

## ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها

أ.د. خالد جمال أحمد حسن  
جامعة أسيوط سابقاً - مصر

### الملخص:

تأتى طريقة التفسير من قبل القاضي الدستوري مختلفة عن غيره، حيث يستهدف من تفسيره اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية في ظل المصلحة العليا للجماعة؛ ولا يكتفى كغيره بمعايير وضوابط معتادة عند تفسير النصوص، بل يجب عليه أن يستوحى أفكاراً، وضوابط مختلفة كثيراً عن غيره، وأن يستصحبها دائماً وإياه بما لا يجعل الدستور أداة جامدة، معطلة الوثوب، مع قفزات الجماعة، أو يجعله آلة صماء، لا تجارى أوضاع الحكام، وأفكار الجماعة السياسية، وأهدافها.

إن التفسير الذي تجربة المحاكم الدستورية، ليس من شأنه أن يتدخل في سلطة المشرع التقديرية، ولا يحل محلها، ولذا تحرص المحاكم الدستورية على عدم المساس بالسلطة التقديرية للمشرع. فإذا كان من حق المحاكم الدستورية أن تقوم بالتفسير المنشئ، إلا أن ذلك لا يعطيها الحق في أن تصطدم بإرادة المشرع، بل عليها أن تعمل على التوفيق بين سلطتها في ابتداء التوفيق بين النص والهدف من وضعه والقصور الذي ألم به، وبين سلطة البرلمان في استقلاله بالعملية التشريعية.

إن التفسير المضيف يعمل على التدخل في المضمون القاعدي لنص القانون وإضافة ما يحتاجه النص لإعمال النقص الذي خرج عليه النص من البرلمان حتى



## ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها

أ.د. خالد جمال أحمد حسن  
جامعة أسيوط سابقاً - مصر

### المقدمة:

لا جرم أن الصياغة التشريعية هي اللسان الناطقُ بجوهر النص القانوني، ويقدر نجاح هذه الصياغة أو فشلها يكون حظُّ هذا النص من النجاح أو الفشل، لذا تحرصُ الدولُ في العصر الحديث على توفير مقومات الصياغة الجيدة لتشريعاتها المختلفة إدراكاً منها بقيمة هذه الصياغة ودورها المتعاظم في الارتقاء بمستوى تشريعاتها.

وهاهي محاولةٌ بسيطةٌ وجهدٌ قليلٌ مني اقتفيتُ فيه آثارَ من سبقني من الفقهاء والعلماء في إلقاء الضوء على ماهية الصياغة التشريعية للوقوف على مدلولها وصورها ومقومات جودتها، ثم عمدتُ بعدها إلى النظر بعينِ فاحصةٍ ومدققةٍ للكشف عن بعض الأخطاء المادية والقانونية واللغوية التي اعترت كثيراً من النصوص التشريعية، وقد خلصتُ بعد سردي لها والوقوف على بعض أشكالها وصورها إلى حقيقة عملية مؤكدة مؤداها أن الصياغة التشريعية الجيدة هي نتاجٌ طبيعيٌ لمجموعة مقومات أساسية لا تتكامل مراحلها إلا بتكامل مظاهر هذه المقومات، سواء منها ما اتصل بالصائغ (وهو الفنان الذي يصوغ لنا مضمون النص القانوني في عبارة واضحة ودقيقة ويبعد في حسن إخراجها ورسومها لفظاً ومعناً) والذي يجبُ أن يكون متكاملَ العلم والخبرة في فروع القانون عامةً وفي فرع القانون الذي يصوغُ بعد نصوصه خاصةً، هذا إلى جانب ثقافته العامة ببعض العلوم المرتبطة بعلم القانون ومن أبرزها علم اللغة، الذي هو بمثابة الريشة والمجبرة اللتين يستعملهما في الصياغة<sup>(1)</sup>، أو ما اتصل منها بجميع الوسائل

(1) ولستُ مع من يقلل من قيمة كفاءة الصائغ اللغوية بدعوى سهولة الاستعانة بأهل اللغة في تصويب الأخطاء اللغوية، لأن معنى أو جوهر النص المراد صياغته قد يضيع إذا لم يحسن الصائغ اختيار اللفظ الجامع لأوصافه والمانع من التباسه بغيره من الألفاظ، وهذه مسألة =

المادية والمعنوية المساعدة للصائغ في الوصول إلى حسن الصياغة التشريعية المنشودة.

### خطة البحث:

سأقسمُ هذا البحثُ إلى مبحثين، أعرّضُ في المبحث الأول ماهية الصياغة التشريعية، لنقف على أهمية هذه الصياغة التشريعية في مطلب أول، ونتعرف على مدلولها في مطلب ثان، ونعرض صور تلك الصياغة بأشكالها ونماذجها المختلفة مطلب آخر، ثم أبينُ في المبحث الثاني مقومات الصيغة التشريعية الجيدة، وآمل أن يحالفني توفيقُ الله لأسلط الضوء على هذين الأمرين المهمين، فإن أحسنت في ذلك، فهذا من فضل الله علينا، وإن كانت الأخرى فحسبي بذل الوسع أو الجهد المتاح لي، وذلك كله على النحو الآتي :

= يصعب على المدقق اللغوي أن ينتبه إليها لأنه ينظر فقط إلى ظاهر اللفظ ودلالته اللغوية دون أن يدري شيئاً عن دلالاته القانونية ، وسأضرب مثلاً بسيطاً هنا لتأكيد هذا المعنى ، من الثابت لدى علماء اللغة وعلماء الكلام أن لفظ « الشيء » هو أعم الألفاظ على الإطلاق، إذ يصدق على كل موجود ، لكن في علم القانون ليس كذلك ، بدليل أنني لا أستطيع أن أجعل لفظ الشيء وحده محلاً للحق أو الالتزام ، ولذا يتفق القانونيون على أن محل الحق أو الالتزام قد يكون شيئاً يطالب المدين بتسليمه أو نقل أو إنشاء حق عيني عليه ، وقد يكون عملاً يطالب المدين بأدائه أو الامتناع عنه .

## المبحث الأول ماهية الصياغة التشريعية

وفيه سنعرض لأهمية الصياغة التشريعية ولصورها وذلك على الشكل التالي:

### المطلب الأول

#### أهمية الصياغة التشريعية ومدلولها

لا جرم أن النظام القانوني الموجود في أي دولة من الدول يعد مرآة عاكسةً لاستراتيجيتها ، وكيف لا وفي ضوء هذا النظام القانوني تتحدد معالم فلسفات وأيدلوجيات الفكر الديني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي لهذه الدولة ، بل وتتكشف بوضوح في ضوء ذلك كله جميع أشكال برامجها في شتى أشكال حياتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أمام ناظري شعبها بل وشعوب العالم أجمع .

وقد أدركت المجتمعات الحديثة المتطورة وتلك الآخذة في التطور أن حسن الصياغة التشريعية هو جزء أساسي من مكونات الإدارة الرشيدة ، لما لها من آثار بالغة الأهمية على المجتمع في كل ظروفه أو مستوياته السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، كما أنها ركنٌ جوهري لا غناء عنه للارتقاء بالدولة والنهوض بها بوصفها واحدةً من مكونات الدولة الحديثة وأبرز معالم نهضتها وتطورها وفق المعايير الدولية ، فمن خلال الصياغة الجيدة للتشريعات تتمكن الدولة من تحسين نظامها القانوني ، وتنقيته من الشوائب والعيوب التي تؤدي إلى عدم الاستقرار السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي بها .

ولذا كان من الطبيعي أن تتباين الصياغة التشريعية في ظلل الدول الاستبدادية عن الصياغة التشريعية في ظلل الدول الديمقراطية تبايناً كبيراً يدرکه كل معاین لنصوص القوانين في هذه الدول أو تلك .

وأعتقد أن الصياغة فنٌ دقيقٌ وخطيرٌ للتعبير عن مضامين الأفكار أو الرؤى للخروج بها من عالم التصور والافتراض إلى عالم الحقيقة والواقع بدفعها إلى حيز

الوجود المادي أو الحسي في ألفاظ وجمل تكشف بوضوح ودقة عن ماهيتها وكنهها ، لذا فالصياغة تحتاج إلى صائغ ماهر يحسن التعامل معها بما يملكه من مؤهلات علمية وما يجوزه من خبرات عملية واسعة تعينه على حسن الاضطلاع بهذه المهمة بكل كفاءة واقتدار .

ولذا يخطئ من يتصور أن العناية بالصياغة تعني مجرد العناية بالشكل أو البناء اللفظي للعبارة أو الجملة - مع كمال التسليم بأهمية ذلك - إنما تتجاوز في الحقيقة ذلك المعنى الظاهر لتفوص إلى أغوار الفكرة أو أعماق الرؤية المراد التعبير عنها لمعرفة مضمونها وحدودها حتى يتسنى للصائغ الكشف عنها في ألفاظٍ معبرة بكل دقة ووضوح .

ولذا علينا أن نضع دائماً في حسابنا هذا المعنى حينما نقرأ لمن يصورُ الصياغة على أنها مجرد نقل للفكرة أو الرؤية من مرحلة الكمون داخل العقل أو الخلد إلى مرحلة الظهور في واقع الحياة الإنسانية ، حيث عرفها الفقيه الكندي « Dick » بأنها الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي<sup>(2)</sup>، وقد عرفها الفقيه المصري «أحمد شرف الدين بأنها» هي أداة أو وسيلة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها<sup>(3)</sup> .

ويتفنن الصائغ لأي عبارة أو جملة معينة في الكشف عن مضمونها ومحتواها بتعبير واضح ودقيق فيصف لنا حقيقتها ويبين لنا حدودها ومعالما على نحو يمنع من التباسها بغيرها، ولذا صح وصف الصياغة بوصف الفن ، ذلك أن كلمة فن تعني لغة الإبداع والتميز، ورجل متفنن أي ذو فنون وافتن الرجل في حديثه وفي خطبته بوزن اشتق أي جاء بالأفانين أي بالإبداعات، يقال رجل فنان أي مبدع ومتميز، وهو يعني اصطلاحاً تعبير الفنان عن إبداعه في مجال تخصصه والارتقاء به إلى نماذج فنية مكتملة البناء والجمال<sup>(4)</sup> .

(2) Dick , Legal drafting, Toronto , 1985 , p : 1

(3) أ.د. / أحمد شرف الدين « أول الصياغة القانونية للعقود»، بند 5 ، ص 14، مطبعة ابناء وهبة

حسان بالقاهرة ، بدون تاريخ نشر

(4) انظر في ذلك إلى: الرازي في معجمه مختار الصحاح في باب « فنن».

وقد جاء في المعجم الوسيط أن الصياغة تعني لغة الصناعة، وهي مصدر «صاغ» يصوغ صياغة، وصاغ الشيء أي حسنه وهياه على مثال مستقيم، وصاغ الكلام أي حسنه وجوده، يقال: كلامٌ حسنُ الصَّيَاغَةِ: أي جَيِّدٌ مُحَكَّمٌ، ويُسمى عمل الحلي وصناعتها من ذهب وفضة ونحوهما بالصَّيَاغَةِ لأن الصائغ يُعنى بتزيينهما وتجويدهما (5).

وجدير بالذكر أن الصياغة القانونية هي على أنواع مختلفة، فهناك الصياغة القانونية الأكاديمية مثل المقالات الأكاديمية والكتب القانونية المنهجية أو الدراسية، والتعليقات القانونية على القوانين والأحكام، وهناك الصياغة القضائية مثل المذكرات القانونية والالتماسات والدفع القانونية المقدمة للمحاكم والأجهزة الإدارية والمحكمين، وأبرز أنواع الصياغة وأهمها على الإطلاق هي الصياغة التشريعية والتي تتعلق بصياغة الدساتير (التشريعات الأسمى أو الأساسية) والقوانين العادية (أي التشريعات العادية التي تصدر عادةً عن السلطة التشريعية ممثلةً في البحرين في المجلس الوطني أو تصدر استثناءً في حالتي الضرورة أو التفويض عن رئيس الدولة ممثلاً في جلالة الملك في مملكة البحرين) واللوائح بأنواعها المختلفة (سواء كانت لوائح تنفيذية أو لوائح تنظيمية أو لوائح الضبط أو البوليس) (6).

لا جرم أن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصرين أساسيين متممين ومكملين لبعضهما البعض، أحدهما يُسمى الجوهر أو المضمون لتلك القاعدة، والذي يمثل في حقيقته غايةً وهدفاً من وجودها، والآخر هو عنصر الشكل الذي يعبر عن الأداة أو الطريقة التي تكشف لنا عن فحوى وحدود هذه المادة أو ذلك الجوهر، وهذا العنصر الأخير يتجلى واضحاً في الصياغة القانونية المعبرة عن جوهر أو مادة تلك القاعدة القانونية. وإذا كنا لا نستطيع حقاً أن نستغني عن جوهر أو مضمون القاعدة القانونية تحقيقاً للغاية المنشودة من ورائها، فإننا في نفس الوقت وبذات

(5) انظر في ذلك إلى: المعجم الوسيط، باب « صاغ » ، تأليف مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة عام 2004 م ، الناشر مكتبة الشروق الدولية .

(6) انظر في نفس المعنى : الأستاذ / نعاء سلمان البقمي « الصياغة التشريعية » ص 3 ، بحث منشور على هذا الموقع pdf.336/19/04/gcc.spicaserver.com/Uploads/Files/2012

القدر لا نستطيع أن نستغني عن الصياغة المحكمة والمعبرة عن هذا المضمون أو ذاك الجوهر، فكم من جواهر ومضامين ضاعت بسبب سوء صياغتها، ولذا فإنه كلما كانت الصياغة معبرةً ومنضبطةً فحالف صائغها التوفيق والسداد كلما زادت فرص نجاحها في التطبيق العملي<sup>(7)</sup>.

ولذا ينبغي، حتى يستفاد من المضمون أو الجوهر الحقيقي لأي قاعدة قانونية، أن يجرى التعبير عنه بصياغة دقيقة وواضحة في الكشف عنه بلا إفراط أو تفريط. وبذلك غدت الصياغة القانونية - بحق - هي الأداة أو الوسيلة اللازمة لتحويل القيم التي تمثل جواهر أو مضامين مكونة لمواد القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل<sup>(8)</sup>، أو هي وسائل أو أدوات فنية تتحول عن طريقها المواد الأولية لصناعة أو إنشاء القانون إلى قواعد قانونية وضعية<sup>(9)</sup>. وإذا أردنا تعريف الصياغة التشريعية قلنا أنها الوسيلة التي يستعملها واضع القانون في الكشف عن القيم القانونية التي يصبها في البناء القانوني الذي يضعه للتعبير عن فحوى هذه القيم<sup>(10)</sup>.

## المطلب الثاني

### صور الصياغة التشريعية

تتنوع صور الصياغة التشريعية بالنظر إلى تأثيرها على مضمون أو جوهر القيم التي تعبر عنها بإضفاء طابع الجمود أو المرونة عليها، إلى صياغة جامدة وصياغة مرنة، كما تتنوع هذه الصور بالنظر إلى طبيعة الوسيلة المستعملة في الكشف عن جوهر هذه القيم إلى صياغة مادية وأخرى معنوية، وأخيراً تتنوع بحسب مدى حظر أو جواز اتفاق الأفراد على مخالفتها إلى صيغ أمرية وصيغ مكملة، وذلك كله على التفصيل الآتي:

- (7) انظر في ذلك المعنى: أ. د. / أنور سلطان «المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة»، ص 94، الطبعة الرابعة عام 1983م، دار النهضة العربية بيروت - لبنان.
- (8) أ. د. / مصطفى محمد الجمال، أ. د. / عبد الحميد محمد الجمال «النظرية العامة للقانون»، ص 64، طبعة عام 1987م، الدار الجامعية بيروت - لبنان.
- (9) د / عبد القادر الشخيلي «فن الصياغة القانونية» تشريعاً وفقهاً وقضائياً، ص 14، طبعة عام 1995م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- (10) انظر في نفس المعنى: د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص 22.

## الفرع الأول الصياغة الجامدة

نعرض لتعريفها ولمزاياها وعيوبها وذلك على الشكل التالي:

### أولاً- تعريف الصياغة الجامدة:

هي الصياغة التي تحصرُ جوهرَ أو مضمونَ النص القانوني في معنى ثابت لا يتغيرُ بتغير الظروف أو الأشخاص على نحو مانع من التقدير . ففي هذه الصياغة يصبُ مضمونُ النص القانوني في معنى محدد لا يُتْرَكُ معه أي مجال أو فرصة للتقدير سواء بالنسبة للشخص المخاطب به حيث يظهر له بوضوح وبصورة جازمة خضوعه أو عدم خضوعه للحكم المثبت في هذا النص القانوني ، أو بالنسبة للقاضي عند تطبيقه لهذا النص إذ يتضح له من خلال هذه الصياغة بصورة حصرية من يشمله مضمون هذا النص من الأشخاص أو الوقائع دون أن تترك له أي سلطة تقديرية حينما ينزل حكم القانون الذي يثبته هذا النص على الشخص أو الواقعة .

ويتضح لنا مما سبق أن تلك الصياغة تحددُ بكل دقةٍ جميعَ محتوى النص القانوني بكافة أجزائه وجوانبه ، فتحدد شخص المخاطب بهذا النص ، وتحدد الواقعة الحاصل بشأنها هذا الخطاب، وأخيراً تحدد الحكم القانوني المثبت لها، بحيث يُعدُّ هذا الحكمُ حكماً ثابتاً وموحداً لا يختلف باختلاف الأشخاص ولا باختلاف الوقائع.

فصياغة القاعدة القانونية تكون جامدةً حينما تعالجُ هذه القاعدةُ فرضاً معيناً أو واقعةً محددةً وتتضمنُ حلاً ثابتاً لتلك الفرضية أو تلك الواقعة لا يتغيرُ مهما اختلفت الظروف والملايسات، لذا يجد القاضي نفسه مضطراً إلى تطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية دون أن يكون له خيارٌ بشأنها .

