جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

دلالة الحال وأثرها في بناء الأحكام الشرعية

دراسة تأصيلية تطبيقية في الأحوال الشخصية

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب: أحمد نعسان

إشراف

د. محمد حسان عوض

1437هـ-2016م



الإهداء

إلى من أمر بالعلم وحض عليه . . . . . سيدي رسول الله صلى الله عليه وسلم

إلى من ربياني صغيراً . . . . .

وشجعاني على العلم والتحصيل . . . . . والديَّ

وإلى شريكة العمر . . . . . زوجتي

وإلى مدينة جريحة غاب عنها كثير من متطلبات الحياة فلم ترها إلا نادراً، وشُرِّد نصف سكانها، وبقيت تنبض بالحياة . . . . . .

حلب الشهباء

مِن رحِمِ المعاناة والألم ولدت هذه الأطروحة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن سار على هديهم وتبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن قضايا الأسرة تعد من أهم أبواب الفقه الإسلامي؛ لصلتها الوثيقة بكل فرد من أفراد المجتمع، والأسرة أساس قيامها على المودة والرحمة ومراعاة مصالح الأسرة كلها، وفي العلاقات الأسرية لا يصح الاعتماد على الأوصاف الخفية وحدَها دون أخذ بعين الاعتبار حال الموقف الظاهر والظروف التي احتفت بهذا اللفظ، فهذا يؤدي إلى الجمود الذي يخالف مقاصد الشريعة، وقد راعى قانون الأحوال الشخصية السوري هذا الأمر فاعتمد في عدد كبير من مواده على دلالة الحال في بناء الأحكام، وهناك حالات كثيرة حكَّم فيها القانون دلالة الحال، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون: "نص المشروع على عدم إيقاع الطلاق غير المنجز إلا بالنية؛ لأن القصد هو الأصل في إيقاع الطلاق؛ ولأن عدم إيقاع طلاق المدهوش هو **دلالة الحال** على عدم القصد، والصراحة هنا مع اليمين على عدم القصد أقوى من **دلالة الحال** هناك".

ومنها أن الرضا أمر خفي في جانب المتعاقدين لا يمكن الاطلاع عليه، فتقوم الصيغة بدلاً من الرضا في التعبير عنه.

أهمية الموضوع: تكمن أهمية هذا الموضوع في أن دلالة الحال تعبر عن معنى خفي يحتف بالموقف ويتفاعل معه، ومعلوم أن الأوصاف الخفية لا يجوز بناء الأحكام عليها فأقيم هذا الوصف الظاهر مقامها، ودلالة الحال قد تغير الحكم ولو لم تراعَ دلالة الحال لاختلف الحكم، كإقامة الخلوة مقام الدخول الحقيقي -كما سيتبين في هذا البحث إن شاء الله-

ثم إن الفقهاء عندما يتحدثون عن دلالة الحال يتناولونها دون تعريف وربما فعلوا هذا لوضوح معناها عندهم، مع أن هذا المصطلح يختلط بسهولة بغيره من المصطلحات، فهذا البحث يوضح معناها ويبين ضوابطها وأقسامها، ويبين درجات دلالة الحال من حيث حجيتها، فدلالة الحال قد ترقى إلى درجة اليقين أو غلبة الظن فينبغي الأخذ بها وبناء الأحكام العامة عليها والتي تشكل مرجعاً للقضاة والمفتين.

أسباب اختيار الموضوع: من أبرز الأسباب الداعية لاختيار هذا الموضوع:

1- الوقوف على دلالة الحال كونها أحد القواعد الأصولية التي يستند إليها القانوني أو الفقيه، وبيان حكم بناء الأحكام على المعاني الخفية والظاهرة.

2- بيان مدى حجية دلالة الحال في إمكان بناء الأحكام الفقهية عليها.

3- توضيح معرفة الفقهاء لدلالة الحال وذِكرهم لعشرات التطبيقات لها دون ربطها بهذا المصطلح.

الدراسات السابقة: لم أجد -فيما اطلعت عليه- من كتب في هذا الموضوع بالشكل المطروح في هذه الخطة، بل وَجدت أبحاثاً تقترب من هذا الموضوع وقد تشترك معه في بعض الجزئيات ومعظمها أبحاث لغوية لا شرعية، منها:

-دلالة الحال ودورها في الدراسات النحوية، لكمال سعد أبو المعاطي، رسالة ماجستير، في جامعة القاهرة- كلية دار العلوم، سنة1990م. وهذه الرسالة اقتصرت على الدراسات النحوية كما هو واضح.

-دلالة السياق عند الأصوليين دراسة نظرية تطبيقية، لسعد بن مقبل بن عيسى العنزي، إشراف: د. حمزة ابن حسين الفعر، رسالة ماجستير في جامعة أم القرى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، عام 1427هـ تتحدث عن أثر دلالة السياق في تفسير النصوص فقط.

- دلالة السياق وأثرها في استنباط الأحكام، لخالد محمد العروسي عبد القادر، جامعة أم القرى مكة المكرمة، وهو بحث قصير يقع في 40 صفحة.

لكن كل هذه الدراسات لم تتعرض للجانب التطبيقي في الأحوال الشخصية، ولم تتحدث عن دلالة الحال في بناء الأحكام الشرعية، ولم تبرزها كدليل من الأدلة الشرعية.

مشكلة البحث: هذا البحث يجيب عن التساؤلات الآتية:

ما معنى دلالة الحال؟ وما هي شروطها؟ وما هي أقسامها؟ وهل يمكن أن تعد دلالة الحال حجة يعمل بها؟ وهل يمكن أن يبنى الحكم الشرعي على معنى خفي أو غير منضبط؟

تحرير محل البحث وحدوده: يتناول هذا البحث دلالة الحال بوصفها معنى يمكن أن يبنى عليها الحكم، ويتناول هذا البحث الحكمَ الشرعيَّ بوصفه حكماً موضوعياً لا يشمل الأحكام القضائية والفتوى والأحكام الإجرائية، فلا يتناول دلالة الحال باعتباره مرجحاً من المرجحات التي يستند إليها القاضي أو الحَكَم أو وسيلة من وسائل الإثبات، وبالتالي لا يتناول البحث وقائع الحال لأنها تكون في الأحكام القضائية والفتوى؛ لأن وقائع الحال حوادث لها ملابسات خاصة تكون في القضاء والفتوى، وتبحث في العموم والخصوص وهو ما لا صلة له بالبحث.

