٩٤ لسنة ٢٠١١م محكمة استئناف عمان الشرعية.

(٣٢) ينظر: قرار رقم ٣٩٤ لسنة ٢٠١١م محكمة استئناف عمان الشرعية.

(٣٣) ينظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، مرجع سابق، الآية ٩٢ من سورة النساء، ج ٥، ص ٣١٧. قال ابن رشد في بداية المجتهد: "أما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضًا فيما يجب من ذلك عليهم، فقال مالك: على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم، وقال أهل العراق: على أهل الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعي بمصر: لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت. وقوله بالعراق مثل قول مالك. وعمدة مالك تفويهم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار، وعلى أهل الورق بأثني عشر ألف درهم. وعمدة الحنفية ما روي أيضًا عن عمر أنه قوّم الدينار بعشرة دراهم، وإجماعهم على تفويهم المقتال بها في الزكاة. وأما الشافعي فيقول: إن الأصل في الدية إنما هو مئة بعير، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب، وأثني عشر ألف درهم على أهل الورق؛ لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه" محمد بن أحمد ابن رشد (ت ٥٢٠هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٤م، ج ٤، ص ١٩٢.

(٣٤) ينظر: قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٣٣٥٠ لسنة ٢٠١٤ حيث جرى تقدير قيمة الدية بناء على الفضة، وليس الذهب.

(٣٥) ينظر: قرار رقم: (١٢٩) (٧/٢٠٠٩) إعادة النظر في تقدير الدية الشرعية بتاريخ ١/٨/٤٣٠هـ، الموافق ٧/٢٣/٢٠٠٩م. <http://www.aliftaa.j>

وتضمنت الفتوى سبع نقاط وهي: (أولاً: الأصل أن مقدار الدية الشرعية مئة من الإبل تختلف أسنانها وصفاتها بحسب نوع القتل من حيث كونه عمداً أو شبه عمد أو خطأ، فدية القتل الخطأ مئة من الإبل خمسة: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وهي مخففة من ثلاثة أوجه كونها على عاقلة القاتل وكونها مقسطة على ثلاث سنين، ومن ناحية أسنان الإبل، ودية القتل العمد وشبه العمد مئة من الإبل، ثلاثون حقة وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه. أي في بطونها أولادها.

ودية القتل العمد مغلظة من ثلاثة أوجه كونها حالة، وكونها في مال القاتل، ومن ناحية أسنان الإبل، ودية القتل شبه العمد مغلظة من وجه مخففة من وجهين، فهي مغلظة من ناحية أسنان الإبل، ومخففة كونها على العاقلة ومقسطة على ثلاث سنين.

وما ورد من تقديرها بغير الإبل إنما كان يراعى فيه قيمة الإبل ويدل على ذلك ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده "أن رسول الله ﷺ كان يقوم دية الخطأ على أهل القرى أربعمئة دينار أو عدلها من الورق ويقومها على أثمان الإبل إذا غلت رفع في قيمتها، وإذا هاجت رخصاً نقص من قيمتها، وبلغت على عهد الرسول ﷺ ما بين أربعمئة دينار إلى ثمانمئة دينار أو عدلها من الورق: ثمانية آلاف درهم، قال: وقضى رسول الله ﷺ: على أهل البقر مائتي بقرة، ومن كانت دية عقله في الشاء فألفاً شاة، وقال رسول الله ﷺ: (العقل ميراث بين ورثة القتيل على قرابتهم فما فضل فللعصبه... الحديث) سنن أبي داود باب دية الأعضاء رقم (٤٥٦٤) طبعة مصطفى الحلبي (ج ٢ ط ١ ص/٤٩٥٩) وسنن النسائي (ج ٨/٤٢ و ٤٣) في القسامة باب كم دية شبه العمد.

ثانياً: نظراً إلى أن الإبل غير متداولة في الأردن فإن المجلس رأى وجوب تقدير أثمانها بالعملة الأردنية؛ لأنها أسهل على الناس عند الأداء، ويعرف ثمن الإبل بالسؤال عن أسعارها في البلاد الإسلامية التي تكثر فيها.