وتستهدفُ هذه الصياغة حملَ الأشخاص المخاطبين بالنصوص القانونية على مضامين تلك النصوص المعبرة عنها في هذه الصياغة دون أن تترك لهم مجالاً للتقدير، نظراً لاحتوائها على أحكام ثابتة لا تختلف باختلافهم أو اختلاف ظروف

واقعهم ، وكذلك حمل القضاة على إنزال أو تفريغ محتوى هذه الأحكام على الأشخاص المخاطبين بها من غير أن يكون لهم أي سلطة تقديرية عند التطبيق . ويغلبُ على معظم النصوصِ القانونية التزامها جانبَ هذه الصورة من صور الصياغة التشريعية، وفي ذلك ضمانٌ مؤكدٌ للتطبيق الحرفي لمضمون القاعدة القانونية، ويمكننا أن نضربَ أمثلةً عديدةً على تلك الصياغةِ ، منها تحديدُ القانون سنٍ معينةٍ لقبول الطلبات في الالتحاق بالتعليم الابتدائي أو لشغل الوظيفة العامة أو التقاعد منها، أو لتولي منصب القضاء أو للتمثيل في المجالس النيابية أو المحلية، وفي كل هذه الفروض المختلفة يجري إنزالُ حكم القانون عليها بطريقة أوتوماتيكية لا مجالَ فيها للتقدير حتى مع الاعتراف بوجود مظاهر للتفاوت بين هؤلاء الأشخاص في درجات النضج العقلي بالنسبة للملتحقين بالتعليم الابتدائي، ووجود مظاهر للاختلاف في مستوى المؤهل الدراسي أو الخبرة العملية أو أي اعتبار آخر غيرهما بين الأشخاص الراغبين في الالتحاق بالوظيفة العامة عموماً أو في شغل منصب القضاء خصوصاً، أو في التمثيل في المجالس النيابية أو المحلية، بحيث يجري قبول طلبات كل من استوفى هذه السن واستبعاد طلبات من لم يبلغوا هذه السن، بطريقة آلية دون ممارسة أي سلطة تقديرية بشأنها .

وكذلك الحال حينما يحددُ القانونُ سنَّ الرشدِ بسنٍ معينةٍ، فإنه بموجب هذه الصياغة الجامدة يُعدُّ رشيداً كل من يبلغُ هذه السن بغض النظر عن جنسه أو درجة تعليمه أو درجة ثقافته أو مستوى فكره أو نضجه العقلي، ولا يُعدُّ رشيداً في نفس الوقت من لم يبلغ هذه السن مهما عظمت درجة ثقافته أو علا مستوى فكره أو تعاضم قدر نضجه العقلي .

ومنها أيضاً تحديداً دلالة مبلغ العربون<sup>(11)</sup> المدفوع عند التعاقد بأنه يكونُ مقابل

(11) العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد العاقدين للآخر عند إبرام العقد، كأن يدفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع أو يدفع المستأجر مبلغاً من المال إلى المؤجر. وعندئذ يثور التساؤل حول دلالة دفع العاقد لهذا العربون، هل قصداً منه أن يكون مقدمة لتنفيذ العقد فيكون العقد باتاً والعربون جزءاً من تنفيذه ، أم أن العاقدين قد قصداً جعل هذا العربون مقابلاً لاستعمال العاقد حق العدول عن إبرام العقد، بحيث إذا عدل عن التعاقد من دفع العربون فقدّه وإذا عدل الآخر رده ومثله معه ؟ لا شك في أنه يرجع في معرفة =

استعمال حق العدول، مادام لم يظهر من قصد الطرفين أو يجز العرف بخلاف ذلك، وفي ذلك تنص المادة 52 مدني بحريني على أن: "دفع العربون، وقت إبرام العقد، يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه، ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه"، وهنا لم يترك واضع القانون للقاضي أي تقدير في إعطاء العربون أي دلالة أخرى مغايرة للدلالة التي حكم بها، والتي مؤداها أنه مقابل استعمال حق العدول، مادام لم يظهر انصراف قصد الطرفين إلى اعتباره جزءاً أو مقدمة من مقدمات تنفيذ العقد أو لم يقض العرف بهذه الدلالة، ولذا وجب حمله على أنه مقابل استعمال حق العدول عن إبرام العقد.

وكذلك الحال يعمد واضع القانون إلى اعتماد الصياغة الجامدة عند تحديده مواعيد بدء سريان التقادم أو تحديد مواعيد الطعون في الأحكام القضائية، ولذا يجري الالتزام بهذه المواعيد بصورة حاسمة دون أن يترك فيها للقاضي أي قدر من التقدير مراعاة للظروف الخاصة بالأشخاص المخاطبين بتلك الأحكام.

### ثانياً- مزايا الصياغة الجامدة:

ولعل من مزايا هذه الصياغة أنها تيسر على القضاة مهمة تطبيق النصوص القانونية في المنازعات المعروضة عليهم في سهولة ويسر دون أي عناء أو مشقة، فينزلون أو يطبقون أحكام القانون على هذه المنازعات بطريقة آلية تجنبهم مشاق التقدير ومتاعبه مراعاة للتفاوت والاختلاف في ظروف الأشخاص أو الوقائع

= دلالة العربون عند التعاقد إلى النية المشتركة للعاقدين فيؤخذ بالدلالة التي انصرفت إليها إرادتهما وقت العقد، كأن ينص عليها صراحة في العقد، أو أن تستفاد ضمناً من ظروف العقد، كما لو كان من دفع العربون هو البائع إذ يستفاد من ذلك أن النية المشتركة في العقد اتجهت إلى جعل العربون مقابلاً لحق العدول، حيث لا يمكن حمله على كونه مقدمة للتنفيذ لأن المشتري لا البائع هو الذي يلتزم بدفع الثمن في العقد. أما إذا خلا العقد من إشارة صريحة أو ضمنية لدلالة العربون المقدم وقت العقد، فيعتبر القانون أن دفعه كان كمقابل لاستعمال الحق في العدول من جانب أحد طرفي العقد، بحيث إذا عدل عن التعاقد من دفعه ففقد، وإذا كان العدول من الطرف الآخر رده مضاعفاً إلى دافع هذا العربون) انظر في ذلك إلى: أ.د. / خالد جمال أحمد حسن « مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني » ص 60، الطبعة الأولى عام 2011م، مؤسسة فخرأوي للدراسات والنشر مملكة البحرين ) .

المعنية بتلك الأحكام، كما تجنبهم أيضا في نفس الوقت مخاطر سوء التقدير على نحو يضمن سلامة ما يصدرونه من أحكام قضائية<sup>(12)</sup>، أو بمعنى آخر تؤمن سلامة الأحكام القضائية من التحكم أو الانحراف في تطبيق القانون<sup>(13)</sup>.

كما تمكن هذه الصياغة كل فرد من معرفة حقيقة مركزه القانوني بكل دقة، الأمر الذي يعينه على حسن ترتيب أوضاعه في الحاضر والمستقبل دون أي تخوف أو قلق من مفاجآت التقدير الممنوح للقاضي عند تطبيق النص عليه<sup>(14)</sup>، وهذا من شأنه أن يسهم بدور كبير في تحقيق الثبات في المعاملات وتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع<sup>(15)</sup>.

### ثالثاً- عيوب الصياغة الجامدة:

يُعاب على تلك الصياغة الجامدة أنها لا تترك للقضاء أي سلطة تقديرية يُراعى من خلالها ما قد يوجد بين الأشخاص أو الوقائع من اختلاف وتفاوت يقتضي المغايرة بينهم في الأحكام المطبقة عليهم، بل توجب عليه تطبيق حكم واحد ثابت بطريقة آلية وعلى نحو صارم لا يتغير ولا يختلف حتى مع تغير الأشخاص أو الوقائع أو تغير ظروف واقعها وملابساته، فتتكرر بذلك تلك الأحكام لمتطلبات فكرة العدالة التي تقتضي تغير الأحكام بتغير الأشخاص أو الوقائع أو تغير الظروف والملابسات المحيطة بهما.

(12) انظر في هذا المعنى: أ.د. / مصطفى محمد الجمال، أ.د. / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص 72 .

(13) انظر في ذلك: أ.د. / أحمد بخيت « ضوابط وضع التقنيات وصياغتها » ص 61، بحث منشور في مجلة معهد الدراسات القضائية والقانونية البحريني، العدد السابع، السنة الرابعة، فبراير عام 2011م، د / كمال عبد الواحد الجعفري « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ص 75، رسالة دكتوراة عام 1992م، كلية الحقوق - جامعة بني سويف .

(14) انظر في نفس المعنى: د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص 24 .

(15) انظر في نفس المعنى: أ.د. / توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية »، ص 166، طبعة عام 1988م، الدار الجامعية، بيروت - لبنان .

## الفرع الثاني الصياغة المرنة

ونعرض أيضا في هذا المجال لتعريفها ومزاياها وعيوبها، وذلك على النحو التالي:

### أولاً- تعريف الصياغة المرنة:

يُقصدُ بالصياغة المرنة تلك الصياغة التي تقتصرُ على وضع الفكرة أو المعيار تاركَةً تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها<sup>(16)</sup>، أو هي الصياغة التي لا تتضمن حكماً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات، إنما تضع حكماً مرناً يسمحُ بمراعاة ما بين هذه الظروف والملابسات من فروق واختلافات<sup>(17)</sup>.

ويتضح لنا مما سبق أن صياغة القاعدة القانونية تكون مرنةً حينما لا تفرضُ القاعدة على القاضي حكماً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف، وإنما تجعل بين يديه معياراً مرناً يسمحُ له بجعل حكمه ملائماً لظروف الحالة التي هو بصدد تطبيق هذه القاعدة عليها.

ويمكننا ضربُ مثالٍ على هذه الصياغة المرنة بالقاعدة القانونية التي تجعلُ للواهب حق الرجوع في هبته متى كان لديه عذرٌ مقبولٌ أي يقبله القاضي، إذ نلاحظُ هنا أن هذه القاعدة في صياغتها لم تفرضُ حكماً ثابتاً صارماً للعذر المقبول لرجوع الواهب في هبته، تاركةً للقاضي سلطةً تقديريةً واسعةً يقدرُ فيها العذر المقبول لدى الواهب في الرجوع في هبته حسب كل حالة على حده، وفي ذلك تنصُ المادة 500 مدني مصري على أنه «1 - يجوزُ للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوبُ له ذلك». «فإذا لم يقبل الموهوبُ له جاز للواهب أن يطلبَ من القضاء الترخيصَ له

(16) انظر في ذلك المعنى: أ.د. / مصطفى محمد الجمال، أ.د. / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص 73.

(17) انظر في ذلك المعنى: أ.د. / أنور سلطان - المرجع السابق - ص 96، د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص 25.

في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذرٍ مقبولٍ .....» (18) .

ومثال ذلك أيضا مسلك واضع القانون في تحديد فكرة الغبن بوصفه يمثل العنصر المادي في نظرية عيب الاستغلال، إذ لم يلجأ في تقديره لهذا الغبن إلى الصياغة الجامدة التي تردّه إلى قدرٍ معينٍ فلم يجعله في حدود خمس القيمة مثلاً أو ما زاد على هذا الخمس، وإنما عمد إلى سلوكٍ سبيل الصياغة المرنة التي يحيلُ فيها القاضي إلى معيارٍ مرِنٍ هو عدم التناسب البتة بين الالتزامات أو المنافع العائدة على الطرفين من وراء العقد تاركاً تقدير معيار هذا الغبن في نظرية الاستغلال للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل حالة، وفي ذلك تنص المادة 96 / أ من القانون المدني البحريني على أنه " إذا استغل شخص في آخر هوى جامحا ، أو طيشا بيّنا ، أو ضعفا ظاهرا ، أو حاجة ملجئة، أو إذا استغل سطوته الأدبية عليه، وجعله بناء على ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي، عند إبرامه، على التزامات لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أن ينقص من التزامه، أو يزيد من التزامات المتعاقد الآخر، أو أن يبطل العقد" (19)، وهنا يظهر لنا بوضوح أن القانون رخص للقاضي في أن يحكم بوجود الغبن بوصفه أحد عنصري عيب الاستغلال متى قدر القاضي - حسب كل حالة على حده - أن التزامات أحد الطرفين هنا لا تتناسبُ البتة مع التزامات الطرف الآخر أو مع مقدار المنفعة التي حصل عليها من وراء العقد، دون أن يلزمه بحكم ثابت صارم لا يملك حياله سلطةٌ أو تقديرًا .

ومثال ذلك أيضا مسلك واضع القانون في تحديد فكرة النظام العام (20) إذ لم

(18) ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني البحريني لم ينظم أحكام عقد الهبة محيلاً بشأنها إلى الشريعة الإسلامية وما تصدر بشأنها من قوانين خاصة، وفي ذلك تنص المادة 452 مدني بحريني على أن « تسري على الهبة أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين التي تصدر في شأنها » .

(19) وهو عين ما نصت عليه المادة 129 / 1 مدني مصري .

(20) ويقصد بالنظام العام مجموعة المبادئ الرئسية والمصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية، والتي لا يتصور بقاء كيان هذا المجتمع سليما دون استقراره عليها ( انظر في ذلك إلى : أ. د. / خالد جمال أحمد حسن

يلجأ فيها إلى الصياغة الجامدة ، وإنما عمد إلى ولوج سبيل الصياغة المرنة ، حيث اكتفى واضع القانون بالحكم ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً إذا كان محلّه أو سببه مخالفاً للنظام العام ، دون أن يضع حكماً موحداً أو معناً صارماً لمدلول فكرة النظام العام التي تبرر بطلان العقد ، تاركاً للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد مدلول هذه الفكرة وتحديد ما يعد مخالفاً لها من محال أو أسباب للالتزامات العقدية ، وفي ضوء ما يسفر عنه تقديره سيكون حكم القاضي ، فيقضي بطلانها مثلاً إذا ما انتهى حسب تقديره إلى مخالفتها لهذه الفكرة ، أو يقضي بصحتها إذا ما قدر أنها لا تصطدم مع هذه الفكرة (وفي ذلك تنص المادة 109 مدني بحريني على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وقع العقد باطلاً»<sup>(21)</sup> ، كما تنص المادة 111 / أ مدني بحريني على أنه « يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب»<sup>(22)</sup> .

ومثال ذلك أيضا مسلك واضع القانون في تحديد الباعث القوي والمدة المعقولة في الشرط المانع من التصرف، إذ لم يلجأ فيها إلى الصياغة الجامدة ، وإنما عمد إلى إتباع سبيل الصياغة المرنة، وفي ذلك تنص المادة 774 مدني بحريني على أنه: «إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف ، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة»، فالملاحظ على هذا النص أنه بعد أن وضع القانون فيه حكماً عاماً لم يجز فيه لطرفي التصرف إيراد شرط يمنع أو يقيد حق المالك المتصرف له من التصرف في المال الذي كسب ملكيته بموجب هذا التصرف ، وضع استثناءً على هذا المنع أجاز بموجبه إيرادهما لمثل هذا الشرط المانع أو المقيد من التصرف متى كان ذلك لباعث قوي ولمدة معقولة ، وهنا لم يعتمد واضع القانون إلى فرض حكم ثابت صارم لمدلول هذا الباعث القوي أو لقدر هذه المدة المعقولة تاركاً تقدير ذلك

«المدخل في مبادئ القانون البحريني» ص 123 ، 124 ، الطبعة الأولى عام 2010 م ، مكتبة فخرأوي للدراسات والنشر مملكة البحرين ) .

(21) وهو عين ما نصت عليه المادة 135 مدني مصري .

(22) وهو عين ما نصت عليه المادة 136 مدني مصري .

كله لسلطة القاضي التقديرية يقضي بموجبها بالحكم الذي يراه حسب ظروف كل حالة على حده في ضوء ظروفها وملابساتها الخاصة بها .

### ثانياً- مزايا الصياغة المرنة:

لا شك أن الصياغة المرنة تتيح للقضاء سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق النص القانوني بصورة تمكنه من مراعاة الظروف والملابسات المعاصرة أو المتزامنة لكل حالة من الحالات المثارة أمامه ، الأمر الذي يساهم في تحقيق فكرة العدالة ، هذا بالإضافة إلى أن مرونة الصياغة تسمح باستيعاب النص حالات جديدة ربما لم تدر في ذهن واضعه عند وضعه ، الأمر الذي يساهم في مواكبته للتطور ومسايرة مستجداته، فيعالج هذا النص الفروض الجديدة التي قد تفرزها مظاهر التطور المتلاحقة في المجتمع<sup>(23)</sup> .

### ثالثاً- عيوب الصياغة المرنة:

يكاد لا ينسبُ الفقهاءُ إلى الصياغة المرنة عيباً أو مطعناً لها في ذاتها، إنما يردون هذا العيب الموجه إليها إلى سبب خارجي عنها، ألا وهو خشية أن تحفز هذه المرونة القضاة على ارتياد سبيل التحكم في التقدير بصورة تؤدي بهم في نهاية المطاف إلى الانحراف بالتطبيق عن العمومية والتجريد، فيعتمد بعض القضاة إلى التحكم في تقدير الواقع، أو في تقدير خضوع هذا الواقع أو عدم خضوعه للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليه<sup>(24)</sup> .

بيد أن هذا التخوف لا مبرر له في الحقيقة<sup>(25)</sup> ، لأن القاضي يفترض فيه عند منحه سلطة تقديرية في تطبيق النص القانوني ألا يسرف أو يغالي في ممارسة هذه السلطة ليصل بها إلى حد التحكم في التقدير ، وإنما من الطبيعي أن يمارسها بقدر

(23) انظر في ذلك المعنى : أ. د. / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 169 ، د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص 26 .

(24) انظر في نفس المعنى : أ. د. / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 168 وما بعدها ، د / أحمد بخيت - المرجع السابق - ص 64 ،

(25) وإن كان من الفقه من يرى أن القضاء في بعض الدول قد سهلت له الصياغة المرنة سبيل الفساد المهني ( د / عبد القادر الشخيلي - المرجع السابق - ص 26 .

من الوسطية والاعتدال ليطبق على كل حالة من الحالات المعروضة عليه الحكم المحقق للعدالة في ضوء المعيار المرن المحدد له قانوناً بلا إفراط أو تفريط .

### ضرورة الجمع بين الصياغتين:

إن النظر بعين الدقة في التحليل والتمحيص لهاتين الصورتين السابقتين من صور الصياغة التشريعية سواء الجامدة منهما والمرنة ، بما لهما من مزايا وما فيهما من عيوب ، يتبين له بجلاء ووضوح حتمية الجمع بينهما عند صياغة النصوص القانونية ، فهناك موضوعات لا تصلح معالجتها إلا من خلال نصوص قانونية مصاغة صياغة جامدة ، بحيث تتضمن هذه النصوص أحكاماً ثابتة صارمة ينزلها القضاء على أشخاص محددين أو وقائع محددة بطريقة آلية دون أن يكون لهم أدنى سلطة تقديرية بشأنها ، وذلك بغية تحقيق قدر لازم من الثبات والاستقرار في تنظيمها للمراكز القانونية التي تعالجها هذه القواعد ، كما سبق أن رأينا في الأمثلة التي ذكرناها في مقام التدليل على وجود هذا النوع من الصياغة الجامدة، وهناك في نفس الوقت موضوعات أخرى لا يصلح تنظيمها إلا من خلال قواعد قانونية مصاغة صياغة مرنة تترك للقضاء عند تطبيقها قدراً معقولاً من السلطة التقديرية ، حتى يتسنى لهم مراعاة الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة تحقيقاً لمقتضيات فكرة العدالة ، وهذا ما سبق أن رأيناه آنفاً في الأمثلة التي ضربناها لإثبات وجود مثل هذه الصياغة المرنة في كثير من النصوص القانونية .