فالمراد بالبحث معالجة قضية صياغة الحكم لا تفسيره الذي يقوم به القاضي أو المفتي وفقاً لكل واقعة.

ولا يتناول البحث القرينة التي هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة، فالقرينة تقتضي وجود واقعتين وهذا ليس مطرداً في دلالة الحال، فالقرينة أعم من دلالة الحال؛ لأن كل دلالة حال قرينة وليس كل قرينة دلالة حال.

ولا يتناول الموضوع العلة بوصفها ركناً من أركان القياس فالعلة تكون بتعدية الحكم من الأصل إلى الفرع، أما هنا فلا تعدية ولا قياس أصلاً، فقد يبنى الحكم على علة دون قياس، فعلى هذا تشترك دلالة الحال والعلة من جهة ودلالة الحال والقرينة من جهة أخرى من حيث توصيفها في بعض النقاط، وتختلف دلالة الحال عنهما من حيث توظيفها.

منهج البحث: المنهج الذي سأسير عليه هو المنهج **الاستنتاجي** التحليلي، حيث أبين ضوابط دلالة الحال وحجيتها من الناحية الأصولية، ثم أبين مدى اعتماد الفقهاء على دلالة الحال، والفروع التي بنوا عليها أحكامهم استناداً إلى دلالة الحال في قضايا الأحوال الشخصية، وأعرض أقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة، مع ذكر أدلتهم ومناقشتها، وأبين الراجح من الأقوال مع بيان سبب الترجيح.

وفيما يتعلق بالاقتباسات المنقولة حرفياً فإنني أنقل القول واضعاً إياه بين شولتين "..." وفي حاشيته أذكر اسم الكتاب المنقول منه دون لفظ "يُنظر"، أما فيما يتعلق بنقل فكرة بمعناها وفحواها فأضع في الحاشية قبل اسم الكتاب لفظ "ينظر"، وأعتمد اسم الكتاب أولاً ثم اسم مؤلفه المشهور به عند تكرار الكتاب أكثر من مرة، وأبين في المرة الأولى من ذكر الكتاب اسمَ المؤلف كاملاً ومحققه -إن وجد- وبيانات دار النشر ومكانها وتاريخ النشر.

وفيما يتعلق بالآيات والأحاديث والأعلام أقوم بالآتي:

1- عزو الآيات القرآنية، وتخريج الأحاديث والآثار الواردة من كتب الحديث، فأكتفي بالصحيحين إن وجد الحديث فيهما أو في أحدهما، فإن لم يوجد ففي السنن الأربعة، فإن لم يوجد ففي كتب الحديث الأخرى، كمعاجم الطبراني وسنن الدارقطني والبيهقي... وأنقل كلام المحدثين حول درجته، وأبين مَن صاحب لفظ الحديث المذكور.

2- ترجمة كل الأعلام الواردة في المتن ترجمة موجزة مع ذكر مصادرها.

3- وضع فهارس للآيات القرآنية والأحاديث والآثار، والمسائل الفقهية، والأعلام، وثبت المصادر والمراجع، والموضوعات ما يسهل الوصول إليها.

خطة البحث كالآتي: جاء هذا البحث في فصل تمهيدي وبابين في **الفصل التمهيدي**: حررت مصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة وتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث: المبحث الأول: تحرير مصطلحات البحث، والمبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة، والمبحث الثالث: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال وأثره في اللغة

وتحدث **الباب الأول** عن حجية دلالة الحال وأقسامها وشروطها وفيه ثلاثة فصول: **الفصل الأول**: تحدث عن حجية دلالة الحال ودرجاتها وفيه مباحث: المبحث الأول: حجية دلالة الحال، والمبحث الثاني: درجات دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية.

والفصل الثاني: تحدث عن أقسام دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية، وفيه مباحث المبحث الأول: أقسام دلالة الحال من حيث مصادرُها التشريعية وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث الثاني: أقسام دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث الثالث: أقسام دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث الرابع: أقسام دلالة الحال من حيث بنيتُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث الخامس: أقسام دلالة الحال من حيث الوضع وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث السادس: أقسام دلالة الحال من حيث بناء الحكم على الوصف الوجودي أو العدمي وأمثلتها من الأحوال الشخصية، والمبحث السابع: أقسام دلالة الحال من حيث مراعاةُ المصالح وأمثلتها من الأحوال الشخصية.

والفصل الثالث: تحدث عن الشروط العامة لدلالة الحال، المبحث الأول: كونها وصفاً، والمبحث الثاني: كونها ظاهرة، والمبحث الثالث: كونها منضبطة، والمبحث الرابع: وجود المناسبة بين الحكم والوصف، المبحث الخامس: كونها لا تخالف دليلاً شرعياً.

أما **الباب الثاني** فتحدث عن التطبيقات الشائعة لدلالة الحال في الأحوال الشخصية واحتوى على أربعة فصول:

الفصل الأول: تحدث عن أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة في الأحوال الشخصية، وفيه مباحث: المبحث الأول: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإبطال، والمبحث الثاني: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإمضاء.

والفصل الثاني: تحدث عن أثر دلالة الحال في الفعل في الأحوال الشخصية، وفيه مباحث: المبحث الأول: أنواع الفعل من حيث ماهيته، والآثار المترتبة عليه، والمبحث الثاني: أنواع الفعل من حيث نتيجته، والآثار المترتبة عليه، والمبحث الثالث: أنواع الفعل من حيث فاعله، والآثار المترتبة عليه

أما **الفصل الثالث** فقد تحدث عن أثر دلالة الحال في اليد في الأحوال الشخصية، وفيه مباحث: المبحث الأول: مفهوم اليد، والمبحث الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي، والمبحث الثالث: أحكام اليد

أما **الفصل الرابع** فقد تحدث عن تطبيقات معاصرة لدلالة الحال في الأحوال الشخصية، وفيه مباحث: المبحث الأول: تطبيقات معاصرة في الزواج والطلاق وآثارهما، المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة في الإرث والوصية.

الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات

الفهارس (فهرس الآيات القرآنية- فهرس الأحاديث النبوية والآثار- فهرس الأعلام- الفهرس الألفبائي لأهم المصطلحات والمسائل الفقهية- ثبت المصادر والمراجع- المحتوى)

ولا بد في النهاية من شكر أقدمه على أوراق ودٍّ لمن كان عوناً لي على إنجاز هذا البحث فضيلة الدكتور **محمد حسان عوض** المشرف على هذا البحث، الذي زودني بملاحظات كان لها الأثر البالغ في تحسين مستوى هذا البحث، والله الموفق وهو من وراء القصد .

كتبه

أحمد نعسان

حلب المحروسة

1436/11/26هـ الموافق 2015/9/9م

والحمد لله رب العالمين

الفصل التمهيدي:
تحرير مصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة

المبحث الأول: تحرير مصطلحات البحث

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال

المطلب الثاني: مفهوم الأثر

المطلب الثالث: تعريف الحكم وأنواعه

المطلب الرابع: المراد ببناء الأحكام الشرعية

المطلب الخامس: معنى الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة

المطلب الأول: القرائن

المطلب الثاني: العلة

المطلب الثالث: الحكمة

المطلب الرابع: ظاهر الحال

المطلب الخامس: دلالة السياق

المطلب السادس: العلاقة بين دلالة الحال والتعريض والكناية

المبحث الثالث: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال وأثره في اللغة

المطلب الأول: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال

المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في اللغة

الفصل التمهيدي: تحرير مصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة

-هذا الفصل هو مفتاح للدخول إلى هذا البحث، حيث قسمته إلى ثلاثة مباحث أحرر في المبحث الأول مصطلحات عنوان هذا البحث، وفي المبحث الثاني أحرر المصطلحات التي يمكن أن تختلط بعنوان هذا البحث، وفي المبحث الثالث أستعرض تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال وأول من استخدمه من الأصوليين ومن الفقهاء ومن اللغويين.

المبحث الأول: تحرير مصطلحات البحث

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال

أولاً: تعريف دلالة الحال مضافة

1- تعريف الدلالة: *الدلالة لغة:* جاء في معجم مقاييس اللغة أن الدلالة: "إبانة الشيء بأمارة،... والدليل: الأمارة في الشيء"[1].

و"الدلالة: ما يتوصل به إلى معرفة الشيء، كدلالة الألفاظ على المعنى، ودلالة الإشارات والرموز والكتابة... وسواء كان ذلك بقصد ممن يجعله دلالة، أو لم يكن بقصد، كمن يرى حركة إنسان فيعلم أنه حي، قال تعالى: ﴿مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ﴾ [سبأ: 14]"[2].

"والدليل: ما يستدل به... والاسم الدِلالة والدَلالة، بالكسر والفتح... وقال ابن دريد[3]: الدَلالة بالفتح: حرفة الدلال، ودليلٌ بيِّنُ الدِّلالة بالكسر لا غير"[4].

---

[1] معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، ت: 395هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام 1399هـ- 1979م، مادة دلل، 259/2

[2] مفردات ألفاظ القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، دار القلم- دمشق، د.ت، مادة دلل، 349/1

[3] ابن دريد أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، ولد بالبصرة سنة 223هـ، ونشأ بعمان، وطلب علم النحو، وأخذ عن أبي حاتم السجستاني وأبي الفضل الرياشي، وكان من أكابر علماء العربية مقدماً في اللغة وأنساب العرب وأشعارهم وكان شاعراً كثير الشعر، له من الكتب: كتاب الجمهرة في اللغة، وكتاب الاشتقاق، وكتاب الأنواء، توفي في شعبان سنة 321 هـ ودفن في مقبرة الخيزران [ينظر: نزهة الألباء في طبقات الأدباء، لأبي البركات عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله الأنصاري، كمال الدين الأنباري، ت: 577هـ، تحقيق: إبراهيم السامرائي، مكتبة المنار، الأردن- الزرقاء، ط3، عام 1405 هـ- 1985م، 191-194، وسير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت:784 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسين الأسد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1405هـ- 1985م، 96/15-98]

[4] لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ت: 711هـ، دار صادر- بيروت، ط3، عام 1414هـ، 248/11- 249

وما كان للإنسان اختيار في معنى الدَلالة فهو بفتح الدال، وما لم يكن له اختيار في ذلك فبكسرها، مثاله إذا قلت: (دَلالة الخير لزيد) فهو بالفتح، أي: له اختيار في الدلالة على الخير، وإذا كسرتها فمعناه حينئذ صار الخير سجية لزيد فيصدر منه كيفما كان، والدلالة أعم من الإرشاد والهداية[1].

والدلالة اصطلاحاً: هي كون الشيء بحيث يفيد الغير علماً إذا لم يكن في الغير مانع[2]، ويسمى الدليل دلالة مجازاً؛ من تسمية الفاعل باسم المصدر[3]، أو: هي كون اللفظ بحيث إذا أطلق فهم منه المعنى من كان عالماً بوضعه له[4].

أو: هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، وسواء كان ذلك بلفظ أو غيره[5].

ومن إيجابيات التعريف الأخير أنه يدل على التلازم بين الدال والمدلول، بحيث إذا فهم الدال فهم المدلول، فالشيء الأول هو: الدال، والشيء الثاني هو المدلول[6].

لكن يؤخذ عليه بأنه تعريف للدليل القطعي لا مطلق الدليل، الذي هو أعم من أن يكون قطعياً أو ظنياً[1].

