مجلة النوازل الفقهية والقانونية ـــ رقم ISSN 2602 – 7100
المجلد 07 - العدد 01 - السنة 2023 ص 141 - 170

دلالة اللّفظ على الحكم من حيث درجات القوّة عند الأصوليين وتطبيقاتها في فقه القضاء المدنيّ التونسيّ

The significance of the word on the ruling in terms of the degrees of power of the fundamentalists and their applications in the jurisprudence of the Tunisian civil judiciary

رابح بن بوجمعة قاسمي*

جامعة الزيتونة (تونس)، rabehgasmi.gasmi@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2023/02/01 تاريخ القبول: 2023/02/28 تاريخ النشر: 2023/03/14

الملخص:

لا يخفى على ذوي العقول أنّ القواعد الأصولية تمثلاً نبراسا للقضاة، يهتدون به في خضم تناولهم للقضايا المطروحة أمامهم، ولذا فإنّ من أهم الأهداف المرجو تحقيقها في هذا البحث أن يعلم أهل القضاء أنّ تفسير النصوص القانونية ليس بمعزل عن المدونة الأصولية. كما أنّ تمثل هذا القواعد يحتاج إلى دراية بعلوم اللّغة لأنّ القواعد القانونية مبنية على الإيجاز مع الاكتناز. فالإيجاز اللّفظي يستوجب الفهم الحصيف للمعاني الّتي تضمنها اللّفظ حيث يقوم القاضي باستنباط الأحكام سواء من ناحية المنطوق أو المفهوم.

وبعد ما جرى البحث والتمحيص للمسائل المطروحة في هذا المقال تم الاهتداء إلى جملة من النتائج المعتبرة من بينها أنّ التقسيم المعتمد بخصوص دلالة اللّفظ على المعنى من حيث درجات القوة غير مرعي عند القضاة باستثناء مفهوم المخالفة، ولكن هذا لا ينفي أنّ محكمة التعقيب التونسية قد وظّفت هذه القواعد وإن كان الأمر غير صريح، بل المرجح أنّ هذا التوظيف حصل دون قصد واضح وجلي.

الكلمات المفتاحية: تعقيب؛ تفسير؛ عبارة؛ غشارة؛ مخالفة؛ مفهوم؛ فقه؛ قضاء؛ أصول.

* المؤلف المرسل

Abstract:

It is no secret to those with minds that the fundamentalist rules represent a beacon for judges, guided by it in the midst of dealing with the issues before them, and therefore one of the most important goals to be achieved in this research is to know the people of the judiciary that the interpretation of legal texts is not isolated from the fundamentalist code. The representation of these rules also requires knowledge of linguistics because legal rules are based on brevity with hoarding. Verbal brevity requires a prudent understanding of the meanings contained in the word, as the judge derives judgments, whether in terms of pronunciation or concept.

After research and scrutiny of the issues raised in this article, a number of considered results were found, including that the division adopted regarding the significance of the word on the meaning in terms of degrees of force is not taken into account by judges, except for the concept of violation, but this does not negate that the Tunisian Court of Cassation has employed these rules, although it is not explicit, but it is likely that this employment took place without a clear and clear intention.

Keywords: Commentary ; interpretation ; phrase ; reference; violation; concept; jurisprudence; judiciary; origins.

مقدمة:

يتطلّب استنباط الأحكام من النّصوص الشرعية أو القواعد القانونية رسوخاً علمياً، وفهماً نيراً يعصم المجتهدين من الزلل، ولإنارة الدّروب العلمية للمتعاملين مع النّصوص الشّرعية والقانونية وضع علماء أصول الفقه ضوابط منهجية صارمة توضّح للمجتهدين وللقضاة معالم الطّريق، وتيسر لهم إصابة الحكم، ومن هذا المنطلق جاءت مناهجهم دقيقة، وهذا بين في تصنيفهم النّصوص إلى مراتب، من حيث دلالتها على المعنى، ومن حيث قوة الوضوح والإبهام، ومن حيث درجات قوتها وعلى ضوء هذا التّصنيف تبنَى الأحكام.

الإشكالية: فكيف سيحصل توظيف القواعد الأصولية المتعلّقة باستنباط الأحكام من حيث درجات القوة في قرارات محكمة التعقيب التونسية؟

فرضيات البحث:

* تعامل القضاة مع القواعد الأصولية من حيث درجات القوة والضعف بمنهج غير دقيق لعدم إلمامهم بعلم أصول الفقه.

* القواعد الأصولية غير مذكورة بالاسم وإنّما هي يقع سوقها ضمنيا ضمن القرار التعقيبي، بمعنى أنّ وجودها في الحكم دون قصد بين.

* عدم وضوح المسلك المعتمد، هل مسلك المتكلمين أم الحنفية؟

أهداف البحث:

* إبراز أهمية القواعد الأصولية في تكييف الأحكام القضائية.

* تيسير عملية استباط الأحكام القضائية وسرعة الفصل في القضايا المعروضة أمام أنظار القضاة.

* تقديم أمثلة معاصرة تيسر عملية فهم القواعد الأصولية للمتعلّمين سواء في المجال الشرعي أو المجال القانوني.

* ضرورة إدراج مادة أصول الفقه في معاهد تكوين القضاة.

مناهج البحث:

ومن المتعارف عليه أنّ طبيعة الموضوع تحدّد طبيعة المنهج. لذا تم توظيف المنهج المقارن قصد استخراج القواعد الأصولية من بين أتون فقه القضاء المدني مع مقارنتها بما جاء في مدونة أصول الفقه.

كما تم التّعويل على المنهج الاستقرائي والغاية منه استقراء القواعد الأصولية الّتي وظّفها القضاة في معالجتهم لوقائع القضايا المعروضة عليهم، إضافة إلى المنهج التحليلي النقدي الّذي وظّف في تحليل مادة البحث ونقدها.

1. المطلب الأول: تعريف مختصر بمحكمة التعقيب التّونسية ودورها في تفسير القانون

1.1 المبحث الأول: التّعريف بمحكمة التعقيب

مرت محكمة التّعقيب التونسية بمراحل متنوعة لتصبح في نهاية المطاف هيكلاً قضائيا مستقلاً بذاته، ففي أول النشأة كانت مجرد دائرة قضائية من بين بقية الدّاوئر التابعة لمحكمة الوزارة. ثم تطورت منذ سنة 1910، لتصبح لجنة مركبة من كبار القضاة يسهرون على حسن تطبيق القانون، وبقيت على هذه الحال إلى غاية سنة 1921 لتعطى لها تسمية أخرى وهي لجنة القضايا، ومهمتها الأساسية هي الطّعن في القضايا التي لم يحسن قضاة الدرجة الأولى أو الثانية من السلم القضائي تطبيق القانون فيها(1). ثم روجعت التسمية منذ سنة 1947 لتصبح تعرف بدائرة التمييز إلى غاية 3 أوت 1956 حيث أصبحت تسمى محكمة التعقيب التونسية. ويرجع هذا الأمر إلى ما قامت به دولة الاستقلال من إصلاح هيكلي للقضاء ليكون خير شاهد على الاستقلال التام للبلاد التونسية.

2.1 المبحث الثاني: مهمة المحكمة تجاه تفسير القواعد القانونية

تسهر محكمة التّعقيب أو التّمييز باعتبارها أعلى محكمة في الهرم القضائي على تطبيق القانون وذلك بحسن تفسيره من خلال اعتماد قواعد تفسيرية تسير لها إصابة الحكم. والجدير بالذّكر أنّ الاجتهاد الاستنباطي ينقسم إلى قسمين: اجتهاد في استنباط الأحكام التشريعية، واجتهاد في استنباط الأحكام القضائية، فبالنسبة إلي النّوع الأول من الاجتهاد فقد كان قديماً بيد القَضاة، أما اليوم وفي ظل احترام قاعدة التّفريق بين السُّلَط، فقد اختص به رجال السلطة التّشريعية، في حين اقتصر دور القَضاة على استنباط الأحكام القضائية من النّصوص التّشريعية المراد تطبيقها على موضوع النّزاع(2).

وتطرح مسألة اجتهاد القَضاة ونقض أحكامهم ضرورة النّظر في قاعدة "**الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد**"، وهذه القاعدة "علّتها وضع الأحكام بمعزل عن التقلّب والاضطراب، وهي مبنية على إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى أنّ أبا بكر الصديق حكم في قضايا أحكاماً خالفه فيها

عمر بن الخطّاب، ولكن هذا الأخير لم ينقضها عندما أصبحت إليه الخلافة وحكَم في المشرَّكة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة، وقال ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي"[3].

وهذه القاعدة تقيد في التّنظيم القضائي الحديث من قبَل المحكمة التّي حكمت الحكم الأول، إذْ لا يجوز لها النّظر في نفس القضية مرتين، كما أنّ المحاكَم الابتدائية أو الاستئنافية ليس لها حق نقض الأحكام الصادرة عن محكمة من نفس الدّرجة، أما المحاكم العليا الاستئنافية أو التّعقيبية، فإنّها قادرة على نقض أحكام المحاكم الابتدائية ضمن شروط ومهل معينة[4].