بل إنه من المتصور في الموضوع الواحد أن يعتمد واضع القانون الصياغتين معاً ، ويحدث ذلك حينما ينص واضع القانون على عقوبة محددة لها حد أدنى وحد أقصى يلتزم القاضي بألا يتجاوزهما ، مع الترخيص للقاضي في أن يتحرك فيما بين هذين الحدين فيقضي بالقدر الذي يراه مناسباً من هذه العقوبة لظروف كل حالة على حده في حدود ما بين هذين الحدين الصارمين ، فهنا يمثل هذان الحدان قيدين صارمين لا يجوز للقاضي عند التطبيق تجاوزهما ، وعندئذ يعبران هذان الحدان في هذا النص عن محتوى الصياغة الجامدة ، في حين يمثل منح القاضي الحرية الواسعة في اختيار العقوبة المناسبة مما بين الحدين الأدنى

والأقصى للحالة المعروضة عليه نموذجاً مثالياً للصياغة المرنة<sup>(26)</sup> ، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في المادة 191 من قانون العمل البحريني الجديد<sup>(27)</sup> «يعاقب كل صاحب عمل أو من يمثله بالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار إذا أوقف العمل كلياً أو جزئياً في منشأته دون إخطار الوزارة بذلك» . وقد يحدث أن يعتمد واضع القانون الصياغة الجامدة في تحديد العقوبة المحكوم بها بشأن الواقعة التي ينظمها ، ثم يعتمد في نفس الوقت الصياغة المرنة فيرخص للقاضي في استبدال هذه العقوبة الصارمة بعقوبة أخرى أشد منها أو أخف عند وجود ظروف معينة تبرر حسب تقدير القاضي تشديد العقوبة أو تخفيفها<sup>(28)</sup> .

### الفرع الثالث

#### الصياغة المادية

تعني الصياغة المادية للقاعدة القانونية أن يجري التعبير عن جوهرها في مظهر مادي محسوس ، سواء تمثل ذلك في إحلال الكم محل الكيف ، أو تمثل في اشتراط شكلية معينة في بعض التصرفات التي تنظمها تلك القاعدة لترتيب أثرها القانوني عليها ، وهي بذلك المعنى تنقسم إلى قسمين :

#### أولاً- الصياغة الكمية:

تعريف الصياغة الكمية : يقصد بالصياغة الكمية تلك الصياغة التي يعبر فيها عن جوهر القاعدة القانونية أو عن القيمة التي تتضمنها تعبيراً رقمياً محدداً بصورة تقطع دابر أي خلاف حول حقيقة المعنى المستفاد منها عند تطبيقه<sup>(29)</sup> ، أو هي الصياغة التي يصوغ فيها واضع القانون المعنى الكيفي المعبر عن جوهر أو مضمون القاعدة القانونية صياغة كمية فيعبر عنه برقم معين ( وهو ما يُسمى بإحلال الكم محل الكيف أي استعمال مصطلح الترقيم أو التعبير عن المعنى بالأرقام<sup>(30)</sup> .

(26) انظر في ذلك المعنى : د / عبد القادر الشихلي - المرجع السابق - ص 27 .

(27) وهو القانون رقم 36 لسنة 2012 م .

(28) انظر في ذلك المعنى : أ.د / أنور سلطان - المرجع السابق - ص 97 .

(29) انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشихلي - المرجع السابق - ص 28 .

(30) انظر في نفس المعنى : أ.د / أنور سلطان - المرجع السابق - ص 98 .

فعلى سبيل المثال نجد أنه لو أريد صياغة سن الرشد صياغة كيفية لقلنا أن هذه السن تعبر عن تمام الرشد لدى الإنسان بحيث لا يعترف بها إلا لمن ثبت تمام الإدراك والتمييز لديه ، وذلك حتى يكون أهلاً عندها لمباشرة جميع التصرفات على ماله بأنواعها المختلفة ( أي سواء كانت تصرفات نافعة له نفعاً محضاً أو ضارة له ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر ) ، ومن ثم فهي سن تقتضي تمام الإدراك والتمييز لدى المرء على نحو يدرك معها الضار من النافع له من التصرفات وتأثير ذلك عليه ، غير أن تطبيق هذا المعنى الكيفي سيكون أمراً صعباً وشاقاً على القضاء ، لأن الناس يتفاوتون فيما بينهم في الوصول إلى مرحلة تمام الإدراك والتمييز ، كما أنه سيكون من الصعب على الأفراد توفير الدليل المثبت لهذا المعنى الكيفي في جانبهم ، لذا يعتمد واضع القانون إلى إحلال الصياغة الكمية محل الصياغة الكيفية ويعبر عن سن الرشد المعبرة عن تمام الإدراك والتمييز لدى الفرد صياغة رقمية معينة تدل عليها فيجعلها 21 عاماً كما هو الحال في مصر والبحرين، أو 18 عاماً كما الحال في لبنان ، فيقتضي بذلك على أي خلاف عند تطبيق القاعدة ويسر على القضاء مهمة هذا التطبيق ، بحيث يعد رشيداً من بلغ هذه السن حتى وإن لم يكتمل إدراكه وتمييزه واقعياً ، ولا يعد رشيداً من لم يبلغها حتى وإن كان قد اكتمل إدراكه وتمييزه بصورة واقعية يبصرها فيه كل من حوله من الناس<sup>(31)</sup> .

### مزايا الصياغة الكمية وعيوبها:

لا جرم أن الصياغة الكمية نظراً لاعتمادها على التعبير الرقمي فإنها تيسر على القضاة مهمة تطبيق محتوى النص القانوني في سهولة ويسر ، كما تيسر على الأفراد معرفة وفهم مراكزهم القانونية في ضوء هذا المحتوى ، لكن يؤخذ عليها أنها لا تتيح للقاضي أي سلطة تقديرية عند التطبيق ، مما يوقعه في الحرج بين قناعاته التي يستقيها من واقع الحال ، وبين ما يمليه عليه محتوى النص ذي التعبير الرقمي ، فلا يجد بداً من تطبيق محتوى النص حتى وإن كان مجافياً

(31) انظر في نفس المعنى : أ.د. / مصطفى محمد الجمال ، أ.د. / عبد الحميد محمد الجمال - المرجع السابق - ص 65 .

لمقتضيات فكرة العدالة التي تستوجب مراعاة الظروف الخاصة لكل حالة وعدم التقيد بأحكام ثابتة في جميع الأحوال وفي كل الظروف .

### ثانياً- الصياغة الشكلية:

تعريف الصياغة الشكلية : يقصد بالصياغة الشكلية تلك الصياغة التي تفرض على المتصرف إفراغ تصرفه في شكل معين حتى يترتب عليه أثره القانوني. مثال ذلك ما نص عليه القانون من ضرورة إفراغ الرهن التأميني أو الرسمي في ورقة رسمية<sup>(32)</sup> ، وإلا كان الرهن باطلاً ، وفي ذلك تنص المادة 943 / أ من القانون المدني البحريني على أنه « لا ينعقد الرهن التأميني إلا بورقة رسمية »<sup>(33)</sup> ،

ولا شك في أن تطلب إفراغ هذا العقد في شكل خاص مثل اشتراط الرسمية فيه أو اشتراط كتابته كتابةً عرفيةً يمثلُ خروجاً على المبدأ العام في نشأة العقود في القانون المدني البحريني وغيره من القوانين الحديثة، ألا وهو مبدأ الرضائية، الذي يفيد أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين أو مباشرة إجراء محدد معه (م 30 مدني بحريني).

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون المدني المصري من أن هبة العقار لا تصح إلا إذا تمت في ورقة رسمية ، وفي ذلك تنص المادة 488 منه على أن " 1- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر " . " 2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية " .

وكذلك ينص القانون المدني المصري على وجوب كتابة عقد الشركة وإلا كان العقد باطلاً ، بل ويبطل أي تعديل يرد على هذا العقد إذا لم يكن مكتوباً ، وهذا ما

(32) وتسمية الرهن الرسمي في القانون المدني البحريني بالرهن التأميني تسمية غير دقيقة، لأنها لا تميزه عن الرهن الحيازي ، بل ولا تميزه عن غيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى، لأنها تمثل وصفاً مشتركاً بين جميع هذه الحقوق ، لأن هذه الحقوق جميعها تتم من أجل تأمين وضمان حق الدائن ، والمفروض في التسمية أو الوصف أن تميز أو يميز المسمى أو الموصوف عن غيره ، ولذا عمد واضع القانون المصري إلى هجر التسمية القديمة التي كانت موجودة في القانون المدني المصري القديم واعتمد تسمية تبرز حقيقة هذا الرهن فسماه الرهن الرسمي ، ونؤمل أن يجري تصحيح هذه التسمية أيضاً في البحرين .

(33) وهذا النص يعادل نص المادة 1031 / 1 مدني مصري .

نصت عليه المادة 507 / 1 من هذا القانون بقولها " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وكذلك يبطل كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد " ، وينص القانون المدني البحريني على أنه بالرغم من أن الشركة تكتسب الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها ، إلا أنه لا يسمح بالاحتجاج بالشخصية الاعتبارية لهذه الشركة في مواجهة الغير إلا إذا تمت مراعاة إجراءات النشر المنصوص عليها قانوناً ، وفي ذلك تنص المادة 455 من هذا القانون بقولها " تعد الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً . ولا يحتج بهذه الشخصية إلا إذا نشر ملخص عقد الشركة في الجريدة الرسمية ، ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها " .

مزايا هذه الصياغة الشكلية وعيوبها :

لا جرم أن اشتراط الشكلية في التصرفات القانونية يحفظ عليها وجودها من الضياع ويوفر لها أدلة إثباتها أمام القضاء ، كما أن مرور الوقت اللازم لاستيفاء الشكلية ينبه المتصرف إلى خطورة التصرف المقبل على إبرامه فيأخذ قدراً من الوقت قبل أن يجمع أمره على المضي قدماً إلى إبرام التصرف الذي يمثل الشكل ركناً لازماً لصحة انعقاده ، وهذا لا يتأتى له في التصرفات الرضائية ، إذ ينعقد العقد ويلزمه بمجرد تمام رضائه به واتصاله بعلم من وجه إليه ، ولا يستطيع أن يراجع فيه نفسه بشأنه ، لكن مجرد رضائه في العقد الشكلي لا يلزمه بشيء مادام لم يفرغ هذا الرضاء في الشكل المطلوب له قانوناً أو اتفاقاً ، ومن ثم ففي مقدوره أن يتراجع عن إتمام هذا العقد الشكلي قبل استيفاء الشكل المشروط له ، لأن العقد لا يتم بدون هذا الشكل .

لكن على الرغم من هذه المزايا يبقى الشكلُ معوقاً ومعطلاً لسرعة إتمام التصرف بمجرد حصول التراضي به من طرفيه ، ناهيك عما يلزم له من إجراءات تحتاج إلى وقت وجهد ، فضلاً عما يشترط لها من رسوم ونفقات<sup>(34)</sup> .

(34) انظر في نفس المعنى : د / عبد القادر الشبخلي - المرجع السابق - ص 31 .

## الفرع الرابع الصياغة المعنوية

وفيهما نعرض للتعريف والأنواع وذلك على النحو التالي:

### أولاً- تعريف الصياغة المعنوية:

تمثل الصياغة المعنوية عمليةً ذهنيةً يجري خلالها إعطاءً حكم معين لشيء مجهول بناءً على شيء معلوم يدل عليه أو إعطاءً شيء ما حكماً معيناً مخالفاً لواقعه من أجل ترتيب أثر قانوني معين أو تحقيق غاية عملية معينة .

ويعرفها بعضهم بأنها عمل ذهني يكسب القاعدة القانونية إخراجاً عملياً (35) .

ثانياً: أنواع الصياغة المعنوية تتجلى هذه الصياغة في كل من القرائن القانونية، والافتراض أو الحيل القانونية ، وذلك على التفصيل الآتي :

### 1 - القرائن القانونية

أ - معنى القرينة القانونية والحكمة منها: يقصد بالقرينة القانونية ما يستتبطه واضع القانون من واقعة ثابتة ومعلومة للاستدلال بها على واقعة غير ثابتة مجهولة في ضوء الاحتمال الراجح ، أو هي ما يستتبطه القانون من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول بناءً على غالب الأمور (36) .

وتتجلى الحكمة من تقرير واضع القانون للقرائن القانونية في تحقيق أحدهذه الأهداف الآتية (37):

- إبطال التحايل على أحكام القانون قد يستهدف واضع القانون من وراء تقريره القرينة القانونية سد أو إبطال باب التحايل على أحكام القانون ، فعلى

(35) راجع في ذلك هذا الموقع :

[www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404](http://www.shaimaatalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404)

(36) انظر في ذلك إلى : أ.د. / خالد جمال أحمد حسن « الوجيز في شرح قانون الإثبات البحريني » ص 107، طبعة عام 2010م .

(37) انظر في ذلك إلى : أ.د. / خالد جمال أحمد حسن - المرجع السابق - ، ص 107 وما بعدها .

سبيل المثال نجد أن المريض مرض الموت - إلا من رحم الله - قلما يتقي الله في ورثته ، ولذا قد يندفع عن جهالة ولو بدوافع إنسانية مغلوطة إلى مباشرة بعض التصرفات الضارة بالورثة ، فيتصرف في أمواله كلها أو بعضها تصرفات مضافةً إلى ما بعد الموت ، لكن لعلمه بأنه إذا ظهرت هذه التصرفات في صورتها الحقيقية ستأخذ قانوناً حكم الوصية ، ومن ثم فلن تسري في حقهم إلا في حدود الثلث ، لذا يعمد المرء إلى ستر هذه التصرفات في شكل عقود تبرع بقصد التحايل على أحكام القانون في خصوص المواريث والوصايا ، من أجل ذلك يتدخل واضع القانون في بعض الفروض مفترضاً قرينة قانونية مأخوذة من واقعة التبرع في مرض الموت بوصفه تصرفاً منجزاً مفادها أن هذا التبرع يأخذ حكم الوصية ، وذلك للحيلولة دون الإضرار بالورثة ، وإبطال التحايل على أحكام القانون ، فلا يسري التبرع إلا في حدود الثلث لأنه سيأخذ حكم الوصية .

- **تيسير مهمة الإثبات على المكلف به:** قد يقدر واضع القانون صعوبة الإثبات في بعض الفروض فيدفعه ذلك إلى تقرير قرينة قانونية معينة لصالح من يصعب عليه الإثبات في مثل هذه الفروض ، فتكون هذه القرينة سبباً في إعفائه من مهمة الإثبات لتتقل هذا العبء من كاهله إلى كاهل خصمه الآخر.

فعلى سبيل المثال نجد أن واضع القانون لا يعتد بالتعبير عن الإرادة الموجه من أحد طرفي العقد المزمع إبرامه إلا إذا اتصل هذا التعبير بعلم الطرف الآخر، غير أنه نظراً لصعوبة إثبات تحقق اتصال علم من وجه له هذا التعبير بهذا التعبير، فقد عمد واضع القانون إلى تقرير قرينة قانونية مفترضاً من خلالها تحقق هذا الاتصال بعلم من وجه إليه هذا التعبير من مجرد ثبوت وصول التعبير إليه ، ولذا تنص المادة 33 مدني بحريني على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك » .

وكذلك الحال نجد أن مسئولية متولي الرقابة عن الفعل الضار الصادر من المشمول برقابته لا تتعدد إلا إذا أثبت الضرور الخطأ في جانب متولي الرقابة ، وذلك بإثبات الخطأ في أدائه لموجبات الرقابة ومتطلباتها على من تشمله قانوناً أو اتفاقاً رقابته ممن هم في حاجة للرقابة بسبب الحالة العقلية أو الحالة العمرية (السنية) أو الحالة الجسمية أو الجسدية ، وهذا بلا أدنى شك أمر شاق وصعب الإثبات للغاية بالنسبة للضرور ، لذا تدخل واضع القانون مقررًا قرينة قانونية يسرت على الضرور مهمة الإثبات ، بل وأعفته من إثبات الخطأ في جانب متولي الرقابة مفترضةً ثبوته في حقه بمجرد إثبات الضرور وقوع الفعل الضار من جانب المشمول بالرقابة ، فيكون ذلك قرينة قانونية على ثبوت الخطأ في حق متولي الرقابة ، ما لم يثبت عكس ذلك ، وفي ذلك تنص المادة 170/أ مدني بحريني على أنه « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً في مواجهة الضرور بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع ، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي أو أن الضرر كان لا بد واقع ولو قام بهذا الواجب»<sup>(38)</sup> .

بيد أن ذلك لا يعني أن القرينة القانونية تعفي المتمسك بها من مهمة الإثبات كليةً ، إنما تعفيه فقط من دلالة هذه القرينة على الواقعة محل النزاع ، وتنتقل من ثم عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق الطرف الآخر ليثبت عكس ما دلت عليه هذه القرينة ( هذا إن كانت القرينة بسيطة ، أي قابلة لإثبات العكس ) ، لكن يبقى على عاتق المتمسك بالقرينة القانونية عبء إثبات مضمون هذه القرينة ، ومن ثم إذا اعتبرنا في المثال قبل السابق أن وصول التعبير إلى شخص من وجه إليه قرينة على علمه به ، فإنه وإن أعفينا مرسل هذا التعبير من إثبات اتصال علم هذا الشخص بهذا التعبير ، إلا أنه لا يعفى من إثبات إرساله للخطاب الذي يحمل هذا التعبير ووصول هذا التعبير إليه ، وذلك حتى يمكن إعمال مضمون تلك القرينة ولا يكلف بإثبات اتصال علمه بمضمون هذا التعبير ، فهذا أمر مفترض قانوناً متى أثبت وصول الخطاب إلى علم من وجه إليه .

(38) هذه المادة تعادل المادة 173 مدني مصري .

- **تقرير ما جرى عليه العمل بين الناس**، قد يتجه واضع القانون إلى تقرير القرينة القانونية ليسجل من خلالها ما جرى عليه العمل بين الناس ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 535 مدني بحريني من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة علي هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ((39)). وهذا من باب الأخذ بما تعارف عليه الناس من أن المؤجر لا يعطي مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى من المستأجر جميع أقساط الأجرة السابقة على هذا القسط .

ومثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 2/538 مدني بحريني على أنه « فإذا كان تسليم المأجور قد تمّ دون بيان لحالته افترض - حتى يقوم الدليل على العكس - أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة» (40) . وذلك تأسيساً على أن المتعارف عليه بين الناس أن المستأجر لا يقبل استلام المأجور إلا إذا كانت حالته حسنة ، وإلا رفض استلامه من المؤجر حتى يهيئه لحسن الانتفاع به .

ب- **أنواع القرائن القانونية**: نظراً لأن القرينة القانونية لا تبني على التمام والكمال، وإنما تبني على الراجح والغالب من الظروف والأحوال ، فإن دلالتها على ما تشير إليه لا يحمل على معنى القطع والحسم ، إنما يحمل على الظن والرجحان ، إذ يبقى متصوراً أن يكون فيه ( أي في معنى القرينة وفحواها ) قدرٌ ما من الخطأ وعدم الصواب ، وقد كان من مقتضى ذلك أن تكون القرينة في دلالتها دائماً قابلة لإثبات العكس ، بحيث يجوز لمن يضار من مضمونها أن يقيم الدليل على نقضه وإثبات ما يخالفه ، غير أن واضع القانون عمد إلى اعتبار بعض القرائن القانونية قاطعة في دلالتها على المعنى الذي تشير إليه، على نحو لا يسمح لأحد بإثبات عكس مضمونها تقديراً منه بأن احتمال عدم مطابقة هذا المضمون مع الحقيقة والواقع أمر في غاية الضعف (41) .

(39) هذه المادة تعادل المادة 587 مدني مصري .

(40) هذه المادة تعادل المادة 2/591 مدني مصري .

(41) انظر في نفس المعنى : أ.د/ ليلي عبد الله سعيد « الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني »، بند 106 ، ص 167 ، الطبعة الأولى عام 2001-2002 م ، مطبعة جامعة البحرين .

لذلك فقد قسم واضع القانون القرائن القانونية إلى نوعين : **قرائن قانونية بسيطة**، و**قرائن قانونية قاطعة** ، وذلك على التفصيل الآتي :

**القرائن القانونية البسيطة:** يمكننا تعريف القرينة القانونية البسيطة بأنها « القرينة التي يستتبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالةً ظنية تسمح بإثبات عكس ما تشير إليه». الأصل العام في القرينة القانونية أن تكون بسيطة أو غير قاطعة في دلالتها على ما تشير إليه ، ومن ثم يكون للمتضرر من مضمونها إثبات عكسها بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، ولذا تنص المادة 97 إثبات بحريني على أنه « القرائن التي ينص عليها القانون تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» (42) .

ولعل من أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما نص عليه المادة 112 من القانون المدني البحريني بقولها «كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أنه يقوم على سبب مشروع وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه» (43)، وما نصت عليه المادة 2/33 مدني بحريني بقوله « ويعد وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك» (44) ، وما نصت عليه المادة 891 مدني بحريني بقولها « من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر عليه ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس» (45) .

وواضح مما سبق أن القرينة القانونية البسيطة تعفي من يتمسك بها من عبء الإثبات وتجعل على عاتق الطرف الآخر نقض هذه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن القضائية .

القرائن القانونية القاطعة يمكننا تعريفها بأنها «القرينة التي يستتبطها القانون من واقعة ثابتة معلومة للدلالة على واقعة غير ثابتة مجهولة دلالةً قطعية لا تسمح

(42) هذه المادة تعادل المادة 99 إثبات مصري .

(43) هذه المادة تعادل المادة 1 /137 مدني مصري .

(44) هذه المادة تعادل المادة 91 مدني مصري .

(45) هذه المادة تعادل المادة 964 مدني مصري .

بإثبات عكس ما تشير إليه». ولعل من الأمثلة على هذا النوع من القرائن ما نصّ عليه القانون من افتراض خطأ الحارس للأشياء افتراضاً لا يقبل إثبات العكس عند وقوع فعل ضار بالغير من هذا الشيء محل الحراسة ، سواء أكان هذا الشيء محل الحراسة حيواناً أم بناءً أم شيء يحتاج إلى عناية خاصة أم آلة ميكانيكية ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 175/أ مدني بحريني على أن « كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، هذا ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير » .

وينبغي مراعاة أن من يتمسك بالقرينة القانونية أيا كان نوعها ( سواء أكانت بسيطة أم قطعية ) لا يعفى كليا من الإثبات ، إنما يطالب بإثبات مقومات توافر القرينة القانونية في جانبه ، فإذا أثبت ذلك كانت هذه القرينة سبباً في إعفائه من إثبات ما دلت القرينة إعفاءً يمكن لخصمه إثبات عكسه أو خلافه بأي من طرق الإثبات ، هذا إذا كانت القرينة بسيطةً ، أو لا يمكن لخصمه إثبات عكسه أو ما يخالفه إذا كانت القرينة قاطعة .

### القرائن القضائية:

يقصد بالقرائن القضائية ما يستنبطه القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها للدلالة على الواقعة المتنازع عليها تقديراً لما بينهما من ارتباط . فالقاضي في هذا النوع من القرائن ينظر إلى واقعة معينة ثابتة ومعلومة فيستدل بها في إثبات واقعة أخرى غير معلومة متنازع عليها ، كما لو استدل القاضي على صورية الثمن المذكور في عقد بيع عمارة لخادمة تعمل لدى مخدومها البائع ( بوصفها واقعة غير ثابتة ومجهولة ) من ضالة الأجر الذي تتحصل عليه من خدمتها لدى البائع ، فضلاً عن عدم وجود أي دخل آخر لها ( والذي يمثل تعبيراً عن واقع ثابت ومعلوم بالنسبة للخادمة المشتريّة ) والذي لا يغطي كل متطلبات حياتها اليومية .

وقد عرّف قانون الإثبات البحريني هذا النوع من القرائن في المادة 98 منه بقوله « القرائن القضائية هي التي لم ينص عليها القانون ، وللقاضي استنباط كل

قرينة منها من ظروف الدعوى وتقدير مدى دلالتها فيها «.....» (46) .

وتعدُّ القرينة القضائية دليلاً غير مباشر من أدلة الإثبات ، لأن الإثبات لا ينصب مباشرة على الواقعة المجهولة المتنازع عليها ( أي المراد إثباتها أو تمثيل محلاً للإثبات ) ، إنما ينصب على واقعة أخرى معلومة تدل عليها دلالة غير مباشرة ، وذلك مراعاة لما بينهما من ارتباط وثيق يبرر هذا الاستدلال .

وبناء على ما سبق تقوم القرينة القضائية على عنصرين :

**عنصر مادي**؛ يتمثل في الواقعة المادية الثابتة والمعلومة التي تمثل أساساً ومنطلقاً يبني عليها القاضي استنتاجه أو استنباطه ، سواء أكانت تلك الواقعة قد ثبتت أمام القاضي بعد مناقشة الخصوم أم أنها كانت موجودة سلفاً في أوراق الدعوى أم أنه قد توصل إليها القاضي عن طريق المعاينة أو الخبرة القضائية ، مادامت هذه الواقعة جزءاً من وقائع هذه الدعوى وملابساتها .

**عنصر معنوي**؛ يتمثل في جهد القاضي الذهني في استنباط الواقعة غير الثابتة المجهولة المتنازع عليها من تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة الدالة عليها دلالة غير مباشرة . وله في ذلك حرية التقدير دون أن يكون لمحكمة النقض أو التمييز أي تعقيب عليها في ذلك متى استنباطه سائغاً ومقبولاً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه « من المقرر أن الأصل في استنباط القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع ، إلا أنه يشترط أن يكون استنباطها سائغاً ، وأن يكون استدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي بني عليها قضاءه» (2) .

إن حجية القرائن القضائية في الإثبات مقصورة قانوناً على ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، ومن ثم يكون لها ذات الحجية المقررة قانوناً للشهادة ، وهذا ما نصت عليه المادة 98 إثبات بحريني بقولها « ..... ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود» (47) .

(46) هذه المادة تعادل المادة 100 إثبات مصري .

تمييز بحريني ، طعن رقم 363 ، 386 لسنة 2005م ، جلسة 30 يناير 2006م ، السنة السابعة عشرة ، ق 43 ، ص 171 .

(47) هذه المادة تعادل المادة 100 إثبات مصري .

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في استنباط القرينة القضائية ، فله مطلق التقدير في اختيار الواقعة المادية الموجودة بالدعوى لاستنباط القرينة منها ، وتقدير ما تحمله تلك الواقعة المادية الثابتة المعلومة من دلالة غير مباشرة على الواقعة غير الثابتة المجهولة محل النزاع ، ولا معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز أو النقض ، مادام أن استخلاصه لها كان سائغاً .

وينبغي مراعاة أن حجية القرائن القضائية ليست قاطعة ، فيمكن إثبات عكس ما دلت عليه القرينة بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن .

### التفرقة بين القرائن القضائية والقرائن القانونية:

على الرغم من اتحاد نوعي القرائن ( سواء كانت قضائية أم قانونية ) في الوسيلة والغاية ، إذ تعتمد القرينة بنوعيتها على عملية الاستنباط أو الاستنتاج من الواقعة الثابتة والمعلومة للدلالة على الواقعة غير الثابتة والمجهولة ، وتهدف القرينة إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق من تقررت لصالحه القرينة إلى عاتق خصمه الآخر ، إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى عديدة يمكن إجمالها في النقاط الآتية :

**الاختلاف من حيث المصدر**، فالقرائن القضائية يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى وملابساتها ، بعكس القرائن القانونية التي يستنبطها واضع القانون من المؤلف والغالب في الظروف والملابسات المرتبطة بموضوع الدعوى<sup>(48)</sup> .

**الاختلاف من حيث الطبيعة الفنية** تمثل القرائن القضائية أدلة إثبات بالمعنى الفني الدقيق ، في حين أن القرائن القانونية في حقيقتها مجرد قواعد موضوعية

(48) أ.د. / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د. / همام محمد محمود « أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية » ، ص 349 ، طبعة عام 2001 م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ، أ.د. / محمد سعد خليفة ، أ.د. / عبدالحميد عثمان « شرح أحكام قانون الإثبات » طرق الإثبات التقليدية والالكترونية في القانون البحريني » ، ص 259 ، الطبعة الأولى عام 2008م، مطبعة جامعة البحرين .

يترتب على توافر شروطها إعفاء من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات ونقل هذا العبء إلى خصمه الآخر<sup>(49)</sup> .

**الاختلاف من حيث قطعية أو عدم قطعية دلائلها** القرائن القضائية يستتبطها القاضي من وقائع الدعوى فهي غير ملزمة له وغير قاطعة في دلائلها ، في حين أن القرائن القانونية بعضها قاطع الدلالة فلا يجوز نقضه ، وبعضها الآخر غير قاطع الدلالة فيجوز نقضه وإثبات عكسه بأي طريق من طرق الإثبات<sup>(50)</sup> .

**الاختلاف من حيث المدى والنطاق** تقتصر القرائن القانونية على ما نص عليه القانون منها ، فلا قرينة قانونية أيا كان نوعها بغير نص قانوني يقررها ، بعكس القرائن القضائية فهي ليست محصورة في عدد معين أو حالات محددة ، فالقاضي يستتبطها من ظروف وملابسات كل دعوى على حده ، ولذا فهي تختلف من قضية إلى أخرى ، وتتوسع وتنوع واختلاف ظروف وملابسات كل قضية عن غيرها من القضايا<sup>(51)</sup> .

**الاختلاف من حيث مدى الحجية في الإثبات** لا يجوز الإثبات بالقرينة القضائية إلا فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، في حين أنه في خصوص القرينة القانونية يجري الإثبات بشأن الواقعة المعلومة في ضوء القواعد العامة في الإثبات ، بحيث ما كان منها فوق نصاب الإثبات بالبينة أو شهادة الشهود ، فتلزم فيه الكتابة ، وما كان منها دون نصاب البينة يمكن الإثبات فيه بشهادة الشهود والقرائن<sup>(52)</sup> .

ومما تجدر الإشارة إليه فإن ثمة نوعاً من القرائن لا يعد من القرائن القضائية لعدم استتباطها من قبل القاضي ولا تخضع في نفس الوقت لسلطته التقديرية ، كما لا تعد من قبيل القرائن القانونية لعدم نص القانون عليها ، يطلق عليها الفقه اسم القرائن الطبيعية ، وذلك تأسيساً على أنها تتفق مع طبائع الأشياء وتتسجم مع واقع الحال بطريقة طبيعية أو تلقائية ، مثال ذلك اعتبار ثبوت وفاة شخص

(49) أ.د. / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د. / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص 349 ، أ.د. /

ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند 107 ، ص 171 .

(50) أ.د. / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند 107 ، ص 171 .

(51) أ.د. / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند 107 ، ص 171 .

(52) أ.د. / ليلي عبد الله سعيد - المرجع السابق - بند 107 ، ص 171 .

معين في زمن معين قرينة طبيعية على ثبوت حياته قبل هذا التاريخ ، كما أن ثبوت تاريخ ميلاد شخص معين منذ مائتي عام أو بمعنى آخر فإن مضي مدة زمنية معينة مقدارها مائتا عام على ميلاد شخص معين قرينة طبيعية على موته في الحال<sup>(53)</sup>.

## 2 - الحيل القانونية أو الافتراض

**أ - تعريف الحيلة القانونية:** هي عمليةٌ ذهنيةٌ يُعطي فيها النص القانوني شيئاً ما أو موضوعاً معيناً حكماً يخالف حقيقته وواقعه بُغية ترتيب آثار قانونية معينة أو لتحقيق غاية عملية معينة ، مثال ذلك اتجاه واضع القانون إلى معاملة المفقود الذي غاب فترةً معينةً من الزمن معاملة الميت الفعلي رغم أنه لم يموت موتاً فعلياً ، وذلك ترجيحاً لمصلحة راجحة على مصلحته مثل مصلحة زوجة المفقود ( وذلك حتى لا تبقى معلقة لا هي زوجة فعلاً ، ولا هي حرة غير مرتبطة بزوج حتى تتمكن من الزواج بمن تريد بعد الحكم بموته والاعتداد منه عدة المتوفى عنها زوجها) ومثل مصلحة ورثة المفقود (حتى لا يظلوا محرومين من حقهم في الإرث من المفقود لفترات طويلة إذا لم تظهر حقيقة حياته أو موته الفعلي لمدة زمنية طويلة) وعده ميتاً موتاً حكماً لترتيب آثار الموت الفعلي عليه فتعتمد من زوجته وتوزع أمواله على ورثته الموجودين عند الحكم بموته ، ومثال ذلك أيضاً معاملة بعض المنقولات بطبيعتها متى كانت مخصصة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته معاملة العقار بطبيعته لتأخذ حكم هذا العقار بطبيعته ، وذلك لضمان بقائها مرصودةً لخدمة هذا العقار ، وسماها عقارات بالتخصيص ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 20 / 2 على أن « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله »<sup>(54)</sup> ، وكذلك الحال معاملة العقار بطبيعته معاملة المنقول بطبيعته متى كان على وشك أن يصير منقولاً بطبيعته فين فصل من أصل ثباته وقراره ، وخلق عليه إذاً وصف المنقول بحسب المآل ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 22 / 2 مدني بحريني على أنه « ومع ذلك يعد الشيء منقولاً إذا كان انفصاله عن

(53) أ.د. / محمد سعد خليفة ، أ.د. / عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - بند 140 ، ص 260 .

(54) هذه المادة تعادل المادة 82 / 2 مدني مصري .

العقار وشيك الحصول ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار»<sup>(55)</sup>، وافترض وجود الجنين حياً لحظة موت أحد أقاربه أو لحظة الإيضاء له أو حتى لحظة التبrec له ( لاسيما عند من يجيز التبrec للجنين<sup>(56)</sup> من أجل ترتيب أثر قانوني معين متمثل في صحة إرثه من ذويه أو تلقيه الوصية أو التبrec من غيره .

#### ب - مزايا وعيوب هذه الحيل القانونية

لعله من الواضح من الأمثلة السابقة أن الحيل القانونية كانت خير وسيلة مُعينة على حل المشاكل العملية التي كانت سبباً في اللجوء إليها ، لكن ينبغي الحذر والحيطّة عند تقرير لجوء واضع القانون إليها فيقصرها عند توافر الضرورة الملجئة إليها ، كما ينبغي على القاضي عند تحديده للافتراض أو الحيلة ألا يتوسع في تفسيره أو تفسيرها ، وذلك لما يحمله الافتراض أو تحمله الحيلة من مضمون مخالف للحقيقة والواقع<sup>(57)</sup> .

(55) ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني المصري

(56) لأن من الفقهاء من يرى قصر أهلية الوجوب للجنين على الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الإرث أو الوصية أما الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الهبة فلا يرون له أهلية بشأنها ، غير أن من الفقهاء من يرى - ويحق - صحة الهبة للجنين مع تعيين من ينوب عنه في قبولها قياساً على صحة الهبة للصبي غير المميز فينوب عنه في قبولها وليه أو وصيه ( راجع في ذلك : أ.د. / خالد جمال أحمد حسن « المدخل في مبادئ القانون البحريني » ص 353 ) .

(57) انظر في ذلك المعنى : أ.د. / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 176 ، د / عبد القادر الشخلي - المرجع السابق - ص 35 .

## المبحث الثاني مقومات الصياغة التشريعية الجيدة المطلب الأول حسن اختيار الصانع الجيد

إن أول خطوة في طريق الصياغة الجيدة تكمن في حسن اختيار الصانع ، وكيف لا وهو الصانع لهذه الصياغة فيضفي عليها طابع القوة أو الضعف بحسب ما يملكه من مقومات القوة والضعف ، لذا وجب علينا ابتداءً أن نولي جل عنايتنا بمن يقوم على الصياغة التشريعية بحيث يجري اختياره بكل دقة وعناية ، ومن هنا يلزم في الصانع أن يتوافر لديه قسطٌ كبيرٌ من الدراية والمعرفة بعلم القانون عموماً فيعرف أصول علم القانون وتاريخه وتطوره ، ويلم بفروع القانون المختلفة عامة كانت أو خاصة ، هذا فضلاً عن ضرورة أن يكون متخصصاً في فهم دقائق وتفصيل ذلك الفرع القانوني الذي سيلج سبيل صياغة قواعده ، وأخيراً يلزم أن تتوافر لديه الخبرة القانونية العملية الواسعة ، التي تمكنه من إدراك ظروف الزمان والمكان المحيطة بواقع المجتمع الذي سيصيغ له مشروع قانونه الذي سيحكمه وظروف أشخاصه الذين سيخاطبون بأحكام هذا القانون المزمع صياغته ، ويجب أن تيسر له الدولة جميع الوسائل المادية والعلمية التي تساعده على حسن التصور لما يلزم لهذا المجتمع من حلول لمشاكله حتى يتسنى له صياغة هذه الحلول في شكل قواعد قانونية متناغمة مع ظروفه ومحققة للغايات المنشودة من وضعها .