ثالثاً: كتب سماحة المفتي العام إلى رئيس مجمع الفقه الإسلامي في السودان يسأله عن أسعار الإبل في بلادهم، حيث قام الأخير بتشكيل لجنة للسؤال عن أسعار الإبل في السودان الشقيق وأعلمنا بأثمانها، وتبين لنا من كتابه أن قيمة مئة من الإبل مضافاً إليها أجور النقل حسب دية القتل الخطأ تعادل عشرين ألف دينار أردني، وقيمة مئة من الإبل حسب أوصاف الإبل في دية القتل

## الاجتهاد القضائي في تفسير المشكل

العمد وشبه العمدة خمسة وعشرون ألف دينار أردني وعليه فإن المجلس يرى أن دية القتل الخطأ بالدينار الأردني هي عشرون ألف دينار أردني، ودية القتل العمدة وشبه العمدة هي خمسة وعشرون ألف دينار أردني.  
 رابعاً: يؤكد المجلس على أن دية الخطأ وشبه العمدة تكون على عاقلة القاتل ودية العمدة تكون في مال القاتل.  
 خامساً: يؤكد المجلس على أنه لا يجوز الجمع بين الدية والقصاص فإذا اقتصر من القاتل في القتل العمدة فلا تجب الدية عليه.  
 سادساً: لمستحق الدية واحداً كان أو متعدداً أن يتنازل عن حصته من الدية فإن الله تبارك وتعالى قد حث المسلمين جميعاً على العفو فقال: ﴿وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وليس لأحد أن يتنازل عن حق القاصرين ولا يعتبر تنازله عن حقهم نافذا عليهم.

سابعاً: تقسم الدية على ورثة القتيل قسمة الميراث. والله تعالى أعلم).

(٣٦) جاء في فتوى مجلس الإفتاء الأردني في القرار السابق أن قيمة المائة من الإبل كانت تعادل ما بين ٤٠٠ - ٨٠٠ دينار ذهب، والتباين بين الرقمين واضح، ولعل ذلك مرجعه إلى أن الثمنية كانت تعدّ للإبل في المقام الأول، والذهب كان تابعاً، أما في واقعنا المعاصر فالثمنية أولاً للذهب، ولم يعد الإبل يشكل معياراً للثمنية، واقترح أن يأخذ المتوسط الحسابي في زمن النبي لما يعادل مئة من الإبل بالذهب أي ٦٠٠ دينار، وحيث إن ٢٠ دينار كانت تعادل ٨٥ غم الذهب، أي ٦٠٠ دينار ذهب = ٢٠٥٠ غم ذهب، فالمعيار المعتمد لتقدير الدية هو ٢٠٥٠ غم، والله تعالى أعلم.

(٣٧) ينظر: قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٣٣٥٠ لسنة ٢٠١٤م.

(٣٨) ينظر: قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٣٣٥٠ لسنة ٢٠١٤م.

(٣٩) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٢٠، ومن النقولات التي استندت إليها ما ذكره القاسمي نقلاً عن ابن المنذر وعن أحمد بن حنبل عدم ثبوت أي رواية عن النبي تفيد تقسيط الدية، كما نقل عن غير واحد من الفقهاء ما يقدر بادعاء الإجماع على وجوب التقسيط على الدية. ينظر: محمد جمال القاسمي (ت ١٣٣٢هـ)، محاسن التأويل، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط ١)، ١٤١٨هـ، ج ٣، ص ٢٦٠.

(٤٠) ينظر: قرار رقم ٨٠١ لسنة ٢٠١٥ محكمة استئناف عمان الشرعية.

(٤١) ينظر: رائد علي الكردي وماهر معروف النداف، حكم إثبات دعوى الشقاق والنزاع بشهادة التسامع في ضوء التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية لعام ٢٠١٠ دراسة فقهية مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون م ٤٣/ ملحق ٤، ٢٠١٦م، ص ١٤٨٧.

(٤٢) ينظر: المرجع السابق ص ١٤٨٦.

(٤٣) ينظر: قرار رقم ٣٠٦١ لسنة ٢٠١٢م محكمة استئناف عمان الشرعية، وينظر: محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، السبل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت (ط ١)، ج ١، ص ٤٥٥. وينظر: محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، زاد المعاد في هي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ط ٢٧)، ١٩٩٤م، ج ٥، ص ٣٩٢ وما بعدها.

(٤٤) ينظر: قرار رقم ٨٣٢ لسنة ٢٠١٥ محكمة استئناف عمان الشرعية.

(٤٥) قرار رقم ٣٥٨٦ لسنة ٢٠١٤ محكمة استئناف عمان الشرعية.

(٤٦) ينظر: قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٢٤٢٣ لسنة ٢٠١٢م.