ويعرف عدم نقض الأحكام من قبل المحاكم التي هي من نفس الدّرجة اليوم بمبدإ اتّصال القضاء[5]، والمقصود به من الناحية الإجرائية رفع ولاية القضاء، أي منع النّظر في نفس القضية بنفس الإجراءات السابقة من طرف المحكمة التي هي من نفس الدّرجة، والمبدأ يقول: "لا يَمكن النّظر في نفس الشّيء مرّتين" أو "لا مرّتين في شيء واحد"، وحتّى يتحقّق اتّصال القضاء لا بدّ من وحدة كل من الأطراف (المدّعي والمدّعى عليه) وموضوع القضية(مثلاً موضوع استحقاقي) ثم السبب، وهو الأساس الّذي أسست عليه الدّعوى، وفي صورة اختلال أحد الأركان ترفع القضية من جديد[6]. أما من الناحية الموضوعية، فإنّ اتّصال القضاء يمثّل قرينة إثبات قاطعة، بمعنى أنّ الحقيقة القضائية قد اكتملت، ويحق لأحد الأطراف تقديم ما يثبت أنّ القضاء قد اتّصل بهذه القضية[7].

وقد عرف هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، حيث نجده موثّقاً في كُتب الفقهاء، فقد دقّق شروطه شهاب الدّين القرافي، وهذا بين في قوله: "إذا حكم الحاكم بذلك الحكم الذي يقتضيه ذلك المدرك امتنع نقض ذلك الحكم، لاتّصال حكم الحاكم به[8].

وقد تبنى القضاء التّونسي هذا المبدأ وهذا ليس بغريب لأنّ القضاء في البلاد التّونسية ولد من رحم الفقه الإسلامي حمله التّعليم الزيتوني وهناً على وهن، ثمّ ترعرع في أقضية المحاكم الشرعية، على مدونة سحنون وتُحفة ابن عاصم[9]وموافقات الشّاطبي[10] وعلى لائحة الشيخ جعيط[11].

ومن المعهود أن القضاء يرد بمعنى الإحكام والإتقان والخلق والفصل والإلزام والإرادة[12]، وهو عندما ينسب إلى القاضي لا يمكن أن يخرج عن هذه المعاني، إذْ إنّ الأحكام القضائية تصدر عن إرادة، ولا بدّ فيها من حسن إحكام وإتقان وخلق، حتى تتّصف بالإلزام، وقد جاء في المادة 1792من مجلّة الأحكام العدلية: "ينبغي أنْ يكون القاضي حكيماً فهيماً"[13]. ولكن الفهم لا يتحقّق إذا ما وقف القاضي على ظاهر النّصوص وادعى كمال التّشريع، لأنّ القول بكمال فهم النّصوص التّشريعية غاية تُطلب فلا تُدرك[14].

ولجعل الاجتهاد القضائي أكثر إحاطة بالقضايا وحلولها، عرفت المنظومة القضائية تطوراً، ويرصد ذلك في طبيعة القوانين التي يدعى القُضاة إلى تطبيقها على القضايا المعروضة عليهم، حيث وزّعت على صنفين: قوانين مدنية، ومن ثمَّ قضايا ذات طابعٍ مدنيٍ، وقوانين جزائية تختص بها قضايا من جنسها[15].

وثم يتّضح أنّ لمحكمة التعقيب المكانة المرموقة في تفسير النصوص القانونية بالتّعويل على جملة من القواعد الأصولية ومنها ما يتعلق بدرجات القوة من حيث الأحكام المتسنبطة.

2. المطلب الثاني: عبارة النص

1.2 المبحث الأول: المدلول الاصطلاحي

هي دلالة اللّفظ على الحكم المسوق له أصالة أو تبعاً بلا تأمل[16]. فالمقصود بال"أصالة" ما دال عليه الكلام نصا في اصطلاح الحنفية، وأما "تبعا" هو أنّ تكون استفادة المعنى لا من اللفظ بل من لوازمه، وهو ما يطلق عليه في اصطلاحهم: الظاهر[17].

والسؤال المطروح في هذا المقال: هل يشترط في عبارة النص مطابقة البنية الدّلالية للبنية التركيبية؟

وبالنّظر في التّعريف يتبين أنّ استفادة الحكم منطلقه البنية الدّلالية دون اشتراط المطابقة، أي إنّ الأحكام المتوصل إليها بعبارة النص، إما أنْ تحصل بالاتّفاق بين القصد(البنية الدّلالية) أو الصيغة(البنية التركيبية)، ومثال ذلك ما تداوله المناطقة بقولهم: "هذا إنسان، هذا حيوان ناطق"،

فمن هذه الصّيَغ لا يمكن أن يكون الحيوان النّاطق إلاّ إنساناً، ويفهم بالقصد لأنّ خاصية النّطق هي الصفة المَميزة للإنسان عن الحيوان[18]. فالمعنى هنا مساق أصالةً من اللّفظ[19].

أمّا في الحالة الثّانية فهي أنْ يختلف القصد عن الصّيغة، ومثاله قوله تعالى﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[20]. فالآية دلّت بصيغتها على حلية البيع وحرمة الربا، ولكن المقصود هنا هو التّفرقة بين البيع والربا لأنّها جاءت للردّ على الذين ماثلوا بينهما فقالوا:﴿إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ﴾[21]. فالحكم الأول فهم أصالةً من البنية التّركيبية للآية، والحكم الثّاني مستفاد من القصد. فالحكم إذاً يستفاد من مفردات الكلام وجمله، إما أصالة، أي مطابقة الصيغة للقصد، أو تبعاً بأنْ يكون المعنى المقصود خارجا عما وضع له اللّفظ[22].

والأخذ بمفهوم العبارة عند فُقهاء القانون والقَضاة منطلقه الفصل532 من مجلّة الالتزامات والعقود، الّذي يعول عليه في تفسير النصوص القانونية في حال الوضوح والغموض[23].

2.2 المبحث الثاني: الأمثلة

قال ربّ العزّة في مُحكم التّنزيل: ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ﴾[24].

فالجزء الأول من الآية دلّ على إباحة الزواج، وتضمن الجزء الثّاني إباحة التعدّد في حدود أربع زوجات خلافاً لمذهب ابن حزم، والاقتصار على واحدة مرتبط بخوف الجور وهو ما دلّ عليه الجزء الثالث.

وهذه الأحكام منها ما هو مستفاد من الكلام أصالةً وهما إباحة التعدّد والاقتصار على الواحدة في حال خشية الظّلم والجور، وقد علم هذا من مناسبة النّزول، إذ روى سعيد بن جبير[25] رضي الله عنه أنّ قوماً كانوا يتحوبون في اليتامى، أي يجدون حرجاً في الولاية على اليتامى، ولكنّهم لا يتحوبون في النساء ألا يعدلوا فيهن، فقال لهم الله سبحانه وتعالى: إنّ خفتم الوقوع في ظلم اليتامى وأنْ لا تعدلوا فيهن فخافوا أيضا الوقوع في ظلم النساء بأن لا تعدلوا في نكاحهن، فإنْ كنتم تريدون العدل فاقتصروا على أربع، وإن خشيتم عدم العدل فيهن فلا تزيدوا على الواحدة.

أما الحكم المتمثّل في إباحة الزواج فمستفاد تبعاً، وتبقى دلالة الآية على الأحكام الثلاثة دلالة عبارة، مع أنّها ليست جميعها على درجة واحدة من القصد في السوق[26] .

ومن الأمثلة القانونية، ما نص عليه الفصل 4 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا يثبت الزواج إلاّ بحجة رسمية يضبطها قانون خاص". فهذا الفصل يؤكّد أنّ الزواج الصحيح هو ما أبرم عقده وفق ما نص عليه القانون عدد3 لسنة1957م المؤرخ في01 أوت1957م المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية وتحديد الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج وفق الفصل31 منه[27]، فعبارة هذا الفصل تفيد أنّه لا زواج إلاّ بحجة رسمية.

والأمثلة على دلالة العبارة من القانون التّونسي أو غيره من القوانين كثيرة، لأنّ المشرع في صياغته للقواعد القانونية جعلها تدلّ دلالة واضحة على الأحكام المناطة بها[28].

3.2 المبحث الثالث: عبارة النص في قرارات محكمة التعقيب

من المعول عليه قانوناً أنّ "النص الواضح لا يؤول بل يطبق"[29]، وعبارة النص تعدّ من هذا القبيل، وهذا ما أكّدته محكمة التّعقيب في قرارها المؤرخ في1 أفريل2008 الّذي جاء فيه: "عبارة "الضرر المعنوي والجمالي" في الفصلين 126 و136 جديدين من مجلّة التّأمين واضحة في انصرافها إلى ضررين أحدهما معنوي والآخر جمالي لا إلى ضرر واحد موصوف بنعتين"[30].