وبناء على ما سبق يتعين اختيار هؤلاء الصانعين من بين كبار الخبراء القانونيين الأكفاء الذين حازوا القدر الكبير من المعرفة القانونية العلمية الواسعة واكتسبوا الكثير من الخبرة القانونية العملية الطويلة على نحو يؤهلهم من حسن الاضطلاع بكل كفاءةٍ واقتدارٍ بهذه المهمة البالغة الدقة والخطورة .

## المطلب الثاني مهارات لازمة في الصانع

يجب أن يكون الصانع - إلى جانب علمه ودرايته بعلم القانون - على قدرٍ معقولٍ من العلم والدراية بقواعد اللغة العربية ليتسنى له إحكام صياغة النص القانوني

على نحو سليم لغوياً وذي معنى دقيق مبناً واضح مضموناً ومعناً ، كما يجب أن يكون على دراية تامة بأقسام اللفظ ودلالته، بحيث يستطيع أن يفرق بين العام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والخفي والمُشكّل ، ويقدر على معرفة وإدراك الفارق بين دلالة منطوق النص القانوني، ودلالة مفهومه .

وهذا يفرض علينا إلقاء الضوء بقدر وافٍ من البيان - دون إسهاب أو إطناب - لهذه المصطلحات أو الألفاظ الآتية:

### الفرع الأول

#### العلم بدلالة اللفظ العام

العام « هو اللفظ الموضوع وضعاً واحداً للدلالة على جميع ما يصلح له من الأفراد على سبيل الشمول والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين » (58) . فالعام هو الشامل الذي يأتي على الجملة كاملة فلا يغادر منها شيئاً ، فلفظ " كل دابة " في قوله تعالى " واللّٰهُ خلق كل دابة من ماء " (59) ، يشمل ويستغرق كل ما يدب على الأرض ، ولفظ " كل شيء " في قوله تعالى " اللّٰهُ خالق كل شيء " (60) ، يستغرق جميع الأشياء من إنس وجن وملائكة وسائر موجودات اللّٰهُ تعالى ، ولفظ السارق والسارقة في قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالا من اللّٰهُ " (61) ، يشمل كل سارق وسارقة دون حصر في عدد معين ، فتقطع أيديهما متى ثبتت السرقة منهما .

### الفرع الثاني

#### العلم بدلالة اللفظ الخاص

الخاص « هو اللفظ الذي وضع للدلالة على معنى واحد على سبيل الانفراد أو على كثير محصور » (62) ، فالخاص يدل على فرد واحد بالشخص مثل أحمد وحسن

(58) السرخسي « أصول السرخسي » للإمام أبي بكر بن أحمد السرخسي ، ج 1 ، ص 125 ، طبعة عام 1372هـ ، دار الكتاب العربي - مصر .

(59) الآية رقم 45 من سورة النور .

(60) الآية رقم 62 من سورة الزمر .

(61) الآية رقم 38 من سورة المائدة .

(62) أ.د/ محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ، ص 703 ، رسالة =

وحسين وعلي ، أو على فرد واحد بالنوع مثل رجل ، وإمرأة ، أو على أفراد محصورة مثل ثلاثة ، وعشرة ، ومائة ، وألف ، وقوم ، ورهط ، وفريق .  
ويراعى أن اللفظ الخاص يدل على معناه على سبيل اليقين والقطع ، فلفظ " المائة " في قول الله تعالى " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " ((63)) هو من قبيل الخاص ، وهو يدل على معناه دلالة قطعية ، فلا يمكن حمله على أقل أو أكثر من المائة ، ولفظ " الثمانين " في قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " ((64)) ، هو من قبيل الخاص ، وهو يدل دلالة قطعية على معناه الذي وضع له ، ولا يمكن حمله على أقل أو أكثر من الثمانين .

### الفرع الثالث

#### العلم بدلالة اللفظ المطلق

المطلق : هو اللفظ الدالُّ على الماهية من غير قيدٍ يقيدُ شيوعه ، مثل قوله « فك رقبة »<sup>(65)</sup> ، وقوله تعالى في آية الظهر " فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا " <sup>(66)</sup>، حيث جاء لفظُ الرقبة مطلقاً عن التقييد الذي يقللُ شيوعها في كل رقبة ، فتشمل أي رقبة ، سواء كانت مؤمنةً أو غير مؤمنة ، وقول الله تبارك وتعالى " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً " <sup>(67)</sup> ، فلفظ " أزواجاً " مطلق عن التقييد فيشمل جميع الأزواج سواء كن مدخولاً بهن أم لا ، فتكون عدتهن في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .

والفرق بين العام والمطلق ، أن العام يدل على استغراق وشمول لجميع أفرادهِ ، بخلاف المطلق فهو يدل على فرد شائع أو أفراد شائعين وليس على جميع الأفراد

= دكتوراة عام 1964م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة دمشق ، وقرب ذلك :

السرخسي - المرجع السابق - ج 1 ، ص 125 .

(63) الآية رقم 2 من سورة النور .

(64) الآية رقم 4 من سورة النور .

(65) الآية رقم 13 من سورة البلد .

(66) الآية رقم 3 من سورة المجادلة .

(67) الآية رقم 234 من سورة البقرة .

، وبذلك يتناول العام دفعةً واحدة كل ما يصدق عليه معناه من الأفراد ، في حين أن المطلق لا يتناول دفعة واحدة إلا فرداً شائعاً في جنسه من الأفراد (68) .

#### الفرع الرابع

##### العلم بدلالة اللفظ المقيّد

المقيّد: هو اللفظُ الدالُّ على الماهية بقيد يقلُّ من شيعوه (69) ، مثل قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ " ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة " (70) ، فلا تجزئ مطلق الرقبة ، إنما لابد أن تكون رقبةً مؤمنةً ، وقوله تعالى في آية الظهار " فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا " (71) ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " ، فالحديث يقيد الشهادة بوصف أو قيد العدل ، الأمر الذي يوجب أن يكون الشاهدان عدلين .

#### الفرع الخامس

##### العلم بدلالة اللفظ الظاهر

الظاهر : هو اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بنفس صيغته دون أن يتوقف على قرينة خارجية تدلُّ عليه . ففي قول الله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » (72) ، نجد أن لفظ " أحل " دل بصيغته على حل البيع ، فدلالته على معناه ظاهرة ، وكذلك لفظ " حرم " دل بصيغته دلالة ظاهرة على حرمة الربا .

(68) أ.د/ محمد صبري السعدي « تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية » بند 149 ، ص 402 ، الطبعة الأولى عام 1399هـ - 1979م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 213 ، الطبعة السادسة عام 1373هـ - 1954م ، أ.د/ محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ص 219 ، الطبعة الأولى 1976م دارالنهضة العربية .

(69) راجع في ذلك : أ.د/ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص 188 ، أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص 272 ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 160 ، ص 438 .

(70) الآية رقم 92 من سورة النساء .

(71) الآية رقم 4 من سورة المجادلة .

(72) الآية رقم 275 من سورة البقرة .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم في البحر " هو الطهور ماؤه والحل ميتته " (73) ، فلفظ الطهور يدل بصيغته دلالة ظاهرة على أن البحر طاهر ، ولفظ الحل دل بذاته دلالة ظاهرة على حل ميتة البحر .

## الفرع السادس

### العلم بدلالة اللفظ الخفي

الخفي : « هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة ولكن يعرض له الخفاء في انطباق معناه على بعض الأفراد لسبب خارج عن لفظه ، ولا يزول هذا الخفاء والغموض إلا بالتأمل والاجتهاد » (74) . وسبب الغموض أو الخفاء في اللفظ يرجع إلى أن أحد أفرادها قد تزيد فيه صفة أو تنقص عن بقية أفرادها أو يكون له اسم خاص ، على نحو يثير الالتباس حول دخوله أو عدم دخوله بين أفراد هذا اللفظ ، أو بمعنى آخر يثار الشك حول انطباق معنى اللفظ عليه أم لا .

فعلى سبيل المثال أثير تساؤل حول مدى انطباق لفظ السارق ( والذي يعني شرعاً كل من يأخذ مالا مملوكاً لغيره خفيةً من حرز مثله ) على النشال الذي يستغل مهارته وخفة يده فيأخذ مال غيره حال يقظته مستغلاً غفلته وعدم انتباهه ، وعلى النباش الذي ينبش المقابر بحثاً عن أكفان الموتى ، واستقر رأيهم بشأن النشال فعدوه سارقاً من باب أولى ، واعتبروه أولى بالقطع من السارق ، في حين اختلفوا حول النباش ، فمنهم من رأى عدم انطباق وصف السارق عليه ، ومرد ذلك إلى أن انفراده باسم خاص به راجع إلى نقصان معنى السرقة فيه ، ثم إن السارق يأخذ مالا ، بخلاف النباش فيأخذ كفنًا ، ومالية الكفن فيها قصور ، ثم إن الكفن مما تنفر منه النفس فهو غير مرغوب فيه ، كما أن السارق يأخذ مالا من حرزه ، بعكس النباش الذي يأخذ الكفن من القبر ، ولا يعد القبر حرزاً لكفن الميت ، وأخيراً فإن حد السرقة لا يقام إلا بالخصومة ، وهي تقتضي أن يكون للمسروق مالك ، وليست

(73) الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، جا ، رقم الحديث 45 ، ص 35 .

(74) راجع في ذلك : أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 166 ، ص 457 ، 458 ، أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 198 ، أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص 283 .

للميت ملكيةً ، ولذا يكتفي بتعزيز النباش بما يردعه عن جرمه ولا يقام عليه حد السرقة (75) .

في حين رأى آخرون أن النباش سارقٌ ويقامُ عليه حدُ السرقة ، ولفظُ السارق يشملُ النباش ، واختصاصُه باسمٍ معينٍ راجعٌ إلى سبب السرقة وهو النباش ، وليس راجعاً إلى نقص معنى السرقة في فعله ، وقد ردوا على أنصار الرأي الأول حججهم ، فقالوا ليس صحيحاً الادعاءُ بأن الكفنَ لا مالكَ له ، بحجة القول بتعذر تحقق الملك للميت ، لأن ملكية الميت لكفنه باقيةٌ رغم موته ، وأولياؤه مطالبون برعايتها والزودِ عنها مثل مطالبة الولي أو الوصي برعاية مال الصبي ، كما أن نفي وصف الحرز عن القبر بالنسبة للكفن قول غير سديد ، لأن حرز كل شيء يكون بحسب الوضع الممكن أو المتاح له ، وأخيراً لا يقبلُ الادعاءُ بأن الكفنَ غيرُ مرغوبٍ فيه ، لأنه هو في الحقيقة والواقع هو مالٌ مرغوبٌ فيه ، لأن النباش الذي يسرقُه لا يخبرُ أحداً أنه مسروقٌ (76) .

### الفرع السابع

#### العلم بدلالة اللفظ المُجَمَل

المُجَمَلُ: هو اللفظُ الذي لا يتضح المعنى المراد منه لذاته ( أي لسبب يرجع إليه ) ، سواء لتعدد المعنى فيه ، أو لوضعه لغير معناه اللغوي ، أو لغرابة اللفظ ، ولا يزول خفاؤه إلا ببيان من المُجَمَلِ نفسه (77) .

وبذلك يتنوعُ المُجَمَلُ إلى أنواع ثلاثة :

أولاً- المَجْمَلُ المنقول من معناه اللغوي إلى معنى خاص

وهذا النوع الأول : يتناولُ المُجَمَلُ الذي يرجعُ إجماله إلى نقله من معناه اللغوي الموضوع له إلى معنى آخر خاص به قصده الشارع له ، فالصلاةُ لغةٌ تعني الدعاء ، لكنها في الشرع لها معنى خاص أرادَه اللهُ فيها ، فهي عبادةٌ مخصوصةٌ في أوقاتٍ

(75) السرخسي في « أصول السرخسي » ، ج1 ، ص 167 .

(76) انظر في عرض ذلك : أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص 263 .

(77) أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 168 ، ص 472 ، 473 .

محددة وبكيفية محددة وشرائط معينة ، وقد جاء الأمرُ بأداء الصلاة في القرآن الكريم مجملًا دون تفصيل ، فقال عز من قائل « وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » (78) ، فلم توضح الآية عدد هذه الصلوات ، ولا كيفية أدائها ولا عدد ركعاتها ، ولا كيفية القراءة فيها ، فجاءت السنة المطهرةُ ففصلت وبينت هذا المجمل ، فقال صلى الله عليه وسلم " صلوا كما رأيتموني أصلي " (79) .

وكذلك قولُ الله تعالى " والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً " (80) ، فقد جاء الأمرُ بالحج في تلك الآية الكريمة مجملًا ، فجاءت السنة النبويةُ المطهرةُ لتفصل وتبين هذا المجمل ، فقال صلى الله عليه وسلم " خذوا عني مناسككم " (81) .

وكذلك قول الله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا " (82) ، فقد جاء لفظ الربا مجملًا ، والربا في اللغة يعني مطلق الزيادة ، وهذا ما لم يقصده الله عز وجل ، إنما قصد معنى آخر خاصاً وهو زيادة مخصوصة جاءت السنة النبوية وفصلتها في الحديث الشريف الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم " الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ ، يَدًا بِيَدٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ فَمَنْ زَادَ أَوْ زَادَادَ فَقَدْ أَرَى الآخِذُ وَالمُعْطِي فِيهِ سَوَاءٌ " (83) ، لكن رغم ذلك بقيت أصنافٌ جديدةٌ من المعاملات يُخشى أن تكون داخلةً في هذا اللفظ المجمل وهو الربا ، لذا يجتهد في تحليلها وبيانها أهل العلم والدراية من علماء الشريعة والاقتصاد الإسلامي للوقوف على الحلال والحرام فيها .

(78) الآية 43 من سورة البقرة .

(79) الحديث صحيح ، فقد صححه العلامة محمد ناصر الألباني في كتابه « إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل في شرح الدليل » لإبراهيم بن محمد بن ضويان ، المجلد الأول ، رقم الحديث 262 ، ص 73 ، الناشر المكتب الإسلامي .

(80) الآية رقم 97 من سورة آل عمران .

(81) رواه البيهقي عن سيدنا جابر بن عبد الله في كتابه « السنن الكبرى » ، المجلد الخامس ، ص 125 .

(82) الآية رقم 275 من سورة البقرة .

(83) رواه البخاري في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

### ثانياً- المجمل الراجع لغرابة اللفظ في المعنى المستعمل له:

وهذا النوع الثاني : يتعلق بالمجمل الذي يرجع إجماله إلى غرابة اللفظ في المعنى المستعمل فيه ، مثال ذلك لفظ « هلوعاً » الوارد في قول الله تعالى « إن الإنسان خلق هلوعاً ، إذا مسه الشر جزوعاً ، وإذا مسه الخير منوعاً ، إلا المصلين »<sup>(84)</sup> ، فالهلوع معناه شدة الجزع ، يقال هَلَعَ هَلْعاً ، جزع جزعاً شديداً فهو هَلَعٌ ، وهي هلعة ، وهي وهو هَالَعٌ وهَلُوعٌ<sup>(85)</sup> ، لكن الله عز وجل أعطاه معنى خاصاً مبيناً معنى هذا اللفظ المجمل في نفس الآيات المباركات بأنه ذلك الإنسان الذي إذا أصابه شرٌّ كان شديد الجزع ، وإذا ناله الخير كان شديد الحرص على منعه الناس والبخل به .

ولفظ « المشركين » في قول الله تعالى « فاستقيموا إليه واستغفروه وويل للمشركين »<sup>(86)</sup> ، فالمشركون لفظ له معنى معروف لنا جميعاً وهم أولئك الذين يعبدون مع الله إلهاً آخر ، وهذا هو الشرك الأكبر ، أو هم أولئك الذين لا يخلصون لله نياتهم فيما يقدمونه له من عمل فيعملون العملَ سمعَةً ورياءً ، وهذا هو الشرك الأصغر أو الرياءُ ، في حين أن الله عز وجل قصد بلفظ المشركين هنا معنى آخر خاصاً بينه وفصله في الآية الكريمة التي تليها غير هذا المعنى الظاهر لنا ، ففصل ذلك المعنى بأنهم أولئك الذين لا يؤدون الزكاة ولا يؤمنون باليوم الآخر وهو يوم القيامة، وفي ذلك يقول الله جل في علاه عنهم « الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون »<sup>(87)</sup> .

ثالثاً- المجمل بسبب تزامن المعاني الداخلة دون ترجيح لأحدها:

هذا النوع الثالث : يرجع الإجمال فيه إلى تزامن المعاني الداخلة في اللفظ من غير وجود ترجيح لأحدها على الباقيين ، وقد ضرب العلماء مثلاً له بلفظ « الموالي » ، لأنه يصدق على المعتقين ( بكسر التاء ) ، كما يصدق في نفس الوقت على المعتقين ( بفتح التاء ) ، ولذلك إذا أوصى شخصٌ لمواليه بوصيةٍ ما ، وكان

(84) الآيات من رقم 19: 22 من سورة المعارج

(85) انظر في ذلك : مجمع اللغة العربية في « المعجم الوجيز » ، ص 651 ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية ، طبعة عام 1430هـ - 2009م .

(86) الآية رقم 6 من سورة فصلت .

(87) الآية رقم 7 من سورة فصلت .

له موالٍ اعتقوه ، و موالٍ اعتقهم ، كان لابد لصحة الوصية منه أن يحدد هو من أوصى لهم بينهما ، فلا يزيل الخفاء في هذا المجمل إلا من أجمله ، فيتدخل هو ليحدد من يقصد من هذين الصنفين ، بحيث إذا مات ولم يحدد أحد الصنفين بطلت الوصية<sup>(88)</sup> .

وجديرٌ بالذكر أن المجمل أكثر خفاءً من المُشكَل والخفي ، لأنه لا يُعرَف من ذات اللفظ ولا بالتأمل والتدبر ولا بقريئة خارجية تدل عليه ، وإنما يحتاج لزوماً إلى تدخل ممن أصدره أو أجمله<sup>(89)</sup> . ولعل من أمثلة المجمل في القانون الألفاظ أو العبارات الآتية:

أولاً : عبارة « الرهبة القائمة على أساس » وهي الواردة في المادة 1/94 « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس »<sup>(90)</sup> ، وقد جاءت الفقرة الثانية وفصلت هذا المجمل مبينةً متى تكون الرهبة قائمةً على أساس بقولها " وتكون الرهبة قائمةً على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال " <sup>(91)</sup>.