---

[1] الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي، ت: 1094هـ، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة– بيروت، 439

[2] الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 439

[3] ينظر: العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء، ت: 458هـ، تحقيق: أحمد ابن علي بن سير المباركي، ط2، عام 1410 هـ- 1990م، 132/1- 133

[4] البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ت: 794هـ، دار الكتبي، ط1، عام 1414هـ- 1994م، 268/2

[5] ينظر: التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: 885هـ، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية- الرياض، عام 1421هـ- 2000م، 317/1

[6] ينظر: المصدر نفسه 317/1، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، ت: 1250هـ، دار الكتب العلمية، د.ت، 402/2، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن (تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، لعبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد– الرياض، ط1، عام 1420 هـ- 1999م، 1055/3

اللزوم العقلي كالتلازم بين الجوهر والعَرَض فوجود أحدهما بدون الآخر مستحيل عقلي، واللزوم العرفي يقبل التخلف كالإحراق عند مس النار فقد تخلف في إبراهيم عليه الصلاة والسلام. [أنوار البروق في أنواء الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، عالم الكتب، د.ت، 224/2]

اللزوم الكلي العام أن يكون الربط بينهما واقعاً في جميع الأحوال والأزمنة وعلى جميع التقادير الممكنة كلزوم الزوجية للعشرة، فما من حالة تعرض ولا زمان ولا تقدير يقدر من التقادير الممكنة إلا والزوجية في ذلك كله لازمة للعشرة. [الفروق للقرافي، 223/1]

واللزوم الجزئي هو لزوم الشيء للشيء في بعض الأحوال دون بعض أو بعض الأزمنة دون بعض [الفروق للقرافي، 223/1]

ومن أمثلة اللزوم الجزئي أيضاً لزوم المؤثر لأثره زمن حدوث ذلك الأثر دون ما بعد زمن الحدوث، فكل بناء يلزمه البناء حالة البناء دون ما بعد ذلك، فقد يموت البناء ويبقى بعد ذلك البناء [الفروق للقرافي، 226/1]

والتعريف الراجح للدليل: "أنه هو الذي يلزم من العلم أو الظن به العلم أو الظن بتحقق شيء آخر"[2].

ويفرق بعض الأصوليين بين ما يوصل إلى العلم، وما يوصل إلى الظن، فيَخصُّون اسم الدليل بما أوصل إلى العلم، واسم الأمارة بما أوصل إلى الظن[3].

فالدليل: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري[4]، قال الجلال المحلي[5]: "وشمل التعريف الدليل القطعي... والظني"[6]

والمراد بالدلالة التي تكون مقابل التصريح: غير اللفظ من حال أو عرف أو إشارة أو يد أو غير ذلك[7].

"والفرق بين دلالة الحكم ومدلوله: أن الدلالة يفهم منها الحكم بمطلقه متصوراً في الذهن كما ورد بالنص والبيان، والمدلول يفهم منه الحكم بأثر الإيجاب بإسقاطه على الواقع"[8] كاشتراط إعتاق رقبة صحيحة خالية من العيوب في كفارة الظهار، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: 3]، فلا تجزئ الرقبة العمياء لأن الرقبة في الآية من حيث دلالتها مطلقة فتنصرف إلى الفرد الكامل، أما العمياء فليست بكاملة؛ لأن الإنسان لا يشق عليه إعتاقها[9].

---

[1] ينظر: الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 440

[2] المصدر نفسه، 440 ونسب المؤلف إلى اللغة تعريف الدليل بأنه: "المرشد إلى المطلوب، يذكر ويراد به الدال.... ثم اسم الدليل يقع على كل ما يعرف به المدلول" [المصدر نفسه 439] ولم أجد هذا المعنى فيما اطلعت عليه من معاجم.

[3] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الآمدي، ت: 631هـ، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق، د.ت، 9/1، والمعتمد في أصول الفقه، لأبي الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي، ت: 436هـ، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1، عام 1403هـ، 5/1

[4] ينظر: شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لمحمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي جلال الدين المحلي، ت: 864 هـ، ومعه حاشية العطار، دار الكتب العلمية، د.ت، 167/1، والتقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، ويقال له: ابن الموقت الحنفي، ت: 879هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 1403هـ- 1983م، 50/1

[5] هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم الجلال المحلي الشافعي، ولد سنة 791هـ بالقاهرة ونشأ بها، أخذ الفقه وأصوله والعربية عن الشمس البرماوي، وعن الجلال البلقيني، والولي العراقي، والعز بن جماعة، وتصدى للتصنيف والتدريس، فشرح جمع الجوامع، والورقات، والمنهاج الفرعي، والبردة شروحاً متقنة مختصرة، وكان مفرط الذكاء صحيح الذهن، مات سنة 864 هـ. [ينظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت: 1250هـ، دار المعرفة– بيروت، د.ت، 115/2]

[6] شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 168/1-169

[7] ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لأبي الحارث محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو الغزي، مؤسسة الرسالة، لبنان– بيروت، ط4، عام 1416هـ- 1996م، 201

[8] مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الثاني، 2007م، بحث بعنوان: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، د. حمزة حمزة، 366

[9] ينظر: المصدر نفسه، 367

وهذا البحث لن يبحث في مدلول الحكم بل في دلالته دون إسقاط الحكم على الواقع.

2-الفرق بين الدلالة من جهة والاستدلال والإشارة من جهة أخرى:

أ- الفرق بين الاستدلال والدلالة: "أن الدلالة ما يمكن الاستدلال به، والاستدلال فعل المستدل"[1]، والاستدلال: "تقرير الدليل لإثبات المدلول"[2].

ب- الفرق بين الدلالة والإشارة: إشارة النص عند الأصوليين هي: دلالة اللفظ على لازم غير مقصود للمتكلم لا يتوقف عليه صدق الكلام ولا صحته[3].

مثاله: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15]، فإن هذا يدل مع قوله: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 14] على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وهذا الحكم غير مقصود من لفظ الآيتين، بل المقصود في الآية الأولى هو حق الوالدة وما تقاسيه من الآلام في الحمل وفي الفصال، والمقصود في الثانية: بيان أكثر مدة الفصال، ولكن لزم منهما: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وهذه دلالة الإشارة[4].

والفرق بين الدلالة والإشارة أن الدلالة أعم من الإشارة[5].