ويُحجر على القضاة تغيير النّصوص التي جاءت أحكامها واضحة، وكل تحريف لنص قانوني صريح يجعله عرضةً للنّقض[31].

3. المطلب الثالث: إشارة النّص

1.3 المبحث الأول: المدلول الاصطلاحي

هي دلالة النص على حكم غير متبادر منه، لكنه لازم للحكم الّذي سيق له ذلك النص[32].

والثابت بالإشارة هو ما أوجبه سياق الكلام، ولكنه لم يقع تناوله ضمن البنية التّركيبية (لم يقع التّنصيص عليه) أو هو العمل بما ثبت بنظمه لغة، لكنه غير مقصود ولا سيق له النص، وليس بظاهر من كل وجه[33].

ويحتاج إدراك مثل هذه الدّلالة إلى تأمل ونظر، إذْ يجب التأكّد من وجود تلازم معقول بين ما دلّ عليه النص بعبارته، وبين ما دلّ عليه بإشارته(34).ولعلماء الأصول تعريف يفيد أنّ الإشارة هي: "المعنى اللاّزم المتأخر الّذي لا يكون مقصوداً للمتكلّم"(35).

ولكن هذا التّعريف قد يستفز العقل ليجعله يطرح أسئلةً مفادها: "هل من المعقول القول إنّ لوازم كلام الله غير مقصودة له وهو العالم بكل لوازم كلامه؟ هل من الصحة بناء أحكام شرعية على لوازم لا يقصدها المشرع ؟

هذه الأسئلة هي التي جعلت هذا التعريف المقدّم عرضة لنقّد، إذ "إنّ جعلهم اللاّزم في دلالة الإشارة غير مقصود للمتكلّم محل نظر، وكيف يحكم على شيء يؤخذ من كلام الله إنّه لم يقصده تعالى وتثبت به أحكام شرعية"(36).

2.3 المبحث الثاني: الأمثلة

قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾(37). يفهم من العبارة أنّ نفقة الوالدات من رزق وكسوة واجبة على الآباء، وهو المتبادر من ظاهر الآية، وسيق له الكلام أصالةً. وفُهم من دلالة الإشارة أنّ الأب هو المختصّ بنسب الولد إليه بدليل حرف اللاّم الّذي أضاف الولد للوالد(38).

وقال تعالى أيضاً:﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ ۖ فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾(39). فالآية دلّت بعبارتها على إباحة استمتاع الزوج بزوجته في ليالي الصيام إلى طلوع الفجر، ودلّت بالإشارة على أنّ الصوم يصح مع الجنابة، لأنّ إباحة الاتّصال إلى آخر وقت من اللّيل يفترض أن يصبح الصائم جنباً(40).

ومن النّماذج القانونية ما جاء به الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا". فدلّ بعباراته أنّ الخطيبة لا يمكن اعتبارها زوجةً مطلقاً، فلا

يحق للخطيب معاشرتها مثلاً، ويفهم من دليل الإشارة أنّه في حالة حصول ولد بين الخطيبين فلا يثبت له النّسب لإنجابه خارج دائرة الزواج الشرعي(41).

3.3 المبحث الثالث: إشارة النص في فقه قرارات محكمة التعقيب

قررت محكمة التّعقيب في قرار لها صادر بتاريخ 24 مارس 1982 منع كل أثر قانوني على البناء دون رخصة لأنّه منهي عنه قانوناً، ولهذا يفهم بدليل الإشارة أنّه"لا يمكن اعتبار المقاول متأخراً ومماطلاً في تنفيذ العقد ما دام صاحب العمل لم يحصر الرخصة البلدية المطلوبة، لأنّه لا يمكن إلزام المقاول بالشروع في البناء لوجود المانع القانوني المتمثّل في النّهي عن البناء دون رخصة"(42). وفي هذا القرار فهم طريف توصلت إليه محكمة التّعقيب للوقوف على مراد المشرع.

4. المطلب الرابع: دلالة النص

1.4 المبحث الأول: المدلول الاصطلاحي

المقصود بدلالة النص ثبوت الحكم المنطوق به للمسكوت عنه بمجرد الفهم اللّغوي، من غير حاجة إلى تأمل ونظر(43). أي فهم "غير المنطوق من المنطوق"(44) لأنّ علّة حكمه أولى أو مساوية لعلّة حكم المنطوق به. وتسمى أيضاً **"**دلالة الدّلالة" ويقابلها مفهوم الموافقة عند المتكلّمين لموافقة حكم المنطوق لحكم المسكوت عنه(45). ومن الأصوليين من ألحقها بمباحث القياس وأطلق عليها "قياس الأولى" و"القياس الجلي" و"القياس في معنى النص"(46).

وتسمى هذه الدّلالة عند رجال القانون بالمعيار المنطقي الموسع، أو الاستنتاج المنطقي(47). وقد تمّ توظيفها في النّصوص القانونية في إطار استنباط الأحكام، وقسمت كما هو معهود عند الأصوليّين إلى مساو وأولوي(48).

ولهذه الدّلالة أهمية كبرى في إتمام القصور التّشريعي، إذ بواسطتها تتّضح الأحكام غير المنصوص عليها، وهذا ما جعل المحاكم "القضائية ترجع في كثير من الأحيان إلى هذا النّوع من الدّلالة، إذْ إنّها تتعرف مقاصد القانون وغايته، وتطبق النّصوص على كل ما تتحقّق فيه هذه المقاصد بطريق الأولى وتصرح بأنّه أولى، وإن ذلك ليس تزايداً على ألفاظ القانون، ولكنّه إعمال لمعناها"(49).

2.4 المبحث الثاني: الأمثلة

يقول الله سبحانه وتعالى:﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا ۗ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا۟ لَيْسَ عَلَيْنَا فِى ٱلْأُمِّيِّۦنَ سَبِيلٌ وَيَقُولُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[50]. يفهم من هذه الآية الكريمة أنّ من أهل الكتاب أناس يتّصفون بالأمانة إلى حدّ لو أنّ أحدهم ائتمن على قنطار فإنّه يحفظه ويؤديه إلى من ائتمنه عليه. وما يتبادر إلى العقل أنّ الأمين في الكثير (قنطار) فهو من باب أولى أمين في القليل.

ودلّت عبارة هذه الآية أيضاً على أنّ من أهل الكتاب لا يستأمن على دينار لأنّه لن يؤديه إلى من أودعه عنده، فيفهم من فحوى هذا الخطاب أنّ من لا أمانة له على القليل فمن باب أولى أنّه لن يكون أمينا على الكثير[51]، لأنّ الخائن في القليل خائن في الكثير من باب أولى، والأمين في الكثير أمين في القليل من باب أحرى وأولى[52].

وقال الله سبحانه وتعالى أيضا في محكم تنزيله:﴿أَوَلَمْ يَرَ ٱلْإِنسَٰنُ أَنَّا خَلَقْنَٰهُ مِن نُّطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ ﴿٧٧﴾ وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِىَ خَلْقَهُۥ ۖ قَالَ مَن يُحْىِ ٱلْعِظَٰمَ وَهِىَ رَمِيمٌ ﴿٧٨﴾ قُلْ يُحْيِيهَا ٱلَّذِىٓ أَنشَأَهَآ أَوَّلَ مَرَّةٍ ۖ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴿٧٩﴾ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُم مِّنَ ٱلشَّجَرِ ٱلْأَخْضَرِ نَارًا فَإِذَآ أَنتُم مِّنْهُ تُوقِدُونَ ﴿٨٠﴾ أَوَلَيْسَ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ بِقَٰدِرٍ عَلَىٰٓ أَن يَخْلُقَ مِثْلَهُم ۚ بَلَىٰ وَهُوَ ٱلْخَلَّٰقُ ٱلْعَلِيمُ ﴿٨١﴾ إِنَّمَآ أَمْرُهُۥٓ إِذَآ أَرَادَ شَيْـًٔا أَن يَقُولَ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ﴿٨٢﴾﴾[53].

ففي هذه الآيات رد على من أنكر البعث، إذ بين الله له أنّ من خلق السماوات ورفعها وجعلها ثابتة بلا عماد، وخلق الأرض وبسطها، فمن باب أولى أنّه قادر على خلق الإنسان وبعثه من جديد، والله على كل شيء قدير.

وتحدث فقهاء القانون التونسي عن دلالة العبارة في إطار حديثهم عن القياس، لأنّ "العلّة أظهر وأقوى وهو ما يعنيه الفصل 550 من مجلة الالتزامات والعقود"[54] "ما أمكنه الأكثر أمكنه الأقل".

ومثالها في القانون التّونسي ما نص عليه الفصل174 من مجلة الأحوال الشخصية "تصح الوصية مع اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له"، فمن باب أولى صحتها بين من هم من نفس الدّين.