ثانياً : عبارة « المحرر المشترك بين الخصمين » ، الواردة في المادة 21 من قانون الإثبات البحريني<sup>(92)</sup> ، والتي ذكرت في بداية فقرة "ب" بصورة مجملة إمكانية أن يطلب الخصم من المحكمة إلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده منتج في الدعوى إذا كان مشتركاً ، ثم عادت وفصلت هذا المجمل مبينة أن المحرر يكون مشتركاً ، إذا كان المحرر قد جرى تحريره لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً

(88) انظر في ذلك : أ.د/ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص 287 ، أ.د/ محمد أديب صالح - المرجع السابق - ص 199 ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 168 ، ص 477 .

(89) انظر في ذلك : أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 168 ، ص 473 ، الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص 125 ، طبعة عام 1957م ، أ.د/ زكريا البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 267 ، الطبعة الأولى بدون تاريخ نشر ، دار النهضة العربية .

(90) هذه المادة تعادل المادة 1/127 من القانون المدني المصري .

(91) هذه المادة تعادل المادة 2/127 من القانون المدني المصري .

(92) وهو الصادر بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1996م .

لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة ، وفي ذلك كله تقول " يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية محررات منتجة في الدعوى تكون تحت يده في الأحوال الآتية: أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها ب- إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه، وتعد المحررات مشتركة، على الأخص، إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة " (93) .

ثالثاً: لفظ « التأمينات » الوارد في المادة 752 مدني بحريني فقد جاء مجملاً في فقرتها الأولى قائلة « أ- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من التأمينات » (94) ، ثم جاءت الفقرة التي تليها مبينة المقصود بهذه الضمانات قائلة " ب- ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى ولو تقرر بعد الكفالة، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون " (95) .

رابعاً: لفظاً « الإصرار ، والترصد » ، الواردان في نص المادة 230 عقوبات مصري، جاء مجملين فيها ، وفي ذلك تقول « كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام » ، ثم جاءت المادة 231 لتفصل معنى الإصرار بقولها « الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جنابة يكون الغرض منها إيذاء شخص معين أو غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » . ثم جاءت المادة 232 عقوبات مصري وفصلت معنى الترصد قائلة « الترصد هو تربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتل ذلك الشخص أو إيذائه بالضرب ونحوه » .

والملاحظ على قانون العقوبات البحريني أنه ذكر هذين اللفظين مجملين من غير تفصيل لمدلولهما ، وفي ذلك تنص المادة 333 منه على أن « من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت » .  
" وتكون العقوبة الإعدام إذا وقع القتل مع الترصد ، أو مسبقاً بإصرار ، أو مقترناً

(93) هذه المادة تعادل المادة 20 من قانون الإثبات المصري .

(94) هذه المادة تعادل المادة 784 / 1 مدني مصري ، لكن النص المصري استعمل كلمة الضمانات بدلا من كلمة التأمينات .

(95) هذه المادة تعادل المادة 2/784 مدني مصري .

أو مرتبطاً بجريمة أخرى ، أو إذا وقع على أحد أصول الجاني أو على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته ، أو إذا استعملت فيه مادة سامة أو مفرقة " .

## الفرع الثامن

### العلم بدلالة اللفظ المُشكَّل

المُشكَّل: هو مأخوذٌ من قولك أشكل الأمر إذا دخل في أشكاله أو أمثاله بحيث لا يعرف إلا بدليلٍ يتميز به<sup>(96)</sup>.

وقد عرفه بعضُ الأصوليون بأنه " اسمٌ لما يشتهى المرادُ منه بدخوله في أشكاله على وجه لا يعرف المرادُ منه إلا بدليلٍ يتميز به من بين سائر الأشكال " (97) .

أولاً : الإشكال الراجع إلى وجود أكثر من معنى للفظ (اللفظ المشترك)

قد ينشأ الإشكال في النص بسبب وجود لفظ فيه له عدة معاني - وهو الذي يُسمى باللفظ المشترك - ، وليس في صيغته دلالة على معنى معين بما وضع له ، ولذا لزمَت الاستعانةُ بقريئة خارجية تحدد هذا المعنى وتُعيّنه ، مثال ذلك لفظ «القرء» في الآية القرآنية الكريمة «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن»<sup>(98)</sup> .

فالبعض يرى أن عدة المطلقة ثلاثة أطهار ، والبعض يرى أن عدتها ثلاث حيضات ، واللفظ نفسه من الناحية اللغوية يستوعب كلا المعنيين ، لذا وجبت الاستعانةُ بقريئة خارجية للترجيح بينهما ، وقد استند القائلون بأن المراد بالقرء ههنا هو الحيض عدة أدلة نذكر منها ما يلي<sup>(99)</sup> :

(96) الرافعي في « المصباح المنير في غريب الشرح الكبير » تأليف أحمد بن محمد الفيومي، ج 1 ، ص 438 ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الأميرية بولاق ، أ.د. / .

(97) السرخسي - المرجع السابق - ص 168 .

(98) الآية رقم 238 من سورة البقرة .

(99) انظر في عرض ذلك : أ.د. عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص 201 ، الإمام محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 123 ، أ.د. محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص 285 ، أ.د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 167 ، ص 466 ، 467 ، هامش رقم 28 .

قول الله تعالى " ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن " ، فقالوا إن ما يخلقه الله في الأرحام هو الحيض وليس الطهر ، وهذا يدل على أن المراد بالقرء هو الحيض .

قول الله تعالى " واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر " ، فقد جعلت الآية الكريمة العدة بالأشهر مكان الحيض ، وهذا يدل على أن المقصود بالقرء الحيض وليس الطهر .

قول النبي صلى الله عليه وسلم " طلاق الأمة اثنتان ، وعدتها حيضتان " ، فهذا الحديث يدل على أن المراد بالقرء الحيض ، فالرسول صلى الله عليه وسلم جعل عدة الأمة بالحيضات ، فيكون نفس الأمر بالنسبة للحررة .

ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال للمستحاضة " دعي الصلاة أيام إقراءك " ، فقد عبر هنا عن الحيض بالقرء ، ولا يمكن أن يفهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن تترك الصلاة أيام الحيض وليس أيام الطهر ، وهذا يدل على أن المراد بالقرء الحيض وليس الطهر .

وقالوا أيضا أن حكمة التشريع في العدة هي التثبيت من براءة الرحم من الحمل حفظاً للأنساب ودرءاً لمظان اختلاطها ، وخلو الرحم لا يعرف إلا بالحيض ، فلا يُعرف بالطهر الذي يلازم الحمل .

في حين استند القائلون بأن المراد بالقرء هو الطهر وليس الحيض بالأدلة الآتية (100) :

قول الله تعالى «إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» ، أي طلقوهن في عدتهن، فالإلام هنا بمعنى في ، والطلاق المشروع لا يكون إلا في طهر لم يجامعها فيه ، وهذا ما أمر به رسول الله سيدنا عمر رضي الله عنه لما أخبره بأن ابنه عبد الله طلق زوجته وهي حائض ، فقال له « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فتلك هي العدة التي أمر الله أن تطلق النساء فيها ، ومن ثم تكون

(100) انظر في عرض ذلك : أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص 266 ، الإمام محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 123 .

العدة محتسبة بالطهر لا بالحيض ، نظراً لأن الآية عبرت عن الطهر بالعدة .

قول الله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، فتأنيث العدد في تلك الآية الكريمة يدل لغةً أن المعدود مذكرٌ وليس مؤنثاً ، فيكون المقصود ههنا الطهر وليست الحيضة .

إن تفسير القرء بالطهر هو أقرب إلى الاشتقاق ، وذلك مرده إلى أن القرء معناه الجمع والضم ، والدم يتجمع في الرحم أثناء مدة الطهر ، في حين أن لفظ الدم وإلقاءه خارج الرحم يكون خلال فترة الحيض ، فناسب ذلك أن يُفسرَ القرء بالطهر لا بالحيض .

### ثانياً : الإشكال الراجع إلى التعارض بين النصوص

وقد ينشأ الإشكال بسبب ما قد يُفهم من تعارض بين النصوص ، بحيث يكون لكل نص دلالة ظاهرة على معناه ، أي دون أن يكون في هذا النص ذاته أي إشكال على دلالته لهذا المعنى ، لكن ينشأ هذا الإشكال حين مقابلة هذا النص بنص آخر ، فيبدوان بحسب الظاهر في دلالتهما على معانيهما متعارضين ، فيحتاج الأمر إلى التدبر والتأمل في التفسير والتأويل لإزالة هذا التعارض الظاهر ، من ذلك قول الله تبارك وتعالى لنبيه محمد صلى الله عليه وسلم « إنك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء وهو أعلم بالمهتدين »<sup>(101)</sup> ، وقوله تعالى " وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم " <sup>(102)</sup> ، فالتعارض الظاهر بين الآيتين يزول حينما نفرق بين هداية الدلالة والإرشاد والتي أداها على أكمل وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبين هداية الإعانة والتوفيق للسير في طريق الهدى والإيمان والتي لا يملكها أحدٌ إلا الله عز وجل .

### ولعل من أمثلة المشكل في القانون الأمثلة الآتية :

1 - لفظ " الجَدَكُ " ، وهو لفظ مأخوذٌ من الفارسية وهو يعني الرفوف المركبة ، حيث نصت المادة 367 مدني مصري قديم على أن " منع المستأجر من التأجير

(101) الآية رقم 56 من سورة القصص .

(102) الآية رقم 52 من سورة الشورى .

يقتضي منعه من الإسقاط لغيره (103) ، وكذلك منعه من الأسقاط يقتضي منعه من التأجير ، أما إذا كان موجوداً بالمكان المؤجر جدكُ جعله مُعداً للتجارة أو للصناعة ودعت ضرورة الأحوال إلى بيع الجدك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود المنع من التأجير إبقاء الإيجار لمشتري الجدك بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من إبقائه ضرراً حقيقياً ، وهنا أثير التساؤل هل بيع الجدك هنا يعني بيع الرفوف المركبة في المحل التجاري ، وهذا هو المعنى الظاهر للفظ بيع الجدك بحسب المعنى اللغوي الموضوع له والمأخوذ من معناه بالفارسية - كما أشرنا آنفاً - ، لكنه معنى لا يستقيم مع منطوق النص ، أم أنه يعني بيع المحل التجاري ، وهذا هو المعنى هو الذي يستقيم مع منطوق النص الذي يسمح باستمرار الإيجار لصالح المشتري لهذا الجدك أو المحل التجاري (104) .

2 - **لفظ الليل كظرف مشدد في عقوبة السرقة** ، هل يُقصدُ به الوقت الذي يخيم فيه الظلام من الليل فيقذف الرعب والخوف في نفوس الناس ويبسر على الجاني ارتكاب جريمته ثم الفرار بعد ذلك ، وذلك تقديراً للحكمة المنشودة من وراء التشديد في هذه الجريمة ، أم أنه يقصد به المعنى الفلكي ليل والذي يبدأ من غروب الشمس إلى حين شروقها .

لقد كان القضاء المصري في تفسيره لمعنى الليل مستقراً في بادئ الأمر على المعنى الأول ، ثم عدل عن ذلك معتمداً المعنى الثاني الذي استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية .

3 - **عبارة "من عقدت على ذمته مشارطة"** ، والتي جاءت في نص المادة 137 مدني مصري قديم بقولها "من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها" ، حيث تحتمل هذه العبارة أحد هذه المعاني الثلاثة : **المعنى الأول وهو التعهد عن الغير** ، وذلك بتعهد الشخص في العقد

(103) أي التنازل للغير .

(104) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد المنعم البدرابي « المدخل للعلوم القانونية » ، ص 229 ، 230 ، طبعة عام 1966م ، أ.د/ سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ص 256 ، الطبعة الرابعة عام 1961م ، بدون دار نشر .

بالحصول على رضا الغير على أن يكون طرفاً في عقد معين مع المتعهد له، **والمعنى الثاني وهو الفضالة**، والذي يقوم فيه المرء بعمل قانوني لحساب غيره مراعاة لظروف الاستعجال دون أن يكون مفوضاً في ذلك أو ممنوعاً من ذلك، **والمعنى الثالث وهو الاشتراط لمصلحة الغير ومثاله**، أن تشتراط جامعة مشاركة مع شركة من شركات النقل لنقل طلابها من مساكنهم إلى الجامعة، فيكون لهم الخيار بين قبولها أو رفضها، وقد جرى استبعاد المعنى الأول بالرجوع إلى النص الفرنسي الذي يمثل المصدر التاريخي لهذا النص، كما جرى استبعاد المعنى الثاني لتعارضه مع أحكام الفضالة التي تفرض على رب العمل ما أبرمه الفضولي من عقود أو مشارطات في سبيل إنجاز العمل العاجل الذي أجراه لحسابه، وجرى الأخذ بالمعنى الثالث، وبه أخذ واضع القانون المدني المصري الجديد في المادة 154 منه، ويأخذ به واضع القانون المدني البحريني، وتطبيقاً لذلك تنص المادة 136 منه على أنه:

أ- يجوز للشخص في تعاقدته عن نفسه، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها للغير، إذا كان للمشترط في تنفيذ هذه الالتزامات، مصلحة مادية أو أدبية .

ب) ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً، كما يجوز أن يكون شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط، إذا كان من الممكن تعيينه، وقت الوفاء بالالتزام المشترط، " كما تنص المادة 137 منه على أن " يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد، في ذمة المتعهد حق شخصي له، يكون له أن يستأديه منه مباشرة، وذلك ما لم يتفق على خلافه، ومع مراعاة ما تقضي به المادة التالية " .

ج- ويجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشترط للمستفيد، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد وحده " .

## الفرع التاسع

### العلم بدلالة منطوق النص القانوني

وهي تعني دلالة ألفاظ النص القانوني على حكم شيء مذكور فيه سواء بطريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء<sup>(105)</sup> .

وهنا يعتمد المفسر في هذا التفسير على التركيبات اللفظية للنص (سواء أكانت دلالة عبارة للفظ أو دلالة إشارة له أو دلالة اقتضاء )، وما تحمله هذه التراكيب من معانٍ واضحة بحسب مدلولاتها اللغوية ، وذلك على التفصيل الآتي :

**أولاً: دلالة العبارة:** وهي ما تدل عليه عبارة النص لأول وهلة من معنى صريح بمجرد سماعه أو قراءته ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة 9 من القانون المدني البحريني " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بوفاته ..... " <sup>(106)</sup>، فهنا يظهر للقاضي بصورة واضحة وقاطعة من عبارة النص أن بداية الشخصية القانونية للإنسان هي بتمام ولادته حياً وأن نهايتها هي بحصول الموت له ، ومن ثم لا يجوز له أن ينصرف عن هذه الدلالة الواضحة لعبارة النص مجتهداً ليجعل بداية هذه الشخصية هي ببدء الحمل مثلاً أو ببدء مخاض الولادة للمرأة الحامل ، ويجعل نهايتها بدخول الإنسان في مرض الموت .

**ثانياً: دلالة الإشارة:** فهي دلالة اللفظ على المعنى الذي لا يتبادر فهمه منه، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من اللفظ ، فدلالة الإشارة تعبر عن المعنى اللازم للمعنى المفهوم من عبارة النص ، ومن ثم فإن هذا المعنى لا يتبادر للذهن لأول وهلة من عبارة اللفظ وإنما يحتاج إلى أعمال العقل لفهم لزوم إشارة العبارة إليه ، أي أن العبارة وإن لم تدل على هذا المعنى صراحةً إلا أنها تشير إليه لزوماً ضمناً<sup>(107)</sup> .

ولعل من الأمثلة في القرآن الكريم قول الله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

(105) انظر في ذلك المعنى : د / سعيد أحمد بيومي « لغة القانون في ضوء علم لغة النص » ص 450 ، الطبعة الأولى عام 2010 م ، دار الكتب القانونية .

(106) هذه المادة تعادل المادة 29 مدني مصري .

(107) انظر في نفس المعنى : د / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص 453 .

بالمعروف " (108) ، فالآية الكريمة تدل بطريق العبارة على أن والد الطفل هو المكلف بنفقة الوالدة المرضعة من رزق وكسوة ، فهذا هو المعنى المتبادر إلى الذهن لأول وهلة من عبارة الآية دون أدنى تأمل أو تدبر ، كما تدل بطريق الإشارة إلى معنى آخر لا يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، ولكن يحتاج في معرفته والوصول إليه إلى تدبر وتأمل ، لكنه معنى لازم للمعنى المتبادر ، ألا وهو أن الوالد هو من ينسب إليه المولود وليس الوالدة ، لاسيما وأن الآية القرآنية أضافت الولد إلى والده ولم تضيفه إلى والدته ، وذلك في قوله تعالى " وعلى المولود له " فحرف اللام هو للاختصاص ، ومن بين أنواع الاختصاص الاختصاص بالنسب (109) .

ومثال ذلك أيضاً قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يَأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً " (110) ، فالآية الكريمة تدل بطريق العبارة على طلب كتابة الدين المؤجل إلى أجل مسمى ، وأن يتولى هذه الكتابة شخص موصوف بالعدل ، ثم تدل بطريق الإشارة على أن هذه الكتابة تكون لها حجيتها في الإثبات (111) .

ومن الأمثلة في القانون ما تنص عليه المادة 273 عقوبات مصري من أنه " لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها " ، فهذا النص يدل بطريق العبارة على أن محاكمة الزانية لا تكون إلا بتحريك دعوى من زوجها ، وتدلل لزوماً بطريق الإشارة على أن واضع القانون يعد زنا الزوجة جريمة في حق الزوج وليس

(108) الآية رقم 233 من سورة البقرة .

(109) انظر في ذلك : أ.د/ عبد الوهاب خلاف « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 167 ، الطبعة السادسة عام 1373هـ - 1954م ، بدون دار نشر ، أ.د/ محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 293 ، الطبعة الأولى عام 1976م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د/ محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ص 353 ، رسالة دكتوراة عام 1964م كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبعة جامعة دمشق ، أ.د/ محمد صبري السعيد - المرجع السابق - بند 177 ، ص 509 .

(110) الآية رقم 282 من سورة البقرة .

(111) انظر في ذلك : الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص 135 ، طبعة عام 1957م ، بدون دار نشر ، أ.د/ زكريا البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 279 ، 280 ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ نشر ، دار النهضة بالقاهرة .