3- تعريف الحال: الحال لغة: صفة الشيء يذكر ويؤنث فيقال: حال حسن وحال حسنة، وقد يؤنث بالهاء فيقال: حالة[6]، وحال إلى مكان آخر أي تحول... والحال: ما كان عليه من خير أو شر[7]، وحال الشخص يحول إذا تحرك، وكذلك كل متحول عن حالة[8]، والحال: الوقت الذي أنت فيه[1]... وحال الشيء: صفته، وحال

---

[1] الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، ت نحو: 395هـ، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة– مصر، د.ت، 70

[2] الكليات لأبي البقاء الكفوي، 294

[3] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 64/3، وشرح مختصر الروضة، لأبي نجم الدين الربيع سليمان بن عبد القوي ابن الكريم الطوفي الصرصري، ت: 716هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، عام 1407 هـ- 1987 م 709/2، والموسوعة الفقهية الكويتية، 277/4

[4] ينظر: المهذب في علم أصول الفقه المقارن، للنملة، 1735/4، وشرح الكوكب المنير، لأبي البقاء تقي الدين محمد بن أحمد ابن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، ت: 972هـ، تحقيق : محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، عام 1418هـ- 1997م، 476/3

[5] ينظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي، 439، والموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الطبعة: من 1404- 1427 هـ، الأجزاء 1- 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل- الكويت، الأجزاء 24- 38، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة- مصر، الأجزاء 39- 45، الطبعة الثانية، طبع الوزارة، 278/4

[6] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، ت: نحو 770هـ، المكتبة العلمية- بيروت، د.ت، مادة حول، 157/1

[7] لسان العرب لابن منظور، مادة حول، 187/11- 190

[8] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة حول، 121/2

الإنسان: ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية... والحال... في النحو: الزمان الحاضر ولفظ يبين الهيئة التي عليها الشيء عند ملابسة الفعل له واقعاً منه أو عليه[2].

ولم يتعرض الفقهاء لتعريف الحال، لكن المعنى المتصل بالبحث هو الهيئة التي يكون عليها الإنسان في موقف من المواقف.

ثانياً: تعريف دلالة الحال لقباً:

إن الباحث في كتب الفقه الإسلامي لن يجد تعريفاً لدلالة الحال –باستثناء قلة من الفقهاء يأتي ذكرهم عرّفوها– ولعل ذلك يرجع إلى وضوح معنى هذا المصطلح في أذهانهم وعدم الحاجة لشرح مصطلح واضح كهذا المصطلح، وممن عرفها ابن عابدين[3] في حاشيته حيث قال:"(دلالة الحال) المراد بها الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده"[4].

لكن يؤخذ على تعريف ابن عابدين أن من شروط التعريف أن يكون أوضح من المعرَّف في المعنى فقد عرّف دلالة الحال بـ "الحالة"، وأن لا يكون التعريف للشيء بنفسه، بمعنى تعريفه بمرادفه أو ببعضه، ومن حسنات هذا التعريف أنه نبه لفكرة الظهور الذي يقابل الخفاء، وأن دلالة الحال تقوم مقام القصد، حيث ذكر أن "الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال" فمن طلق زوجته حال مذاكرته الطلاق بلفظ كنائي وقع طلاقه قضاء لدلالة الحال القائمة مقام قصده الطلاق[5].

وعرفت معلمة زايد دلالة الحال بأنها: "ما يحيط بالأمر من ظروف وملابسات وقرائن يظهر من خلالها مقصود المكلف ونيته"[6]. أو هي "الأمارة الظاهرة التي تدل على صورة الحال"[1].

---

[1] القاموس المحيط، لأبي طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: 817هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، عام 1426هـ- 2005م، مادة حول، 989

[2] المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى أحمد الزيات، حامد عبد القادر محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، د.ت، د.م، مادة حول، 209/1

[3] ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق، له: (رد المحتار على الدر المختار)، يعرف بحاشية ابن عابدين، و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية)، و(نسمات الأسحار على شرح المنار) في الأصول، و(الرحيق المختوم) في الفرائض، توفي سنة: 1252 هـ. [الأعلام، لخير الدين بن محمود ابن محمد بن علي الزركلي الدمشقي، ت: 1396هـ، دار العلم للملايين، ط15- أيار، 2002م، 42/6]

[4] رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي المعروف بابن عابدين، ت: 1252هـ، دار الفكر-بيروت، ط2، عام 1412هـ- 1992م، 297/3

[5] ينظر: حاشية ابن عابدين، 297/3

[6] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الصادرة عن مؤسسة سلطان بن زايد آل نهيان الخيرية والإنسانية، بمشاركة منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 9/61

وعرفها د. محمد الزحيلي[2] بقوله: "هي الأمارة والعلامة القائمة التي تصاحب الإنسان وتدل على أمر من الأمور، فتكون الأحوال والقرائن المصاحبة لتصرفات الإنسان من الأقوال والأفعال لها دلالة تمكن من معرفة قصد المتصرف أو المتحدث، ولو لم يصرح بنيَّته ومراده"[3].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه اقتصر في تعريفه لدلالة الحال على الأمارة والعلامة، وهما من درجات الظن مع أن دلالة الحال قد ترقى لدرجة الدليل القطعي، فيكون التعريف غير جامع.

وقيل: إن دلالة الحال ما يحيط بالأمر من ظروف وملابسات وقرائن يظهر من خلالها مقصود المكلف ونيته[4].

وأصطلح التعريف الآتي لدلالة الحال والذي سأسير عليه في هذا البحث: **هي هيئة ترشد إلى أمر، تقوم مقام وصف خفي يبنى عليها حكم شرعي.**

فقولي: الهيئة هي لغة: "حال الشيء وكيفيته"[5]، و"الهيئة: الحالة الظاهرة"[6].

وقولي: "ترشد إلى أمر" لأن الدلالة هي الإرشاد ووظيفة دلالة الحال الإرشاد.

وقولي: "تقوم مقام وصف خفي" لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على الأوصاف الخفية بل على الأوصاف الظاهرة.

وقولي: "يبنى عليها حكم شرعي" لأن دلالة الحال هنا يعمل بها في بناء الأحكام لا في استنباطها.

---

[1] نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، د. نزيه حماد، د.ط، 23 مع أن د. حماد يجعل دلالة الحال في مقابل الأصل، ويربطها بقاعدة المصالح والذرائع والعرف الجاري والقاعدة المستمرة ويجعلها مرجحاً من المرجحات.