وتبدو هذه الدّلالة أكثر وضوحاً ضمن الفصل 205 من مجلة الحقوق العينية الذي نص على أنّ: "ما جاز بيعه جاز رهنه" بمعنى ما يحق بيعه فمن باب أولى وأحرى يحق رهنه"[55].

3.4 المبحث الثالث: دلالة النّص في قرارات محكمة التعقيب

لئن كان فقه القضاء شحيحا في أخذه بمضمون الفصل550 من من مجلة الالتزامات والعقود الّذي يعبر عن دلالة العبارة، فإنّ هذا لا ينفي القول بأنّ محكمة التّعقيب قد استأنست بدلالة الّدلالة في قرارها عدد9837 المورخ في 5مارس1957 لتؤكّد أنّه: "يجب أنّ يلاحظ أنّ تقييد وسائل الإثبات لا يعتبر من باب النّظام العام المطلق لأنّه يقوم على عدّة اعتبارات ترجع في الأكثر إلى مراعاة مصلحة الخصوم وما دام هؤلاء يملكون حق التّنازل عن أصل الحق...فإنّهم من باب أولى يملكون حق التّنازل عن قيود إثباته عملاً بقاعدة أنّ من يملك الأكثر يملك الأقل حسب الفصل 550 من المجلّة المدنية (مجلة الالتزامات والعقود)[56].

5. المطلب الخامس: دلالة الاقتضاء

1.5 المبحث الأول: مدلول الاصطلاحي

دلالة الاقتضاء هي: "دلالة اللّفظ على اللاّزم المتقدّم، الذي لا يصدق أو لا يصح الكلام دون تقديره... وهذا اللاّزم يعدّ شرطاً للمعنى المدلول عليه بطريق المطابقة، سواء كانت الشرطيّة عقلية نحو "اصعد إلى السطح" الدّال على نصب السلم التزاماً، أو كانت شَرعية ك"الأمر بالصلاة" الدّال على تحصيل الطّهارة بطريق الالتزام، إذ اشتراط الطّهارة للصلاة ثابت بطريق الشّرع"[57]. فما وقع تقديره يرتهن به وجود الملفوظ شرعاً أو عقلاً[58].

واعتبر القرافي أنّ دلالة الاقتضاء هي ما "لا يتقاضاها منطوق ولا مفهوم، بل المعنى فقط وانتظامه"[59]. وإذا كان المعنى أساس هذه الدّلالة، فلا يعني أنّها تستفاد من المعنى دون اللّفظ، إذْ "لا يمكن أنْ يتصور معنى بدون لفظ" [60].

وعرفها فُقهاء القانون بـ "دلالة الكلام على المعنى الذي يتوقّف على تقديره وصدقه أو صحته شرعاً وعقلاً"[61].

2.5 المبحث الثاني: الأمثلة

قسم المتكلّمون والفقهاء ما يتوقّف على تقديره صحة الكلام وصدقه إلى ثلاثة أقسام:

- **ما يتوقّف على تقديره صحة الكلام شرعاً**

قال تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾[62]. تعين في هذه الآية "إضمار الوطء لاستحالة تعلق التحريم بأعيان الأمهات عقلاً" [63]. وقوله تعالى:﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [64]. فالله أمر في أداء الكفّارة بتحرير رقبة، وحتى يصدق الكلام شرعاً اقتضى لفظ "مملوكة"، لأنّ الرقبة الحرة لا تُملّك فلا يتصور فيها التّحرير[65].

- **ما يتوقّف على تقديره صحة الكلام عقلاً**

من الكلام ما لا يستساغ عقلاً إذا ما تم أخذه على ظاهره، دون مراعاة ما وقع تقديره، ومثاله قوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ٱلَّتِى كُنَّا فِيهَا وَٱلْعِيرَ ٱلَّتِىٓ أَقْبَلْنَا فِيهَا ۖ وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ﴾[66] فحتى يتبين صدق إخوة يوسف عليه السلام وجب على يعقوب عليه السلام سؤال القرية والعير، ولكن المسؤول في هذه الآية جماد وحيوان، والعقل يقتضي أنْ يكون التّبيين من أهل البيان، فاقتضى الكلام بذلك تقدير كلمتي "أهل" و"أصحاب" حتى يستقيم الكلام ويستساغ عقلاً، فيكون المعنى: واسأل "أهل" القرية التي كنّا فيها وأصحاب" العير التي أقبلنا فيها"[67].

- **ما يتوقّف على تقديره صدق الكلام** (وقع التطرق إليه سابقًا)

ومن أمثلة دلالة الاقتضاء في القانون التونسي ما نص عليه الفصل17 من مجلة الأحوال الشخصية: "يَحرم من الرضاعة ما يَحرم من النّسب والمصاهرة" فالمقتضى في هذا الفصل هو "النّكاح"، لأنّ التّحريم لا يقع على الذّوات وإنّما على الأفعال المتعلّقة بها، والفعل الّذي ينبغي تقديره هنا هو "الزواج" أو "النكاح"[68]. فيكون معنى الفصل المحرم نكاحهن من النّسب والمصاهرة يحرم نكاحهن من الرضاعة"، وهو ما أشار إليه الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية.

3.5. المبحث الثالث: دلالة الاقتضاء في قرارات محكمة التعقيب

أكّد الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية أنّ "تصرفات المجنون غير نافذة" ومن المعلوم أنّه لا حديث عن عدم النّفاذ إلاّ بالنّسبة إلى العقود الصحيحة من النّاحية القانونية التي يبقى نفاذها تجاه الغير متوقّفاً على حدوث أمر يمنع نفاذها، ومن بين هذه العقود ما ورد بالفصل576[69] من مجلة الالتزامات والعقود المتعلّق بجواز بيع ملك الغير، لكن عقد البيع يبقى غير نافذ تجاه المالك إلاّ بموافقته، والسؤال الّذي يطرح هل تَعتبر تصرفات المجنون غير نافذة رغم أنّه فاقد لأهلية التّعاقد بصريح الفصل 5[70] من مجلة الالتزامات والعقود، ولهذا عدّ من المحجور عليهم ؟

ومن المعلوم أنّ تصرفات المحجور عليهم باطلةَ استناداً إلى الفصل 162 من مجلة الأحوال الشخصية الذي أكّد أنّ "التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلةَ إذا لم يجزها الولي"،. وبهذا تكون تصرفات المجنون باطلةَ لانعدام ركن الرضا استناداً إلى الفصل 822[71] من الالتزامات والعقود.

وحتى يصح معنى الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية في جزئه المتعلّق بالمجنون وجب تقدير كلمة "بطلان" فيكون معنى الفصل كالآتي: "تصرفات المجنون غير نافذة لبطلانها" لأنّ كل ماهو باطل غير نافذ بطبعه، ولكن كل ما هو غير نافذ ليس بالضّرورة أنّه باطل، ومثاله: بيع ملك الغير هو بيع صحيح، ولكن نفاذه موقوف على المالك، ومن المسلّم به أنّ الموافقة لا ترد على عقد باطل[72]. وفي حال انعدام النّفاذ يقع الفسخ.

وما ذهبت إليه محكمة التّعقيب في تعاملها مع الفصل163 إلى أنّه يقتضي تقدير كلمة "البطلان"، ويلمس هذا في حيثيات قرارها عدد 48/40 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1960[73] الذي أكّدت فيه أنّه "إذا لم يكن المورث في تاريخ إبرام البيع يتمتّع بمداركه العقلية وأنّه سهل الانقياد، فإنّ العقود التي أبرمها حتى قبل صدور حكم الحجر باطلة".

6. المطلب السادس: مفهوم المخالفة

1.6 المبحث الأول: المدلول الاصطلاحي

مفهوم المخالفة هو أنّ يعلّق الحكم على إحدى صفتي الشّيء، فيدلّ على أنّ ما عداها بخلافه[74]. بمعنى أنّ مدلول اللّفظ في محل النّطق يكون مخالفاً لمدلوله في محل السكوت، ويسمى دليل الخطاب، لأنّ الخطاب دالّ عليه[75].

فالاستدلال بتخصيص الشّيء بحكم معين يكون نفيه على ما عداه جائزا لانعدام موجب ذلك الحكم فيه[76]. والحكم الّذي وجد في المنطوق به على أساس علّة أنيط بها ينعدم بانعدام تلك العلّة في المسكوت عنه. وعرفها فقهاء القانون بأنّها "إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، إما لاختلاف العلّة في الحالتين أو لأنّ اقتصار النّص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفي هذا الحكم عمّا عداها من حالات"[77].