في حق المجتمع ، وإلا لم يجز له قصر تحريك الدعوى إلا من قبل الزوج وحده ، ومن ثم لم يجز تحريكها من قبل النيابة العامة بوصفها ممثل الإداء العام في المجتمع .

ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 509 من القانون المدني البحريني أنه " إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة وعلى كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدارها ، وجب اعتبار أجرة المثل وقت إبرام العقد » (112) .

فعبارة النص تدل صراحة على الاعتداد بأجرة المثل عند عدم الاتفاق على الأجرة في العقد ولا على كيفية تقديرها أو إذا اتفق عليها لكن تعذر إثباتها ، وفي نفس الوقت تشير عبارة النص إلى معنى لازم مستفاد من عبارة النص وهو صحة عقد الإيجار وعدم بطلانه رغم خلوه من اتفاق بين طرفيه على مقدار الأجرة أو كيفية تقديرها .

وكذلك ما تنص عليه المادة 945 مدني بحريني بقولها " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن " (113) ، فهذا النص تدل عباراته صراحة على أنه إذا رهن غير المالك رهنا فلا ينفذ رهنه في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره إقراراً رسمياً ، وفي نفس الوقت تشير عباراته إلى معنى لازم لها وهو أن رهن ملك الغير لا يكون باطلا ولكنه ينعقد صحيحاً نافذاً بين طرفيه وإن لم ينفذ في حق المالك إلا بإقراره الرسمي ، لأن الإقرار لا يتصور وروده إلا على عقد صحيح فلا يرد على عقد باطل أو معدوم .

**ثالثاً : دلالة الاقتضاء :** هي دلالة الكلام على المعنى الذي يتوقف على تقديره صدق هذا الكلام أو صحته شرعاً أو عقلاً (114) ، فهذه الدلالة تتعلق بمعنى لم

(112) هذه المادة تعادل المادة 562 مدني مصري .

(113) هذه المادة تعادل المادة 1/1033 مدني مصري .

(114) انظر في ذلك : أ.د/ عبدالوهاب خلاف - المرجع السابق- ص 173 ، أ.د/ زكريا البري - المرجع السابق - ص 146 ، أ.د/ محمد أديب صالح - المرجع السابق- ص 405 ، أ.د/ محمد صبري السعدي - المرجع السابق- ص 520 .

تذكره عبارة النص ولم تشر إليه ولكنها تقتضيه حتى تصدق هذه العبارة أو يستقيم معناها شرعاً أو عقلاً ، أو هي كما يقول بعضهم - وبحق - دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدقه وصحته واستقامته على ذلك المسكوت عنه ، أي على تقديره في الكلام " (115) ، مثال ذلك قول الله تعالى " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً " (116) ، فمعنى النص الظاهر من عبارة الآية الكريمة هنا لا يستقيم فهمنا لمراده إلا بتقدير معنى آخر يقتضيه النص ويحتمه لزوماً وهو هنا نكاح أي من هؤلاء المحرمات من النساء، إذ يستحيل أن يقع التحريم في هذه الآية الكريمة على ذوات المذكورات فيها وأشخاصهن ، وإنما الطبيعي الذي لا يستقيم المعنى إلا به هو أن التحريم هنا يقع على الزواج من أي واحدة منهن .

ومنه قوله تعالى " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله " (117) ، فالتحريم لا يقع هنا على الذوات ، وإنما يتعلق بأكل هذه الأشياء ، فالمعنى لا يستقيم بغير تقدير هذا المعنى الذي يحتاج إلى تأمل وتدبر للوصول إليه، وقول الله تعالى " وسئل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها وإنا لصادقون " (118) ، فلا يتصور عقلاً أن يكون المعنى المقصود هو المعنى الظاهر من هذه الآية فيجري سؤال القرية أو العير ، وإنما الأمر يقتضي تقدير معنى آخر غير ظاهر لكن لا يصح المعنى إلا به وهو أن يجري سؤال أهل هذه القرية أو أهل هذه العير .

وقول الله تعالى " فليدع ناديه " ، لا يتصور فيه أن يكون المعنى المطلوب هو أن يدعو النادي وهو المحل أو المكان الذي يعيش فيه ، ولكن هناك معنى لازم لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، وهو أن يدعو أهل ناديه ليتقوى بهم ويستتصر بتجمعهم معه .

(115) د / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص 455 .

(116) الآية رقم 23 من سورة النساء .

(117) الآية رقم 173 من سورة البقرة .

(118) الآية رقم 82 من سورة يوسف .

وقول تعالى " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا " (119) ، فالأمر بتحرير الرقبة في كفارة الظهار ( وفي غيرها من الكفارات ) لا يمكن أن يحمل على المعنى الظاهر أن يحرر أي رقبة ، ولكن لابد من تقدير معنى غير ظاهر لا يستقيم معنى التحرير أصلاً إلا به وهو أن تكون هذه الرقبة رقبة مملوكة ، أي لعبد وليست لحر ، وهذا أمر وإن كان غير ظاهر في العبارة إلا أنها تقتضيه لزوماً حتى يستقيم المعنى .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم " إن الله - عز وجل - وضع عن أمتي : الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (120) ، فالمعنى الظاهر من الحديث غير متصور شرعاً ولا عقلاً ، فالله لم يرفع عنا الخطأ والنسيان ، لأنهما وصفان لازمان ومتلازمان لبني آدم ماداموا في الدنيا إلا من عصمهم الله من الأنبياء والرسل ، وصدق الرسول الكريم إذ يقول " كل ابن خطأ وخير الخطأين التوابون " (121) ، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم " لو لم تذنبوا لذهب الله بكم ولجاء بقوم يذنبون فيستغفرون الله فيغفر لهم " (122) ، ولذا فإن المعنى المقصود يحتاج إلى تقدير معنى آخر غير ظاهر في العبارة لكن لا يستقيم معنى العبارة إلا بتقديره ، وهو أن الرفع أو الوضع يرد على إثم الخطأ أو النسيان أو ما يستكره الإنسان على إتيانه من القول أو الفعل .

ومثاله في القانون ما تنص عليه المادة 398 مدني بحريني بقولها " لا تسمع الدعوى بفسخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع ، إذا انقضت سنة واحدة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً " (123) ، فالمعنى الظاهر من العبارة في هذا النص لا يستقيم إلا إذا فهمنا معنى لازماً

(119) الآية رقم 3 من سورة المجادلة .

(120) الحديث صحيح ، وقد رواه الألباني في كتابه « صحيح الجامع » ، رقم الحديث 1836 .

(121) أخرجه ابن أبي شيبة 187/13 ، وأحمد 198/3 ، والترمذي (2499) ، وابن ماجه (4251) ،

والحاكم 272/4 وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، والبيهقي في شعب الإيمان 420/5 ،

والدارمي 392/2 ، وأبو يعلى 301/5 .

(122) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، رقم الحديث 4943 ، ص 2751 .

(123) وهو عين ما نصت عليه المادة 434 مدني مصري بقولها « إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق

وهو أن العجز أو الزيادة لا يرد على المبيع ذاته إنما يرد على قدره ، فلا يستقيم معنى النص إلا بتقديره .

ومثاله في القانون أيضا ما جاء في نص المادة 151 مدني مصري قديم من أن " كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر " ، فلا يتصور أن يكون المقصود هو المعنى الظاهر والذي يفيد أن كل فعل يصدر عن الإنسان فينشأ عنه ضرر لغيره يتوجب عليه تعويضه ، وإنما لابد من تقدير معنى آخر لا تستقيم عبارة النص إلا بتقديره ، وهو ضرورة أن يتحقق في فعل الإنسان معنى الخطأ ، فيكون المعنى المقصود كل فعل خطأ وليس مطلق الفعل وإن خلا من معنى الخطأ الذي يحمل معنى التعدي أو الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد .

### الفرع العاشر

#### دلالة مفهوم النص القانوني

وقد يحدث ألا يسعفنا التفسير اللفظي وحده في معرفة معنى النص ، وذلك حينما تقصر ألفاظ النص وعباراته عن بيان مراد هذا النص ومعناه ، الأمر الذي يحتم علينا أن نفوس في أعماق النص لنقف على روحه وفحواه ، وذلك من خلال اللجوء إلى التفسير المنطقي ، ذلك التفسير الذي لا يكتفي بمجرد مطالعة ظاهر الألفاظ والعبارات ، إنما ينظر نظرة عميقة إلى داخل النص ليستلهم معناه من روحه ومفهومه ، لا من لفظه وعبارته ، وهذا يستوجب ضرورة أن يكون تفسير النص تفسيراً واسعاً ، شريطة أن يكون هذا النص يقرر قاعدة عامة ، ذلك أن النص الذي يتضمن استثناءً لا يجوز التوسع في تفسيره ، إنما يجب الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظه وعباراته فحسب<sup>(124)</sup> .

= البائع في طلب انقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا».

(124) انظر في ذلك المعنى : أ.د. / محمد حسين عبد العال « مبادئ القانون » ، الجزء الأول، النظرية العامة للقانون، ص 265، طبعة عام 1995م ، دار النهضة العربية، د / حمدي محمد عطيفي « دروس في المدخل لدراسة القانون»، ص 247 ، طبعة عام 2003 م .

وإذا كانت دلالة منطوق النص تعني دلالة ألفاظه على حكم شيء مذكور فيه عن طريق العبارة أو الإشارة أو الاقتضاء ، فإن دلالة المفهوم تعني دلالة ألفاظه على حكم شيء غير مذكور فيه ، فمن خلال هذه الدلالة نستخرج أو نستنبط أحكاماً لم يرد ذكرها في النص وهي نوعان :

### أولاً : دلالة مفهوم الموافقة أو الاستنتاج بطريق القياس

ويقصد بها إثبات حكم شيء منصوص عليه على شيء غير منصوص عليه لاشتراكهما في علة الحكم ، أو بمعنى آخر هي إلحاق واقعة غير منصوص عليها على واقعة أخرى منصوص عليها لاتحادهما في علة الحكم<sup>(125)</sup> . ويستوي بعد ذلك أن تكون هاتان الواقعتان ( أي الواقعة المنصوص عليها ، والواقعة غير المنصوص عليها ، والتي يجري إلحاقها بها ) مشتركتين في العلة بصورة متساوية ، وعندئذ يكون القياس عادياً ، أم كانت العلة أظهر وأبرز في الواقعة غير المنصوص عليها من تلك الواقعة المنصوص عليها ، فيكون القياس قياساً جلياً أو قياساً من باب أولى .

وقد سميت دلالة مفهوم الموافقة بهذا الاسم لأن مدلول اللفظ في محل السكوت موافقٌ لمدلوله في محل النطق ، ولذا يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق به<sup>(126)</sup> ، والقياس كما ذكرنا آنفاً نوعان : قياس عادي وقياس جلي أو من باب أولى ، وذلك على النحو الآتي :

1 - **القياس العادي** : يجري فيه إعطاء الواقعة غير المنصوص عليها حكم الواقعة المنصوص عليها لاشتراكهما معاً بنفس الدرجة أو بصورة متساوية في علة الحكم ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة 964 مدني بحريني من أنه « يقع باطلاً

(125) انظر في نفس المعنى : الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص 209 ، طبعة عام 1957 م ، أ. د. / زكريا مبروك البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص 96 ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ. د. / عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، ص 142 ، الطبعة الأولى عام 1965 م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ. د. / حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 268 ، أ. د. / سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 496 .

(126) انظر في ذلك المعنى : د / عبد الكريم زيدان « الوجيز في أصول الفقه » ص 361 ، الطبعة السادسة عام 1998م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان د. / سعيد أحمد بيومي - المرجع السابق - ص 457 .

كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ، ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاءً لدينه»<sup>(127)</sup>.

فقد قرر هذا النص قاعدةً عامةً أفاد فيها صراحةً بطلان الاتفاق ابتداءً بين الدائن والمدين على شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء ، أو على شرط بيع الدائن المرتهن للعقار المرهون بغير الإجراءات التي فرضها القانون في هذا الشأن ( وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد ) ، وذلك حمايةً للمدين الراهن من سوء استغلال الدائن المرتهن له تحت تأثير حاجته إلى مبلغ الدين ، ثم أجاز النص صراحةً على سبيل الاستثناء أن يجري الاتفاق انتهاءً بين الدائن والمدين عند حلول أجل الدين أو قسط منه على أن يملك الدائن المرتهن العقار المرهون مقابل الدين ، وذلك لزوال أو انتفاء مظنة استغلال الدائن لمدينه بعد أن حل أجل الدين أو قسط منه ، دون أن يتناول هذا الاستثناء حكم الاتفاق على شرط الطريق الممهد بعد حلول أجل الدين أو قسط منه ، على الرغم من اشتراكه في نفس العلة بصورة متساوية مع شرط تملك العقار عند عدم الوفاء ، فعندئذٍ نلحق شرط الطريق الممهد بعد الوفاء غير المنصوص عليه ، على شرط تملك العقار مقابل الدين بعد الوفاء ، فيكون حكمهما واحد وهو الجواز وعدم الحظر لاشتراكهما في العلة المتمثلة في زوال مظنة استغلال الدائن لمدينه عند طلب الدين .

2 - **القياس الجلي** : أما في القياس الجلي ( أو القياس من باب أولى ) فإننا نجد أن العلة المشتركة فيه بين الواقعتين ( المنصوص عليها وغير المنصوص عليها ) أظهر في الواقعة غير المنصوص عليها من الواقعة المنصوص عليها ، لذا يكون إلحاقها في الحكم على الواقعة المنصوص عليها هو من باب أولى ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة 91 مدني بحريني على أنه «أ- يلزم لإبطال العقد

(127) هذه المادة تعادل المادة 1052 مدني مصري .

على أساس التدليس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو من أحد أتباعه أو ممن وسطه في إبرام العقد أو ممن أبرم العقد لمصلحته». «ب- فإن صدرت الحيل من الغير ، فليس لمن انخدع أن يتمسك بالإبطال إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد يعلم بها أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها» (128) .

فقد دلّ هذا النص صراحةً في فقرته « ب » على أن التدليس الصادر من الغير لا يجيز للعاقدين المدلس عليه طلب إبطال العقد بسببه إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم عند إبرام العقد بهذا التدليس أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم به ، ولم يتناول النص في حكمه صورة ثالثة هي في حقيقتها أظهر وأولى بالحكم من الصورتين السابقتين ، ألا وهي صورة اشتراك العاقد مع الغير في التدليس على العاقد الآخر ، رغم أنها أقوى في الدلالة على اتصال علم العاقد بالتدليس الحاصل للعاقدين الآخر من الغير ، فعندئذ يجري إلحاقها في الحكم بالصورتين المذكورتين من باب أولى ، فيجوز - من ثم - للعاقدين طلب إبطال العقد للتدليس الصادر عن الغير عند ثبوت اشتراك العاقد الآخر مع ذلك الغير في العمل التدليسي الحاصل له ، هذا إلى جانب ثبوت حقه في هذا الطلب عند ثبوت علم هذا العاقد بتدليس الغير أو افتراض حتمية علمه به .

ومثال ذلك أيضاً ما نصّت عليه المادة 334 من قانون العقوبات البحريني من أنه « يعاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبساً بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة » (129) . فهذا النص عالج حالة معينة ألا وهي قتل الزوج لزوجته الآخر وشريكه عند مفاجأته إياهما متلبسين بالزنا أو اعتداؤهما عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو إلى عاهة ، معتبراً أن مفاجأة

(128) هذه المادة في فقرتها الأولى تعادل الفقرة الأولى من المادة 125 مدني مصري ، وفي فقرتها الثانية تعادل المادة 126 مدني مصري .

(129) هذه المادة تعادل المادة 237 من قانون العقوبات المصري . غير أننا لاحظنا في النص البحريني بغير النص المصري الذي يقصر العذر المخفف على الزوج فقط دون الزوجة، بل أثبت هذا العذر لأي من الزوجين عند تلبس الزوج الآخر بالزنا، إذ تنص المادة 237 من قانون العقوبات المصري «من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 ، 236»

الزوج لزوجته متلبساً بالزنا يعد عذراً مخففاً له في العقاب ، فلا يتعرض للعقوبة المقررة للقتل عند قتله لهما ، ولا للعقوبة المقررة للضرب المفضي إلى موت أو إلى عاهة ، إذا كان قد اعتدى عليهما اعتداءً أدى إلى الموت أو إلى العاهة ، ولم يتضمن حالة اعتدائه عليهما بما هو أقل من ذلك ، كما لو اعتدى عليهما بما دون القتل أو بما دون الضرب المفضي إلى موت أو إلى عاهة ، كما لو كان مجرد ضرب عادي أو كان جرحاً ، فعندئذ نلحق الحالة غير المنصوص عليها ( وهي المتمثلة في اعتداء الزوج على زوجته الآخر وشريكه في الزنا بما دون القتل وبما دون الاعتداء المفضي إلى موت أو عاهة ) ، على الحالة المنصوص عليها في المادة سألغة الذكر ، فيجري على إثر ذلك القياس إثبات مبرر تخفيف العقاب على الزوج عند ارتكابه ما دون القتل أو الضرب المفضي إلى موت أو عاهة في مواجهة زوجته الآخر وشريكه في الزنا من باب أولى<sup>(130)</sup> .

ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 104 مدني بحريني أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.... »<sup>(131)</sup> ، فهذا النص يدل بمنطوقه على جواز أن يكون المحل شيئاً مستقبلاً ويدل بمفهومه من باب أولى على جواز أن يكون المحل شيئاً موجوداً حالاً .

وكما تنص المادة 217 مدني بحريني على أنه « إذا اشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحد الخطأين الآخر ، حكمت المحكمة بإنقاص التعويض بما يقابل خطأ الدائن »<sup>(132)</sup> ، فهذا النص يجيز بمنطوقه للقاضي أن ينقص قدر التعويض عند اشتراك الدائن بخطئه في إحداث ، كما يجيز بمفهومه من باب أولى للقاضي أن ينقص قدر هذا التعويض عند اشتراك سبب أجنبي عن الدائن والمدين مع خطأ المدين في إحداث هذا الضرر .

(130) انظر في نفس المعنى: أ.د. / محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون»، ص 406، طبعة عام 2009 م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، أ.د. / سعيد سعد عبد السلام « المدخل في نظرية القانون»، ص 303 ، الطبعة الأولى عام 2002 - 2003 م، مطابع الولاء الحديثة .

(131) هذه المادة تعادل المادة 1/131 مدني مصري .

(132) هذه المادة تعادل المادة 216 مدني مصري .