[2] محمد بن مصطفى الزحيلي ولد سنة 1941م، حصل على شهادة الدكتوراه من جامعة الأزهر عام 1971، عمل وكيلاً للشؤون العلمية في كلية الشريعة بدمشق، وهو خبير في مجمع الفقه الإسلامي، ومستشار للعديد من المؤسسات المالية، له العديد من المؤلفات والكتب، كان عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة سابقاً، وأستاذ الفقه المقارن فيها. [http://www.aslein.net/archive/index.php/t-9019.html] [http://uqu.edu.sa]

[3] القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط1، عام 1427هـ- 2006م، 798/2، وقريب من هذا التعريف ذكره الشيخ مصطفى الزرقا حيث قال: "وأما دلالة الحال فهي الأمارة القائمة التي تدل على شيء" وبيَّن أن الظاهر نوعان:

1-ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه ويشمل الأصل ودلالة الحال.

2-وظاهر قوي، وسَمى دلالة الحال تحكيم الحال وعدَّها من المرجحات القضائية الابتدائية عند تعارض الأدلة القضائية. [الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، عام 1418هـ- 1998م، 1065/2و 1068] وهذا لا صلة له بهذا البحث الذي يبحث دلالة الحال وأثرها في بناء الأحكام وليس في الترجيح بين الأدلة القضائية.

[4] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/61

[5] القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة هيأ، 57/1، والكليات لأبي البقاء الكفوي، 962-963

[6] التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي، 345

فإذا وجد أمر من الأمور التي لا تظهر للعيان فإن سببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده؛ لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية[1]، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته[2].

المطلب الثاني: مفهوم الأثر

تعريف الأثر لغة: الأثر: "بقية الشيء"[3]، "وما بقي من رسم الشيء وضربة السيف... والتأثير: إبقاء الأثر في الشيء"[4]، "وأثَّر فيه تأثيراً: ترك فيه أثراً، فالأثر: ما ينشأ عن تأثير المؤثر"[5].

والأثر اصطلاحاً: ما يترتب على الشيء، وهو ما يسميه الفقهاء الحُكْم[6]، فإذا أضيف الأثر إلى الشيء فيقال: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح، والفرق بين علامة الشيء وأثره: أن العلامة تكون قبله، وأثره يكون بعده، فالغيوم والرياح علامات المطر، ومجرى السيول: أثر المطر، ودلالة عليه[7]. فالبحث سيشمل ما يترتب على دلالة الحال في بناء الأحكام.

---

[1] ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، ت: 1353هـ، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، عام 1411هـ- 1991م، 68/1

[2] شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقا، ت: 1357هـ، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط2، عام 1409هـ- 1989م، 345، وفي شرحه لهذا الكلام يبين الأستاذ الزرقا "المراد بالدليل هنا العلامة... لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف" [المصدر نفسه] لكن دلالة الحال قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، والذي دعاه إلى هذا الكلام أنه عدّ دلالة الحال من أنواع الظاهر وهو يختلف عما سيتناوله هذا البحث.

[3] لسان العرب لابن منظور، مادة أثر، 5/4

[4] مختار الصحاح، لأبي عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، ت: 666هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، ط5، عام 1420هـ- 1999م، مادة أثر، 13

[5] الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 279

[6] ينظر: موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد علي التهانوي، تحقيق: علي دحروج، ترجمة: جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، عام 1996م، 98/1

[7] ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 249/1- 250، والأثر عند المحدثين يطلق على الحديث الموقوف والمقطوع، وفقهاء خراسان يسمون الموقوف أثراً والمرفوع خبراً. [موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للتهانوي، 98/1، وقواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث، لمحمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي، ت: 1332هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، د.ت، 61]=

=وذكر الدهلوي أن الحديث يطلق على المرفوع والموقوف، والأثر يطلق على الحديث المقطوع وقد يطلق الأثر على المرفوع أيضاً. [ينظر: مقدمة في أصول الحديث، لعبد الحق بن سيف الدين بن سعد الله البخاري الدهلوي الحنفي ت: 1052هـ، تحقيق: سلمان الحسيني الندوي، دار البشائر الإسلامية- لبنان- بيروت، ط2، عام 1406هـ - 1986م، 34]

والفرق بين الأثر والمأثور: أن المأثور يطلق على القول والفعل، والأثر لا يطلق إلا على القول، والفرق بين الأخبار والآثار عند الفقهاء: أن الأخبار مرفوعة إلى الشارع والآثار إلى الصحابة. [دستور العلماء "جامع العلوم في اصطلاحات الفنون"، للقاضي عبد

المطلب الثالث: تعريف الحكم وأنواعه

أولاً: التعريف: الحكم لغة: "القضاء، وأصله المنع، يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، وحكمتُ بين القوم: فصلتُ بينهم"[1]، "والحكم: العلم والفقه، قال الله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾" [مريم: 12][2]. والحُكم أيضاً: "الحكمة من العلم"[3].

والحكم ثلاثة أنواع: شرعي وعقلي وعادي[4].

و"الحكم الشرعي: ما لا يُدرَك لولا خطاب الشارع: سواء ورد الخطاب في عين هذا الحكم أو في صورة يحتاج إليها هذا الحكم كالمسائل القياسية، إذ لولا خطاب الشارع في المقيس عليه لا يدرك الحكم في المقيس.

والحكم العقلي: إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه من غير توقف على تكرر ولا وضع واضع، وينحصر في الوجوب والاستحالة والجواز.

والحكم العادي: إثبات ربط بين أمر وآخر وجوداً أو عدماً بواسطة تكرر القِران بينهما على الحس مع صحة التخلف وعدم تأثير أحدهما في الآخر البتة"[5].

والحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين: هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، طلباً أو تخييراً أو وضعاً[6]، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، فالنص ذاته الصادر من الشارع الدال على طلب أو تخيير أو وضع هو الحكم الشرعي في اصطلاح الأصوليين، وهذا يوافق اصطلاح القضاة الآن؛ فهم يريدون بالحكم: النصَ نفسَه الصادر من القاضي؛ ولهذا يقولون: منطق الحكم كذا، ويقولون: أُجِّلت القضية للنطق بالحكم[7].

النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، عرّب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1421هـ - 2000م، 30/1]

[1] المصباح المنير للفيومي، 145/1، وينظر: مختار الصحاح للرازي، مادة حكم، 78

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة حكم، 141/12

[3] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ت: 393هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت، ط4، عام 1407هـ- 1987م، 1901/5

[4] ينظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي، 381

[5] المصدر نفسه، 381

[6] ينظر: المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، ت: 606هـ، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، عام 1418هـ- 1997م، 89/1، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 95/1

[7] ينظر: علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ت: 1375هـ، مكتبة الدعوة- شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، د.ت، ص 100

وأما الحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء: فهو ما ثبت بالخطاب –وليس الخطاب نفسه– كالوجوب والحرمة وهو إطلاق مجازي من باب إطلاق اسم المصدر على المفعول[1]، "فهو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل"[2].

وفي تعريف الحكم اصطلاحاً يقيد بالشرعي، تمييزاً بينه وبين الحكم العقلي والعادي وغيرهما[3].

والمراد بالحكم هنا في هذا البحث: الحكم الكلي الذي يتخذ صياغة مشتملة على الحكم التكليفي ومعرفاته، فإذا أراد القاضي والمفتي تنزيل الحكم على الواقعة فلا يمكنه ذلك إلا بعد فهم الحكم الكلي من هذه الصيغة، سواء كانت نصية من كتاب أو سنة، أم فقهية بأن يكون الحكم في صيغة فقهية قد قررها الفقيه واستنبطها من مصادر الاستدلال في الشرع، وسواء كان قاعدة أم فرعاً[4].

قال التقي السبكي[5] في فتاويه: "فوظيفة العلماء في الكتب ذكر المسائل الكلية، ووظيفة المفتي تنزيل تلك الكليات على الوقائع الجزئية، فإذا علم المفتي اندراج ذلك الجزئي في ذلك الكلي أفتى فيه بالحكم المذكور في الكتب"[6].

وسمي الحكم كلياً لأنه يشمل صوراً كثيرة من الوقائع الجزئية التي لا حصر لها، ويسعى القاضي والمفتي في تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية التي تعرض عليهما للقضاء أو الفتيا[1].

---

[1] ينظر: التوضيح، لعبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد المحبوبي البخاري الحنفي، ت: 747 هـ، مع التلويح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ت: 793هـ، مكتبة صبيح بمصر، د.ت، 24/1

[2] علم أصول الفقه، للخلاف، ص 100

[3] ينظر: الموسوعة الكويتية، 65/18، والحكم العقلي: وهو ما يعرف فيه العقل النسبة إيجاباً أو سلباً، نحو: الكل أكبر من الجزء إيجاباً.

والحكم العادي: وهو ما عرفت فيه النسبة بالعادة، مثل: كون حرارة الجسم دليلاً على المرض. [روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ت: 620هـ، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1423هـ-2002م 98/1 حاشية]

[4] مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد– السعودية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، الإصدار: من ربيع الأول إلى جمادى الآخرة، عام 1427هـ، العدد 261/78

[5] تقي الدين السبكي الشافعي علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام المصري السبكي الشافعي الأشعري، قاضي القضاة شيخ الإسلام في عصره، وأحد الحفاظ المفسرين المناظرين، وهو والد التاج السبكي، ولد في مصر وانتقل إلى القاهرة ثم إلى الشام وولي قضاء الشام، له: "مختصر طبقات الفقهاء" و"إحياء النفوس في صنعة إلقاء الدروس" و "السيف المسلول على من سب الرسول" توفي سنة 756 هـ. [ينظر: الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي، ت: 764هـ، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث– بيروت، عام: 1420هـ– 2000م، 166/21، والأعلام، للزركلي، 302/4]

[6] فتاوى السبكي، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: 756هـ، دار المعارف، د.م، د.ت، 213/1

ومثال هذه الأحكام الكلية مواد قانون الأحوال الشخصية فهي عبارة عن أحكام كلية، كتحديد سن الثامنة عشرة لرفع الحجر عن القاصر، حيث نصت المادة 162 من قانون الأحوال الشخصية على أن "القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة" فهذا حكم عام، والقاضي قد تعرض له قضية يقضي فيها باستمرار الحجر على زيد من الناس لسفهه وإن بلغ هذه السن، وهي تسمى واقعة قضائية.

والمراد بالواقعة القضائية: الحادثة التي يقع فيها التنازع لدى القاضي تقتضي فصلاً بحكم ملزم، أو صلح عن تراض[2].

والمراد بالواقعة الفتوية: الحادثة يستفتى فيها تستدعي تحقيق مناط الحكم الكلي عليها من غير إلزام[3].

والمراد بتنزيل الأحكام على الوقائع هنا: تطبيق الحكم الكلي على الواقعة القضائية أو الفتوية بعد اكتمال ما يلزم لذلك، ومن الألفاظ التي تطلق على تنزيل الأحكام على الوقائع: توصيف الوقائع، تطبيق الأحكام الكلية على الوقائع، تحقيق المناط بتعيين محل الحكم الشرعي الكلي، إيقاع الحكم الكلي على محله[4].

ففي الكلام على الإباحة مثلاً –والتي هي إحدى الأحكام التكليفية الخمسة– فإنه من المقرر شرعاً أن المباح بالشخص أو بالجزء يكون إما مطلوباً بالكل أو ممنوعاً بالكل، على حسب موافقته للمبادئ الكلية المقررة في الشريعة أو مناقضتها، فإن كان خادماً للمبادئ الشرعية كان مطلوباً بالكل مباحاً بالجزء، وإن كان مناقضاً للمبادئ الكلية العامة في الشريعة كان مباحاً بالجزء حراماً بالكل[5].

قال الشاطبي[6]: "المباح ضربان:

---

[1] مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 235/78

[2] مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 236/78- 237

[3] المصدر نفسه، 236/78- 237

[4] المصدر نفسه، 236/78- 237

[5] ينظر: الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ت: 790هـ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، عام 1417هـ- 1997م، 206/1-209، وموسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، لعلي أحمد السالوس، مكتبة دار القرآن مصر- بلبيس، دار الثقافة، قطر- الدوحة، ط7، د.ت، ص46

[6] الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ من أهل غرناطة، من أئمة المالكية، محدث، فقيه أصولي، لغوي، مفسر، له: (الموافقات في أصول الفقه) و(المجالس) شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، و(أصول النحو) و(الاعتصام) توفي عام790 هـ. [شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، لبنان- بيروت، د.ت، 231، والأعلام للزركلي، 75/1، ومعجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، ت: 1408هـ، مكتبة المثنى- بيروت، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ت، 118/1]

أحدهما: أن يكون خادماً لأصل ضروري، أو حاجي، أو تكميلي.