ويسمونها أيضاً المعيار المنطقي المضيق، وسبب التسمية عائد إلى أنّ الاحتّجاج بهذا المفهوم فيه إنشاء لحكم سكت عنه المشرع، والسكوت لا يدل في ذاته على شيء، لأنّه لا يعدّ كلاماً، والنص الشّرعي أو القانوني أساسه إرادة المشرع، وهذه الإرادة لا تتبين إلاّ بكلام واضع التّشريع، وسكوته انعدام لهذه الإرادة، فهو لا يقول نعم ولا لا، لذا فإنّه وجب عدم الإفراط في الاحتجاج بهذا المفهوم[78].

ولتفادي الوقوع في مزالق الاحتجاج بهذا المفهوم تم ضبطه بمجموعة من الشّروط حتى يكون طريقاً بينا تستنبط بواسطته الأحكام:

أ. أنْ لا يتعارض هذا المفهوم مع ما هو أقوى منه من منطوق أو مفهوم موافقة[79]. فالثّابت بالمنطوق مقدّم على الثّابت بالمفهوم، ومثاله قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾[80].

فالحكم المتوصل إليه بمفهوم المخالفة في هذه الآية الكريمة عدم قتل الذّكر بالأنثى، ولكن هذا لا يثبت لمعارضته بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [81]. والثابت أنّ الأنثى تقتل بالذّكر[82].

ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا﴾[83]. فالقصر مقيد بالخوف لذا يفهم مخالفة عدم جواز القصر في حالة الأمن[84]. ولكن هذا غير متحقّق لقول النبي صلى الله عليه وسلّم لما سئل عن قصر الصلاة بعد أنْ أمِنَ النّاس: "صدقة تصدّق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"[85].

ب . ما خرج فيه القيد مخرج الغالب وليس هو بشرط في الحكم[86]. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [87]. فوصف الربائب بكونهن في الحجور لم يقصد الشارع تقييد الحكم به، بل قصد به تصوير أمر واقع، فإنّ الغالب كون الربيبة في حجر زوج أمها، ولكن لا يصح أنْ يكون حكم الربائب اللاّتي لَسن في الحجور بخلافه، فهذا القيد بيان للغالب وليس شرطاً في الحكم، فلا صلة له في تشريع الحكم[88]. فالربيبة محرمة بإجماع الأمة، سواء أكانت في حجر الرجل أم في حجر حاضنتها غير أمها، وبهذا تبين أنّ قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ تأكيد للوصف، وليس شرطاً في الحكم[89].

ج. إيراد القيد بقصد التّنفير[90]، ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ [91]، فوصف الربا بكونه أضعافاً مضاعفة ليس قيداً في الحكم. إذ لا يجوز القول بحلّية الربا الّذي كانت الفائدة فيه قليلة، أي ليست أضعافاً مضاعفة، فلا يعمل بمفهوم المخالفة في هذه الآية، لأنّ الربا حرام كثيره وقليله لإطلاق لفظ الربا في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[92]. وقد يحتج البعض بأنّها نزلت في ربا الجاهلية الّذي هو أضعاف مضاعفة، فكلامه محجوج بقول علماء أصول الفقه: "العبرة بعموم اللّفظ لا بخصوص السبب".

د. أنْ لا يظهر في السياق قصد التّعميم، فإن ظهر ذلك فلا مفهوم له كقوله تعالى:﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ قَدِيرٞ﴾[93]. فالله عمم قُدرته على الممكن والمعدوم وما ليس بشيء[94].

هـ. أنْ لا يقصد بالقيد تهويل الحكم وتفخيم أمره، ومنه قوله تعالى:﴿إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾[95]. وكذلك قوله تعالى:﴿وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾[96]. فقيد "المحسنين" أو "المتّقين" لا يشعر بسقوط الحكم على من ليسوا بـ"متّقين" أو "محسنين"، فسوق الكلام في هذه الآية خرج مخرج التّعظيم ولم يخرج مخرج التعميم حتى يتم الأخذ بمفهوم المخالفة فيه[97].

2.6. المبحث الثاني: أمثلة لمفهوم المخالفة

يتنوع مفهوم المخالفة بحسب تنوع القيد:

*** مفهوم الصّفة:**

والمقَصود به أنّ يدل اللّفظ المقيد بوصف، على ثبوت نقيض الحكم الموصوف للمسكوت لانتفاء ذلك الوصف عنه[98].

ومثاله قوله صلى الله عليه وسلّم: "من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلاّ أنْ يشترطها المبتاع"[99]. فالحديث دلّ بمنطوقه على أنّ ثمر النّخل الّذي وقع بيعه بعد تأبيره يستحقّها البائع إلاّ إذا اشترط المشتري على الباع أنْ يكون الثّمر له.

والحكم المتوصل إليه بمفهوم المخالفة أنّ ثمر النّخل الذي بيع قبل تأبيره لا يستحقّها البائع وإنّما المشتري، لأنّ الاستحقاق قيد بالتّأبير، ولما انتفى القيد انتفى الحكم[100].

ومثاله في القانون التّونسي، ما نص عليه الفصل618 من مجلة الالتزامات والعقود: "بيع الأشجار يشمل الأرض الثابتة فيها وما فيها من ثمر لم تعقد". يفهم من منطوق هذا الفصل أنّ الثّمار التّي لم تعقد حقّ للمشتري، ويُفهم من مفهوم المخالفة أنّ الثّمار إذا عُقدت فهي للبائع وهذا ما بينه باقي الفصل: "فإنْ عقدت فهي للبائع إلاّ أنْ يشترطها المبَتاع". وهذا من باب مفهوم المخالفة الّذي وقع التّنصيص عليه. وكذلك ما نص عليه الفصل552 من مجلة الالتزامات

والعقود: "لا يجوز للمفلس أن يتبرع"، فيفهم مخالفةً أنّ غير المفلس له حق التبرع إذا ما لم يوجد مانع كالحجر مثلاً.

*** مفهوم الشّرط:**

ويقصد به أنْ يناط حكم المنطوق بشرط فيثبت نقيضه للمسكوت الّذي انعدم فيه ذلك الشّرط[101]. ومثاله قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[102]. فانعدام شرط المرض والسفر يوجب الصوم[103].

ومثاله في القانون التّونسي ما نص عليه الفصل49 من مجلة الأحوال الشخصية: "من التزم بنفقة الغير كبيراً كان أو صغيراً لمدّة محدّدة لزمه ما التزمه..."، فالالتزام شرط في الإنفاق، فيفهم مخالفةً أنّه لا إنفاق على من لا التزام له.

وكذلك ما نص عليه الفصل33 من مجلة الأحوال الشخصية: "إذا وقع الطّلاق قبل الدّخول، فللزوجة نصف المسمى من المهر" فيفهم من دليل الخطاب أنّ المهر يثبت كاملاً إذا وقع الطّلاق بعد الدّخول.

*** مفهوم الغاية:**

وهو أنّ يدل اللّفظ المقيد بغاية على نفي الحكم عند انتفاء الغاية[104] كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾[105]. فالثابت بمنطوق هذه الآية إباحة الأكل والشّرب في ليالي رمضان إلى غاية طلوع الفجر، والثابت بمفهوم المخالفة عدم إباحة الأكل والشّرب بعد هذه الغاية [106].

ومثاله فيَ القانون التونسي ما جاء به الفصل20 من مجلة الأحوال الشخصية: "يُحجر التزوج بزوجة الغير أو معتدته قبل انقضاء عدّتها"، فهذا الفصل يصح أيضاً إذا ما تم القول: يحجر التزوج بزوجة الغير أو معتدّته حتى تنقضي عدّتها". فدلالة المنطوق تُفيد حرمة الزّواج من امرأة لم تنقضِ عدّتها، فيثبت عكس هذا الحكم صحة الزواج منها بعد انتفاء الغاية التي من أجلها شرع الحكم، وهي انقضاء العدّة.

*** مفهوم العدد:**

وهو دلالة اللّفظ على ثبوت عكس الحكم المقيّد بعدد للمسكوت عنه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾[107].

فالحكم الثابت بمنطوق الآية هو الجلد ثمانينج جلدةً، فيثبت بمفهوم المخالفة أنّه يحجر جلد هؤلاء أقل أو أكثر ممّا نصت عليه الآية.

ومن أمثلة هذا المفهوم في القانون التونسي ما نص عليه الفصل 39 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية: "ينظر قاضي الناحية ابتدائياً إلى نهاية سبعة آلاف دينار في الدّعاوى المدنية الشخصية والدّعاوى المتعلّقة بالمنقول ومطالب أداء الدّيون التجارية" فيفهم مخالفة أنّ الدّعاوى الزائدة عن سبعة آلاف دينار ليست من مشمولات قُضاة النّواحي.

3.6. المبحث الثالث: مفهوم المخالفة في قرارات محكمة التعقيب

جاء في قرار تعقيبي مؤرخ في2 أفريل2001 ما يلي: "وحيث اقتضى الفصل154 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنّه إذا تعدد المحكوم عليهم واستأنف البعض دون الآخر وكان موضوع الحكم لا يتجزأ وجب إدخال بقية المحكوم عليهم في القضية، وحيث إنّ مفهوم المخالفة لذلك الفصل يؤدي إلى ما معناه إذا وقع الاستئناف ضدّ خصمين وتم استدعاء أحدهما دون الآخر وكان موضوع الحكم يتجزأ فلا يؤدي ذلك غلى بطلان عريضة الاستدعاء وفقًا للفصلين134 و71 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية[108].