### المطلب الثالث

#### حسن اختيار الجملة القانونية

لا جرم أن حسن بناء أي جملة بصفة عامة والجملة القانونية بصفة خاصة يقتضي مراعاة الملاحظات الآتية<sup>(133)</sup> :

- 1 - اعتماد الجمل القصيرة وتجنب الجمل الطويلة ذات التراكيب المعقدة .
- 2 - التقارب بين الأجزاء المختلفة للجملة ، كالتقارب بين الفعل والفاعل وبين الفعل الرئيسي في الجملة وأجزاء الفعل المساعد ، وتجنب التباعد بين هذه الأجزاء .
- 3 - استعمال العبارات البسيطة السهلة مع تجنب الإفراط في استخدام العبارات المقيدة للمعنى لتقيد أجزاء معينة في الجملة أو تقيد الجملة بالكامل .
- 4 - تجنب العبارات المتضمنة لتفاصيل كثيرة يصعب فهمها أو فهم الترابط بين أجزائها .
- 5 - استخدام أسلوب التبييد أي تقسيم التفاصيل إلى بنود لتجنب العبارات المطولة، فحينما يكون محتوى النص يشير إلى عدد من الحالات أو ينظم أكثر من شأن، أو يتضمن شروطاً لبعض الحالات التي هي جزء من مضمونه يفضل تحديد عناصر النص وتقسيمها عند الصياغة إلى أجزاء على شكل فقرات .
- 6 - تخصيص جملة لكل فكرة ، ولا تخصص أكثر من جملة لفكرة واحدة .
- 7 - البدء دائماً بالفعل وليس بالفاعل .
- 8 - استخدام صيغة المبني للمعلوم وتجنب صيغة المبني للمجهول .
- 9 - استخدام صيغة الإثبات بدلاً من صيغة النفي .
- 10 - الحرص على استعمال المألوف من المفردات حتى ولو كانت عتيقة ، مادامت واضحة المعنى ومشتهرة ، ولذا أخذ بعضُ الفقهاء في مصر<sup>(134)</sup> -

(133) انظر في نفس المعنى : الأستاذ / نعاء سلمان البقمي - المرجع السابق - ص 9 .  
(134) انظر في ذلك المعنى : أستاذنا الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار « الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985م » ص 75 ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر ، أ.د. / أحمد بخيت « أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين » ص 207 ، طبعة عام 2005م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

وبحق - على واضع قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985م عدم وصفه الزوجة الخارجة عن طاعة زوجها بالناشز أو بالنشوز رغم أنه وصف شائع ومشتهر ، وهو فوق كل ذلك وصف قرآني جاء ذكره في القرآن الكريم إذ يقول الحق تبارك وتعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً »<sup>(135)</sup> .

تجنب الغموض والمبهمات ، فمن العيب في الصياغة مثلاً أن يحدد لشخص ما حق معين مع إغفال تحديد شخص الملتزم به .

تجنب الأخطاء المادية ، وذلك من خلال عرض الصياغة على مدققين لغويين لمراجعة النصوص القانونية قبل خروجها إلى حيز الوجود القانوني .

ضبط التعريفات وإحكامها لجعلها جامعة مانعة ، بحيث تجمع شتات أو أجزاء المَعْرِف ، وتمنع في نفس الوقت من التباسه بغيره . فالتعريف هو تخصيص وحصر للمعنى الذي رُمى إليه واضع القانون لفهم دلالة العبارة ، لذلك ينبغي استخدام التعريفات فقط عندما يكون معنى المصطلح مهماً لفهم وتطبيق التشريع المقترح أو إذا تم استخدام المصطلح بشكل متكرر في التشريع . كما يفترض أيضاً عند وضع التعريفات مراعاة المعاني التي خصصت لها العبارة المَعْرِف في القوانين القائمة .

## المطلب الرابع

### مراعاة الصلة بين التشريع المصاغ والقوانين النافذة في الدولة

ذلك أن صياغة أي تشريع جديد في الدولة يجب ألا يخرج عن السياق القانوني العام داخل هذه الدولة ، وهذا يقتضي العلم والإحاطة الكاملتين لدى الصائغين بمضامين القوانين المحلية والمعاهدات الدولية المصدق عليها من قبل الدولة ، تجنباً لأية مخالفة أو تعارض محتمل بين التشريع المراد صياغته ونصوص الدستور مثلاً أو نصوص القوانين العادية النافذة في الدولة أو مع نصوص المعاهدات الدولية المصدق عليها من قبل الدولة .

(135) الآية رقم 34 من سورة النساء .

## المطلب الخامس

### توفير كافة الوسائل المساعدة على حسن وجودة الصياغة

وهذا يقتضي تهيئة العناصر الآتية:

#### أولاً- ضمان سهولة الحصول على المعلومات التي يحتاجها الصانعون:

فالثقافة القانونية جزءٌ لا يتجزأ من عملية تحسين الصياغة التشريعية ، وتوفيرُ مصادر هذ الثقافة يقتضي وجود مكتبة ثرية تضم جميع المراجع القانونية ، بل وبعض المراجع الخاصة ببعض العلوم الاجتماعية ذات الصلة بعلم القانون ، نظراً لأن القانون قد أضحى- لصلته الوثيقة بالمجتمع كما يرى بعضهم -وبحق- أحد العلوم الاجتماعية بل هو خلاصتها التي ينبغي أن تأخذ من هذه العلوم المختلفة أصلح قواعدها للتطبيق. فالقانون يتصل بعلوم السياسة من حيث تنظيمه للدولة وسلطاتها وهيئاتها ولذا ينبغي أن يأخذ بأمثل النظم السياسية وأفضل طرق الحكم المناسبة، كما يتصل القانون أيضا بعلوم الاقتصاد عند تنظيمه لتداول الأموال، لذا ينبغي أن يأخذ القانون من هذه العلوم أحسن الوسائل لتبادل الأموال وتوزيع الثروات. ويتصل القانون بعلوم النفس والأخلاق والاجتماع عندما يهتم ببواعث السلوك الاجتماعي ومظاهره وانحرافاته... وهكذا. بل تتجاوز دائرة التنظيم القانوني العلوم الاجتماعية إلى علوم أخرى مرتبطة بالحياة الاجتماعية كبعض القواعد في العلوم الزراعية أو الهندسية أو الطبية.... إلخ<sup>(136)</sup> .

**ثانياً :** كما يلزم الاستفادة من التطور التكنولوجي في توفير المعلومات، وإتاحة الفرصة للجمهور للإطلاع على مشاريع القوانين في مرحلة الدراسة والإعداد وتلقي ملاحظات ومقترحات الجمهور على تلك التشريعات عند صياغتها ، لاسيما من يعينهم هذا المشروع الذي تجري صياغته من هذا الجمهور ، بوصفهم الأقر على الإحاطة التامة بمشاكلهم وما قد يلزم لها من حلول قانونية<sup>(137)</sup> .

(136) أستاذنا الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار «مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية» ص 76، 77، طبعة عام 1979، مطبعة السعادة بالقاهرة.

(137) راجع في ذلك هذا الموقع :

[www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp)

**ثالثاً-** كما يتعين توفير الموارد المالية المناسبة للقائمين على الصياغة التشريعية بالقدر الذي يمكنهم من توفير الكفاءات البشرية واللوجستية الملائمة لضمان قدرتهم على بناء وصياغة التشريعات بالجودة المنشودة .

**رابعاً :** كما يلزم عند الاستعانة بقوانين دول أخرى ألا نغفل عن مراعاة ظروف وأحوال الدولة المراد وضع تشريعات لأفرادها ، لأن ما يصلح لدولة ما لا يصلح لدولة أخرى ، ويعد الفقيه الفرنسي " مونتيسكيو Montesqueieu من أوائل الفقهاء الذين لفتوا أنظار العالم الحديث في كتابه الشهير " روح القوانين L' esprit des lois " إلى أهمية تأثير البيئة بكل أشكالها وصورها في القوانين ، ودعا إلى ضرورة تناسب هذه القوانين مع طبيعة البلدان ومركزها واتساعها ونوع الحياة فيها ودين الأفراد وعاداتهم وميولهم<sup>(138)</sup> .

**خامساً :** ضرورة مراعاة معطيات وملابسات الواقع الذي اقتضى التشريع ، ذلك أن القانون كما يؤكد مونتيسكيو حدثٌ اجتماعي ينشأ بين أحشاء الجماعة وينمو في ظلال ظروفها ومعطيات واقعها ، بل ويتطور بتطور هذه الظروف ، وأنه ليس هناك قانون طبيعي ثابت لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان ، فهو كائن حي يتفاعل مع البيئة الاجتماعية التي ينشأ فيها ويتطور معها ، ولذا تختلف قوانين الشعوب عن بعضها البعض ، بل نجد أن قانون الشعب الواحد يختلف من عصر إلى آخر<sup>(139)</sup> .

كما أشار الفقيه الفرنسي " جيني " إلى القيمة المثلى لمعطيات وحقائق الواقع المعاش في المجتمع بكل أشكاله وصوره بوصفها المواد الأولية التي يصنع منها المشرع نصوص التشريع لتجيب منسجمة مع المجتمع الذي تطبق فيه ، وهذا من شأنه أن يؤكد على خصوصية قانون كل بلد بوصفه صورة معبرة عن واقع هذا البلد ، وأن ما يصلح لبلد ما من القوانين قد لا يصلح لغيره من البلاد .

(138) Livre 1 , chapitre 3 , p : 10 et 11 . Montesquieu :«L'esprit des lois»

(139) انظر في نفس المعنى : أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند 68 ، ص 168 ، 169 ، أ.د. / سليمان مرقس « الوافي في شرح القانون المدني » ، الجزء الأول ، « المدخل للعلوم القانونية » ، ص 534 ، الطبعة السادسة عام 1987م ، مطبعة السلام .

سادساً : وأخيراً يجب إعطاء الصائغين الوقت الكافي لحسن دراسة جميع عناصر المواد الأولية الداخلة في صناعة التشريع ، وهذا يقتضي تمكينهم على مهل ودون تسرع أو عجلة في دراسة المشكلة المراد حلها وظروف أصحابها والقوانين المرتبطة بهذه المشكلة ، ثم يعطوا من بعد الوقت الكافي لصياغة مشروع القانون المراد وضعه ، فكم من قوانين وضعت بليل وبسرعة شديدة ولم تأخذ الوقت الكافي فخرجت معيبة قلباً وقالباً وحملت بين ثناياها معاول فشلها .

### المطلب السادس

#### إعداد ملف كامل لتوثيق جميع مراحل عملية الصياغة التشريعية

لا جرم أن التنظيم السليم للصياغة التشريعية يقتضي من القائمين على هذه الصياغة إعداد ملف كبير يتم تنظيمه على وجه يضمن حفظ الوثائق التي تمت الاستعانة فيها، أو الاعتماد عليها في صياغة التشريع ، وتسجل فيه جميع المداولات والمناقشات ذات الصلة بمشروع القانون، والأسباب الموجبة لوضعه وما جرى كتابته من مسودة ومراجعة وصولاً إلى الصيغة النهائية الأولى لمشروع القانون (140) .

(140) راجع في ذلك هذا الموقع :  
[www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt)

## قائمة بأهم المراجع:

أولاً- آيات من القرآن الكريم وأحاديث نبوية شريفة

ثانياً- المراجع العربية:

1. أ.د. أحمد شرف الدين، «أول الصياغة القانونية للعقود»، مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة، بدون تاريخ نشر.
2. أ.د. أحمد بخيت، "اضوابط وضع التقنيات وصياغتها، بحث منشور في مجلة معهد الدراسات القضائية والقانونية البحريني، العدد السابع، السنة الرابعة، فبراير عام 2011م .
3. أ.د. أحمد بخيت، «أجوبة السائلات والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين»، طبعة عام 2005م، دار النهضة العربية بالقاهرة .
4. أ.د. أنور سلطان "المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة"، الطبعة الرابعة عام 1983م، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان .
5. أ.د. توفيق حسن فرج، "المدخل للعلوم القانونية"، طبعة عام 1988م، الدار الجامعية، بيروت - لبنان .
6. أ.د. خالد جمال أحمد حسن، «مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني»، الطبعة الأولى عام 2011م، مؤسسة فخراوي للدراسات والنشر مملكة البحرين ) .
7. د. حمدي محمد عطيفي، «دروس في المدخل لدراسة القانون»، طبعة عام 2003م .
8. أ.د. خالد جمال أحمد حسن، «الوجيز في شرح قانون الإثبات البحريني، طبعة عام 2010م .

9. أ. د. زكريا مبروك البري، « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، دار النهضة العربية بالقاهرة؟
10. أ. د. سليمان مرقس، « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة الرابعة عام 1961م ، بدون دار نشر .
11. د. سعيد أحمد بيومي، « لغة القانون في ضوء علم لغة النص» ، الطبعة الأولى عام 2010 م ، دار الكتب القانونية.
12. أ. د. سعيد سعد عبد السلام، « المدخل في نظرية القانون » ، الطبعة الأولى عام 2002 - 2003 م ، مطابع الولاء الحديثة .
13. د. عبد القادر الشخلي، " فن الصياغة القانونية " تشريعاً وفقهاً وقضاً، طبعة عام 1995م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
14. أ. د. عبد الوهاب خلاف، « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة السادسة عام 1373هـ - 1954م.
15. أ. د. عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، الطبعة الأولى عام 1965 م ، دار النهضة العربية بالقاهرة
16. أ. د. عبد المنعم البدر اوي، « المدخل للعلوم القانونية» ، طبعة عام 1966م.
17. د. عبد الناصر توفيق العطار، «مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية» ، طبعة عام 1979، مطبعة السعادة بالقاهرة.
18. د. عبد الناصر توفيق العطار، « الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985م »
19. د. عبد الكريم زيدان « الوجيز في أصول الفقه » ، الطبعة السادسة عام 1998م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان
20. د. كمال عبد الواحد الجعفري، " القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، رسالة دكتوراة عام 1992م، كلية الحقوق - جامعة بني سويف.

21. أ.د. ليلي عبد الله سعيد، "الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني"، الطبعة الأولى عام 2001-2002، مطبعة جامعة البحرين.
22. أ.د. محمد سعد خليفة، أ.د. عبد الحميد عثمان، «شرح أحكام قانون الإثبات» طرق الإثبات التقليدية والالكترونية في القانون البحريني»، الطبعة الأولى عام 2008م، مطبعة جامعة البحرين .
23. أ.د. محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، ، طبعة عام 2009 م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت.- لبنان ،
24. أ.د. مصطفى محمد الجمال، أ.د. / عبد الحميد محمد الجمال، "النظرية العامة للقانون"، طبعة عام 1987م ، الدار الجامعية بيروت - لبنان .
25. أ.د. نبيل إبراهيم سعد ، أ.د. همام محمد محمود " أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية "، طبعة عام 2001 م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية.
26. أ.د. محمد أديب صالح، «تفسير النصوص في الفقه الإسلامي»، رسالة دكتوراة عام 1964م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مطبعة جامعة دمشق
27. أ.د. محمد صبري السعدي، «تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية»، الطبعة الأولى عام 1399هـ - 1979م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ،
28. أ.د. محمد سلام مذكور « أصول الفقه الإسلامي »، الطبعة الأولى 1976م دار النهضة العربية .
29. أ.د. محمد حسين عبد العال، « مبادئ القانون »، الجزء الأول، النظرية العامة للقانون، طبعة عام 1995م ، دار النهضة العربية.
30. أ. نقاء سلمان البقمي، " الصياغة التشريعية " ص 3 ، بحث منشور على هذا الموقع

[gcc.spicaserver.com/Uploads/Files/2012336/19/04/.pdf](http://gcc.spicaserver.com/Uploads/Files/2012336/19/04/.pdf)

### ثالثاً- قوانين وتشريعات وأحكام قضائية:

1. القانون المدني المصري.
2. قانون الإثبات المصري.
3. قانون العقوبات المصري.
4. القانون المدني البحريني.
5. تمييز بحريني ، طعنان رقما 363 ، 386 لسنة 2005م ، جلسة 30 يناير 2006م ، السنة السابعة عشرة ، ق 43 ،

### رابعاً - معاجم وقواميس وكتب تراثية:

6. المعجم الوسيط باب " صاغ " ، تأليف مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة عام 2004م ، الناشر مكتبة الشروق الدولية .
7. السرخسي " أصول السرخسي " للإمام أبي بكر بن أحمد السرخسي ، ج 1 ، طبعة عام 1372هـ ، دار الكتاب العربي - مصر .
8. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل في شرح الدليل " لإبراهيم بن محمد بن ضويان ، المجلد الأول ، رقم الحديث 262 ، ص 73 ، الناشر المكتب الإسلامي .
9. " السنن الكبرى " ، المجلد الخامس ، .
10. الوجيز " ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية ، طبعة عام 1430هـ - 2009م .
11. " المصباح المنير في غريب الشرح الكبير " تأليف أحمد بن محمد الفيومي ، ج 1 ، ص 438 ، الطبعة الخامسة ، المطبعة الأميرية بولاق .
12. الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ، طبعة عام 1957 م ، ، أ.د / حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 268 ، أ.د / سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 496 .

خامساً - مواقع إلكترونية:

1. [www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.pp)
2. [www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt](http://www.oecd.org/mena/governance/41096460.ppt)
3. [www.shaimaataalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404](http://www.shaimaataalla.com/vb/showthread.php%3Ft%3D404)

الصفحة	المحتوى
	الموضوع
113	الملخص
115	المقدمة
117	المبحث الأول : ماهية الصياغة التشريعية
117	المطلب الأول : أهمية الصياغة التشريعية ومدلولها
120	المطلب الثاني : صور الصياغة التشريعية
121	الفرع الأول : الصياغة الجامدة
125	الفرع الثاني : الصياغة المرنة
130	الفرع الثالث : الصياغة المادية ( الصياغة الكمية - الصياغة الشكلية )
134	الفرع الرابع : الصياغة المعنوية ( القرينة القانونية - الحيل أو الافتراض القانوني )
145	المبحث الثاني : مقومات الصياغة التشريعية الجيدة
145	المطلب الأول : حسن اختيار الصائغ الجيد
145	المطلب الثاني : مهارات لازمة في الصائغ
170	المطلب الثالث : حسن اختيار الجملة القانونية
171	المطلب الرابع : مراعاة الصلة بين التشريع المصاغ والقوانين النافذة في الدولة
172	المطلب الخامس : توفير كافة الوسائل المساعدة على حسن وجود الصياغة
174	المطلب السادس : إعداد ملف كامل لتوثيق جميع مراحل عملية الصياغة التشريعية
175	قائمة بأهم المراجع