كما أكّد المشرع في الفصل 2 من مجلّة الأحوال الشخصية ما يلي: "لكل واحد من الخطيبين أنْ يستردّ الهدايا التّي يقدّمها إلى الآخر، ما لم يكنِ العدول من قبله أو وجد شرط خاص" فيثبت بمفهوم المخالفة أنه لا يحق لأحد خلاف الخطيبين المطالبة باسترَجاع الهدايا، وهذا ما أخذت به محكمة التّعقيب في قرارها عدد 5526 المؤرخ في3 نوفمبر1981[109]. إذْ جاء في حيثيات هذا القرار أنّ "عدول الخطيبة عن الزواج من الخطيب بعد أنْ تسلّمت بعض الهدايا في حقّه من والده فإنّ هذا الأخير لا صفة له في القيام شخصياً باسمه في استرجاع تلك الهدايا، وبذلك الحكم له يكون خارقاً للقانون".

وما يتبين أنّ محكمة التّعقيب تمسكت بالشّرح اللّفظي الذي كرسه الفصل532 من مجلة الالتزامات والعقود النّاص على أنّ "نص القانون لا يتحمل **إلاّ** المعنى الذي تقضيه عبارته".

الخاتمة:

بعد النظر في ثنايا هذا البحث، أجمل أهم الاستنتاجات المتوصل إليها:

- إنّ تفسير القانون يدور في فلك الفصل532 من الالتزامات والعقود (**نص القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الّذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة...**) فاكتفاء المشرع بذكر **"وضع اللغة"** فيه حوصلة لكَم هائل من القواعد الأصولية الّتي يقتضي ذكرها الإطناب في العرض، وعليه فإنّ القاضي مطالَب بالإطلاع عليها حتى يتسنى له استنباط الحكم الصحيح للقضايا المعروضة عليه.
- عبارة النص هي الأكثر تطبيقًا من طرف محكمة التعقيب وذلك لأنّ المشرع التونسي جعل القواعد القانونية تدل على المراد منها دلالة واضحة.
- تعرف دلالة النص عند قضاة محكمة التّعقيب بالمعيار المنطقي الموسع، أو بالاستنتاج المنطقي.
- ساهمت دلالة النص في إتمام القصور التّشريعي من خلال التّوصل إلى أحكام غير منصوص عليها.
- دلالة العبارة أساسها الفصل 550 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نص على أنّ "ما أمكنه الأكثر أمكنه الأقل".
- عرف فقهاء القانون دلالة الاقتضاء بتعريف غير غريب عن علماء أصول الفقه، وهو: "دلالة الكلام على المعنى الذي يتوقف على تقديره صدقه أو صحته شرعا وعقلاً".
- يعرف مفهوم المخالفة عند قضاة التعقيب بالمعيار المنطقي المضيق لارتباطه بانشاء حكم سكت عنه المشرع، والسكوت لا يدل في ذاته على شيء، لأنه لا يعد نصا.
- إنّ المتعامل مع فقه القضاء المدني التّونسي يتّضح له أنّ قضاة التّعقيب وظّفوا هذه القواعد الأصولية عمليا في ما يصدرونه من قرارات، رغم أنّ تسمية المصطلحات كانت في الغالب منعدمة، ولكن هذا التّوظيف لم يكن متماهيا تماما مع ما توصل إليه علماء أصول الفقه. ولقضاة التّعقيب عذرهم لأنّ التّعامل مع النصوص القانونية لا يتطلب دقّة الأصوليين في تفسيرهم النصوص الشرعية.

- لم يجعل فقهاء القانون استنباط الأحكام من مصادرها غاية علم أصول الفقه، وهذا نقيض ما سار عليه فقهاء الإسلام الّذين جعلوا استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية غاية هذا العلم.

ومن ثم نخلص إلى أهم المقترحات، وهي:

– ضرورة إحاطة أهل القانون بعلم أصول الفقه إذ بواسطته يتيسر لهم الإحاطة بالأحكام استنباطًا وتنزيلاً.

– تحتاج المقارنة بين المواد الشّريعة والقوانين الوضعية إلى روح علمية نقدية تبعد صاحبها عن الوقوع في الأخطاء المسبقة والمسقطة واللاموضوعية.

المراجع:

- **الآمدي، سيف الدين**: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.
- **الإيجي، عضد الدين عبد الرحمن**: شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ك1، 2004.
- **الباحسين، يعقوب عبد الرهاب**: طرق الاستدلال ومقدّماتها عند المناطقة والأصوليين، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط.3، 2005م.
- **بالكناني، فوزي**: فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 99.
- **البخاري، علاء الدين عبد العزيز**: كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1971.
- **البخاري، محمد بن إسماعيل**: الجامع الصحيح، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2002.
- **البقاعي، برهان الدّين**: نظم الدّرر في تناسب الآيات والسور، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط.1، 1971م.
- **بنبلغيث، الشيباني**: النظام القضائي بالبلاد التونسية 1957 - 1921، مكتبة علاء الدين، صفاقس، تونس 2002.

- **التفتازاني، سعد الدين:** حاشية على شرح مختصر ابن الحاجب للإيجي، ت، محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003.
- **التلمساني، أبو عبد الله محمد:** مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على علم الأصول، ت، محمد علي فركوس، مؤسسة الريان، بيروت، ط2، 2003.
- **جاسيم، عجيل:** طرق استنباط الأحكام من القرآن الكريم، مؤسسة الكويت للتقدّم العلمي، ط.1، 1993م.
- **حمادي، إدريس:** الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط.1، 1994م.
- **حيدر، علي:** درر الحكام شرح المجلّة، منشورات مكتبة التهضةّ،[د.ت].
- **الخادمي، نور الدّين:** الدّليل عند الظّاهرية، دار ابن حزم، بيروت، ط.1، 2000م،
- **الخبازي، جلال الدين:** المغني في أصول الفقه، ت، محمد مظفر بقا، مكز البحث العلمي وإحياء التراث، مكة، ط1، 1982.
- **خرابشة، مفضي، عبد الرؤوف:** منهج المتكلّمين في استنباط الأحكام الشرعية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2005.
- **خلاّف، عبد الوهاب:** علم أصول الفقه، دار القلم للنشر، ط8 [د.ت].
- **الدخميسي، عبد الفتاح محمد:** تلقيح الفهوم بالمنطوق والمفهوم، دار الآفاق القاهرة، ط1، 1997.
- **الذّهبي، شمس الدين:** سير أعلام النبلاء، ت، محب الدين العمروي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1997.
- **الزركشي، بدر الدين:** البحر المحيط، ت، عبد القادر عبد الله العاني، دار الصفوة للطباعة، الكويت، ط2، 1992.
- **زيدان، عبد الكريم:** الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1987.
- **السبكي، تاج الدين:** رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ت، علي محمد عوض، وعادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1989.

- **السعدي، محمد صبري**: تفسير النّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1984.
- **السيوطي، جلال الدين**: شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع للسبكي، ت، محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، القاهرة، ط2000.
- **شرف الدين، محمد كمال**: قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ط1، [د.ت].
- **الشرفي، محمد والمزغني، علي**: مدخل لدراسة القانون، نشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس ط 1991.
- **الشرقاوي، جميل**: دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1972م،
- **الصالح، محمد أديب**: مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط، مكتبة العبيكان، ط1، 2002.
- **صخري، مصطفي**: مجلّة الالتزامات والعقود المعلّق عليها، دار نهى للطباعة والنشر والتوزيع، صفاقس، ط 2006م.
- **ابن طالب، أحمد**: التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، حمام سوسة، ط1، 2009.
- **ابن طالب، أحمد**: القواعد العامة في فقه قضاء محكمة التّعقيب، كتاب خمسون عاما من فقه القضاء المدني، مركز النشر الجامعي، تونس2010.
- **طاهري، بلخير**: أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، دار ابن حزم، بيرت، ط1، [د.ت].
- **الطريطر، محمد**: نفوذ اتّصال القضاء وقوة اتّصال القضاء، مجلّة القضاء والتشريع، العدد 6، جوان 1984م.
- **طويلة، عبد الوهاب**: أثر اللّغة في اختلاف المجتهدين، دار السلام للطباعة، مكة، ط1، 1989.
- **ابن العربي، أبو بكر**: أحكم القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت،[د.ت].
- **الغزالي، أبو حامد**: المستصفى من علم الأصول، دار الفكر للطباعة، [د.ت].

- **فيروز، عبد الرحيم يعقوب**: تيسير الوصول إلى علم الأصول، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2003.
- **القرافي، شهاب الدين**: شرح تنقيح الفصول، المطبعة التونسية بنهج سوق البلاط، ط1910.
- **القرطبي، أبو عبدالله محمد**: الجامع لأحكام القرآن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط.3.
- **قريسة، هشام**: محاضرات في أصول الفقه للسنة أولى ماجستير، السنة الجامعية، 2009-2010، جامعة الزيتونة، تونس.
- **القشيري، مسلم بن الحجاج**: الصحيح، موسوعة الكتب الستة، دار الدعوة، استانبول، ط1981.
- **كحالة، عمر رضا**: معجم المؤلّفين، مكتبة المثنى بيروت، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، [د.ت]
- **الكندي، إبراهيم**: الدلالات وطرق الاستنباط، دار ابن قتيبة، سوريا، [د.ت].
- **اللبناني، سليم رستم**: شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، [د.ت].
- **المالكي، ابن رشيق**: لُباب المحصول في علم الأصول، ت محمد الغزالي عمر جابي، دار البحوث الإسلامية، الإمارات العربية، ط.1، 2001م.
- **ابن محمود، فاطمة الزهراء وحسين بن سليمة وسامية دولة**: مجلّة الأحوال المعلّق عليها، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، ط. 2008م.
- **منلاّ خسرو**: مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي، مصر، ط1872.
- **نخلة، موريس والبعلبكي، روجي ومطر، صلاح**: القاموس القانوني الثلاثي،، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.1، 2002م.
- **النملة، عبد الكريم بن علي**: إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة النّاظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، دار العاصمة، السعودية، ط.1.

- **الهادي، عبدالله:** نقاط ظل في فقه القضاء المدني، كتاب خمسون عاما من فقه القضاء المدني، مركز النشر الجامعي، تونس2010.
- **وزاني، خالد:** مناهج تفسير النّصوص بين علماء الشّريعة وفقهاء القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، ط1، 2008.

الهوامش:

[1] راجع: **بنبلغيث، الشيباني:** النظام القضائي بالبلاد التونسية 1957 – 1921، مكتبة علاء الدين، صفاقس، تونس 2002.

[2] – **ابن إدريس، هالة:** أدب القاضي، مجلّة القضاء والتّشريع، العدد 8، أكتوبر 2005م، ص 277.

[3] – **السيوطي، جلال الدّين** : الأشباه والنّظائر في قواعد وفورع فقه الشافعية، ت يحيى مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، ط.1، 2008م، ص 146.

[4] – **محمصاني، صبحي:** فلسفة التّشريع في الإسلام، دار الكشّاف للنشر والطّباعة والتّوزيع، مصر ، ط.2، 1952م، ص 146.

[5] – هناك فرق بين اتّصال القضاء وقوة اتّصال القضاء، فالمقصود بقوة اتّصال القضاء تنفيذ الأحكام القضائية قهرياً، أي باستعمال القوة العامة عند الاقتضاء، وقوة اتّصال القضاء مناطة بالأحكام النهائية، إذْ لا يمكن تنفيذ الحكم جبرياً إلاّ إذا كان نهائياً (لا يمكن تنفيذ الحكم الابتدائي جبرياً مثلاً)، وقد تطرق المشرع إلى هذه المسألة في الفصل 286 من م.م.م.ث الذي ينص على ما يلي: "تنفّذ بعد التحلية بالصيغة التنفيذية: الأحكام التي أحرزت على قوة اتّصال القضاء، وهي التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطّعن بإحدى الوسائل المعطّلة للتّنفيذ".

[6] – راجع الفصول: 168-169-170-173- من م.م.م.ت.

[7] – لقاء مع الأستاذ **أحمد بن طالب** بتاريخ 24-3-2012 بمونفلوري. راجع ايضاً: **الهادي، عبدالله:** نقاط ظل في فقه القضاء المدني، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 405. – الطريطر، محمد: نفوذ اتّصال القضاء وقوة اتّصال القضاء، مجلّة القضاء والتشريع، العدد 6، جوان 1984م، ص 37.

[8] – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 69.

[9] – محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، متضلّع في الفقه وعلم الأصول، فرضي، ناظم، من مؤلفاته "تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام"، توفّي سنة 829هـ . **كحالة:** معجم المؤلّفين، ج11، ص 290.

[10] – إبراهيم بن موسى بن محمد بن محمد اللّخمي الغرناطي المالكي، محدّث وفقيه أصولي، من مؤلّفاته "الإتفاق في علم الاشتقاق والاعتصام"، توفي سنة 790هـ. **كحالة:** ن.م السابق، ج1، ص 118

[11] – **بالكناني، فوزي:** فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 99.

[12] – **ابن منظور:** لسان العرب، ج5، ص 278.

[13] – **حيدر، علي**: درر الحكام شرح المجلّة، منشورات مكتبة التهضةّ،[د.ت] ج4 ص 532. اللبناني،سليم رستم: شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، [د.ت]، ص163.

[14] – **بالكناني**: فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي،مقال سابق، ص 100.

[15] – **ابن طالب** : من مظاهر التّحديد في قضاء المدرسة الإفريقية،مقال سابق، ص 17.

[16] – **خلاّف**: أصول الفقه، ص 144. **زيدان**: الوجيز في أصول الفقه، ص 354.

[17] – **البخاري**:كشف الأسرار، ج1 ص68.

[18] – **السيوطي**: شرح الكوكب الساطع، ج1ص205.

[19] – يقول الباحسين: "دلالة اللّفظ على معناه تكون بواسطة وضع اللّفظ بإزاء المعنى المدلول، بحيث يلزم من العلم باللّفظ العلم بالمعنى، بناء على العلم بأنّ ذلك اللّفظ موضوع لذلك المعنى :طرق الاستدلال ومقدّماتها عند المناطقة والأصوليين، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط.3، 2005م، ص 59.

[20] – سورة البقرة: 275/2.

[21] – سورة البقرة: 275/2.

[22] – **البخاري**: كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج1، ص 67.

[23] – **ابن طالب**: القواعد العامة في فقه قضاء محكمة التّعقيب، مقال سابق، ص 153.

[24] – سورة النساء: 3/4.

[25] – هو سعيد بن هشام بن عامر الأنصاري المدني، ابن عم أنس بن مالك. المزي: جمال الدين: تهذيب الكمال، ت بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.2، 1987م، ج10، ص 307. **الذّهبي**: سير أعلام النبلاء، ج5، ص 287.

[26]– **أديب**: مصادر التشريع الإسلامي، ص 462. ومناسبة النزول رواها الإمام البخاري ومفادها أنّ عروة بم الزبير سأل عائشة رضي الله عنها عن هذه الآية فقالت: يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها تشركه في ماله ويعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أنّ يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطي غيرها فنهوا عن أنّ ينكحوهن إلاّ أن يقسطوا لهن ويبلغوا لهن أعلى سنّتهن في الصداق. الجامع الصحيح، كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى﴾، ج3 ص946.

[27] – **ابن محمود، فاطمة الزهراء وحسين بن سليمة وسامية دولة**: مجلّة الأحوال المعلّق عليها، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، ط. 2008م، 68.

[28] – **السعدي**: تفسير النّصوص، ص 506.

[29] – **ابن طالب**: القواعد العامة في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال سابق، ص 153.

[30] – قرار تعقيبي عدد 23021 مؤرخ في 7 أفريل 2008: نشرية محكمة التعقيب لسنة 2006م، ج2، ص 195. **ابن طالب**: المقال السابق، ص153

[31] - قرار تعقيبي عدد 6396 مؤرخ في 18 فيفري 1969م، ذكره كل من **مصطفى صخري** في تعليقه على مجلّة الالتزامات والعقود، دار نهى للطباعة والنشر والتوزيع، صفاقس، ط 2006م، ص 350-351. **وشرف الدّين**: قانون مدني، ص 156.

[32] – أصول فخر الإسلام البزدوي، ج1 ص68. **الخبازي**: المغني في أصول الفقه، ص149. **طويلة**: أثر اللّغة في اختلاف المجتهدين، ص 323.

[33] -كشف الأسرار، ج1، ص 68-69.

[34] – **وزاني**: مناهج تفسير النّصوص، ص 423.

[35] – ن.م، ص 426.

[36] – ن.م، ص 426. راجع أيضاً: مرآة الأصول، ص 161.

[37] – سورة البقرة: 232/2.

[38] – سورة البقرة: 232/2.

[39] – سورة البقرة: 187/2.

[40] – حاشية **التفتازاني** على شرح المختصر، ج3 ص491. **السيوطي**: شرح الكوكب الساطع، ج1 ص216. **خرابشة**: منهج المتكلّمين في استنباط الأحكام، ص 479.

[41] – جاء القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/10/28 المنقّح بالقانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003 ليسند الأبوة للأطفال المهملين لا أن يجعل لهم نسب عائلي، ولهذا حرموا من الميراث الذي يبقى من متعلّقات ثبوت النّسب.

[42] – قرار تعقيبي عدد 5846 مؤرخ في 24 مارس 1982، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982، ج2، ص 351.

راجع أيضاً: **ابن طالب**" القواعد العامة ، مقال سابق، ص 161.

[43] – **الدخميسي**: تلقيح الفهوم، ص 105. **الكندي**: الدلالات، ص 248.

وسبقت الإشارة إلى بيان أقسام دلالة العبارة وهما لحان الخطاب وفحوى الخطاب. راجع: **زيدان**: الوجيز، ص 361.

[44] -كشف الأسرار، ج1 ص73.

[45] – **الشيرازي**: ن.م، ص44. **السيوطي**: ن.م، ج1 ص212، 213.

[46] – نقل **الزركشي** أن الإمام الشافعي عدّها من باب القياس، البحر المحيط، ج4 ص11. راجع أيضا: الشيرازي: ن.م، ص44. حاشية **الجيزاوي** ج3 ص159. **السيوطي**: ن.م، ج1 ص213. وقال صاحب كشف الأسرار، ج1 ص73: "ونقل بعض أصحابنا وبعض أصحاب الشافعي وغيرهم أنّ الدّلالة قياس جلي...وليس كما ظنوا على ما ذهب إليه الجمهور لأنّ الأصل في القياس لا يجوز أنّ يكون جزءا من الفرع بالإجماع...ولأنّه كان ثابتا قبل شرع القياس أنّه من الدّلالات اللفظية وليس من

القياس". راجع أيضا" **آل تيمية:** المسودة في أصول الفقه، ت، أحمد إبراهيم الذّرزين دار ابن حزم، بيروت، ودار الفضيلة، الرياض، ط1، 2001، ج2 ص673 وما يليها. .

47 - **السعدي:** تفسير النصوص، ص 264.

48 - م.ن، ص 264-265. طاهري، **بلخير:** أثر القواعد الأصولية في تفسير النصوص القانونية، ص 129.

49 - **أبو زهرة:** أصول الفقه، ص 143.

50 - سورة آل عمران: 75/3.

51 -**النملة، عبدالكريم بن علي:** إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة النّاظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، دار العاصمة، السعودية، ط.1، ج6، ص 385.

52 - **السعدي:** ن.م السابق، ص 516.

53 - سورة يس: 36/77-81.

54 - **الشرفي، محمد وعلي المزغني:** مدخل لدراسة القانون، نشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس ط 1991، ص 475. الشرقاوي، جميل: دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1972م، ص 207.

55 - **شرف الدين:** قانون مدني، ص 142-143.

56 - مجلة القضاء والتّشريع لسنة 1960، العدد9، 10 ص37.

57 - **الباحسين:** طرق الاستدلال ومقدّماتها عند المناطقة والأصوليين، ص 67.

58 - **الغزالي:** المستصفى، ج2، ص 187-188.

59 - شرح تنقيح الفصول، ص 55.

60 - **حمادي، إدريس** : الخطاب الشرعي وطرق استثماره، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط.1، 1994م، ص227.

61 - **السعدي:** تفسير النّصوص، ص 520.

62 - سورة النساء: 23/4.

63 - **المالكي، ابن رشيق:** لُباب المحصول في علم الأصول، ت محمد الغزالي عمر جابي، دار البحوث الإسلامية، الإمارات العربية، ط.1، 2001م، ج2، ص 618.

64 - سورة النساء: 92/4.

65 - **الآمدي:** الإحكام، ج2، ص 208.

66 - سورة يوسف: 82/12.

67 - **أديب:** مصادر التشريع، ص 480. **طويلة:** أثر اللّغة في اختلاف المجتهدين، ص 313.

68 - **طاهري، بلخير:** ن.م، ص 143.

[69] - نص هذا الفصل على ما يلي: يجوز بيع ملك الغير، إذا أجازه المالك... فإنّ لم يجزه المالك جز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء دون البائع فضولي.

[70] - أكّد الفصل على أنّ "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التّعاقد إلاّ بواسطة من له النّظر عليهم... الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك.

[71] - جاء ضمن هذا الفصل: "ويبطل الإلتزام من أصله، إذا خالف ركن من أركانه.

وأكّد الفصل 329 من م.إ.ع على أنّه "إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التّصديق عليه لا عمل عليه.

[72] - **الصدّة**: أصول القانون، ص 300. **ابن طالب، أحمد**: التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، حمام سوسة، ط1، 2009 ص86، 87.

[73] - ذكر ضمن مجلة الأحوال الشخصية المعلّق عليها، تعليق ابن محمود وابن سليمة ودولة، ص 736.

[74] **- الشيرازي**: اللّمع، ص 25.

[75] - **الآمدي**: الإحكام، ج2، ص 212. **الزركشي**: البحر المحيط، ج4 ص13. **السبكي**: رفع الحاجب، ج3 ص500.

[76] - **الغزالي**: المستصفى، ج1، ص 191.

[77] - **نخلة، موريس والبعلبكي، روجي ومطر، صلاح**: القاموس القانوني الثلاثي،، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.1، 2002م، ص 1563. **السعدي**: تفسير النصوص، ص 268.

[78] - **السعدي**: تفسير النّصوص، ص 271.

[79] - **الزركشي**: ن.م، ج4 ص23. **جاسيم، عجيل**: طرق استنباط الأحكام من القرآن الكريم، مؤسسة الكويت للتقدّم العلمي، ط.1، 1993م، ص172.

[80] - سورة البقرة: 178/2.

[81] - سورة المائدة: 45/5.

[82] - **القرطبي، أبو عبدالله محمد**: الجامع لأحكام القرآن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط.3، ج2، ص 246. **البقاعي، برهان الدّين**: نظم الدّرر في تناسب الآيات والسور، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط.1، 1971م، ج3، ص 24-25.

[83] - سورة النساء: 101/4.

[84] - **خرابثة**: منهج المتكلّمين في استنباط الأحكام الشرعية، ص 523-524.

[85] - **مسلم**: الصحيح، كتاب صلاة المسافرين، باب صلاة المسافرين وقصرها، حديث رقم 686، موسوعة الكتب السّتة، ج1، ص 478.

86 - **التلمساني:** مفتاح الوصول، ص 117. **ابن الحاجب:** مختصر المنتهى، ص 153-154. **السيوطي:** شرح الكوكب الساطع، ج1 ص215. **الإيجي:** شرح مختصر المنتهى، ج3 ص167. **الزركشي:** البحر المحيط، ج4 ص19.

87 - سورة النساء: 23/4.

88 - **خرابشة:** ن.م السابق، ص 524.

89 - **ابن العربي، أبو بكر:** أحكم القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت،[د.ت]، ج1، ص 487.

90 - **الزركشي:** ن.م، ج4 ص22. **خرابشة:** ن.م السابق، ص 527.

91 - سورة آل عمران: 279/3.

92 - سورة البقرة: 275/2.

93 - سورة البقرة: 284/2.

94 - **الزركشي:** ن.م، ج4 ص24. **جاسم، عجيل:** ن.م السابق، ص 173.

95 - سورة البقرة: 180/2.

96 - سورة البقرة: 236/2.

97 - **الزركشي:** ن.م، ج4 ص24. **السيوطي:** شرح الكوكب الساطع، ج1 ص215. **إدّريس:** الخطاب الشرعي، ص262. محاضرات **هشام قريسة** في أصول الفقه للسنة أولى ماجستير، السنة الجامعية، 2009-2010، ص 12.

98 - **الإيجي:** شرح مختصر المنتهى، ج3 ص170. **أديب:** مصادر التّشريع، ص 491.

99 - **رواه البخاري:** الصحيح،كتاب المساقاة، حديث رقم 2379. ومسلم: الصحيح:كتاب البيوع، حديث رقم 1543.

100 - **أديب:** ن.م السابق، ص 491.

101 - **الزركشي:** ن.م، ج4 ص47. **الخادمي:** ن.م، ص 464. **طويلة:** أثر اللّغة في اختلاف المجتهدين، ص 339.

102 - سورة البقرة: 184/2.

103 - **الخادمي، نور الدّين:** الدّليل عند الظّاهرية، دار ابن حزم، بيروت، ط.1، 2000م، ص 464.

104 - **الخادمي:** ن.م السابق، ص 464. **فيروز:** تيسير الوصول إلى علم الأصول، ص 561.

105 - سورة البقرة: 187/2.

106 - **أديب:** مصادر التّشريع، ص 493.

107 - سورة النور: 4/24.

108 - قرار تعقيبي عدد55.9 مؤرخ في 2 أفريل 2001ن نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001، ج1 ص48.

109 - ذُكر هدا القرار ضمن مجلّة الأحوال الشخصية المعلّق عليها (سالفة الذّكر)، ص 48.