والثاني: أن لا يكون كذلك.

فالأول: قد يراعى من جهة ما هو خادم له، فيكون مطلوباً ومحبوباً فعله، وذلك أن التمتع بما أحل الله من المأكل والمشرب ونحوها مباح في نفسه، وإباحته بالجزء، وهو خادم لأصل ضروري، وهو إقامة الحياة؛ فهو مأمور به من هذه الجهة، ومعتبر ومحبوب من حيث هذا الكلي المطلوب؛ فالأمر به راجع إلى حقيقته الكلية، لا إلى اعتباره الجزئي...

والثاني: إما أن يكون خادماً لما ينقض أصلاً من الأصول الثلاثة المعتبرة، أو لا يكون خادماً لشيء كالطلاق؛ فإنه ترك للحلال الذي هو خادم لكُلِّيِّ إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري، ولإقامة مطلق الألفة والمعاشرة، واشتباك العشائر بين الخلق، وهو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر حَرْمَاً لذلك المطلوب ونقضاً عليه؛ كان مبغضاً، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لمعارض أقوى كالشقاق، وعدم إقامة حدود الله، وهو من حيث كان جزئياً في هذا الشخص، وفي هذا الزمان مباح وحلال"[1].

ثانياً: أنواع الحكم الكلي وصفاته:

1-الأحكام الشرعية نوعان:

أ-أحكام كلية شرعت ابتداء، ولا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون دون بعض، ولا ببعض الأحوال دون بعض كالصلاة مثلاً، فإنها مشروعة على الإطلاق والعموم في كل شخص وفي كل حال[2].

ب-وأحكام شرعت لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه، كالسلم والمساقاة[3].

2-صفات الحكم الكلي

إن الحكم الكلي يتكون من شطرين هما: معرفات الحكم (الحكم الوضعي) ، والحكم (وهو الذي يطلق عليه الحكم التكليفي)، وهو الأصل في الإطلاق، والمعرفات تابعة له لأنه لا يتم بدونها، وشطرا الحكم في حقيقتهما نظم واحد يطلق عليه: الحكم الكلي، وهو أمر أو حظر أو إباحة على أوصاف عامة منزلة في الذهن، **والأمر والحظر والإباحة صفات أحكام لا صفات أعيان**، ولذا فإن للحكم الكلي صفتين هما: أنه عام، ومجرد[4]، وقد أشار إليهما ابن خلدون[5] رحمه الله، وهو يحدد وظيفة العلماء في التقعيد والتأصيل، فقال: "إنهم معتادون النظر الفكري،

---

[1] الموافقات، للشاطبي، 203/1-204

[2] ينظر: المصدر نفسه، 464/1، والموسوعة الفقهية الكويتية، 193/28

[3] ينظر: الموافقات للشاطبي، 466/1، والموسوعة الفقهية الكويتية، 193/28

[4] ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 255/78

[5] هو عبد الرحمن بن محمد أبو زيد الحضرمي الأشهيلي، ولد بمدينة تونس ببلاد المغرب سنة 732هـ، ونشأ بها وطلب العلم، وقرأ وحفظ القرآن، خرج من تونس ودخل القاهرة واستوطن القاهرة، وتصدر للإقراء بجامع الأزهر مدة، ثم ولاه الملك الظاهر برقوق قضاء القضاة المالكية بديار مصر، مات وهو قاض فجأة سنة 808هـ، وله من العمر ست وسبعون سنة. [المنهل الصافي والمستوفى

والغوص على المعاني، وانتزاعها من المحسوسات، وتجريدها في الذهن، أموراً كلية عامة؛ ليحكم عليها بأمر العموم لا بخصوص مادة، ولا شخص ولا جيل ولا أمة ولا صنف من الناس، ويطبقون من بعد ذلك الكلي على الخارجيات، وأيضاً يقيسون الأمور على أشباهها وأمثالها بما اعتادوه من القياس الفقهي، فلا تزال أحكامهم وأنظارهم كلها في الذهن، ولا تصير إلى المطابقة إلا بعد الفراغ من البحث والنظر"[1].

كما أشار إلى صفتي الحكم من العموم والتجريد الشاطبي[2] بقوله: " لأنها [يعني: الأحكام الكلية] مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك... ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها مطلقات وعمومات وما يرجع إلى ذلك، منزلات على أفعال مطلقات كذلك"[3].

وهذا بيان لصفتي الحكم الكلي من العموم والتجريد:

أ- العموم:

والمراد به: عموم الحكم الكلي لكل الأشخاص والأزمان والوقائع التي تندرج تحته، فهو عام للمكلفين، فلا يخص شخصاً أو واقعة بعينها، ولا يشترط فيه سوى التهيئة الظاهرة، فهو محدد بالأوصاف والشروط المقررة، لا بأشخاص أو أعيان بذواتهم، وهذا يجعل الحكم الكلي صالحاً للتطبيق على عموم الأشخاص والأعيان الذين تحقق فيهم الأوصاف والشروط المذكورة فيه، وإنما كان الحكم الكلي عاماً حتى يشمل صوراً كثيرة غير متناهية مما يدخل تحته[4].

يقول الشاطبي[5] رحمه الله: إن "الشريعة لم تنص على حُكْم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر"[6].

فالقاضي والمفتي عند تنزيل الحكم الكلي على شخص أو واقعة معينة، كأنه يخصه بهذا الحكم من عموم الصور والوقائع التي تندرج تحته.

ب- التجريد:

بعد الوافي، لأبي المحاسن جمال الدين يوسف بن تغري بردي الأتابكي، ت:874هـ، تحقيق: محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام 1984م، 7/205-209]

[1] ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، لأبي زيد ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن محمد، ابن خلدون الحضرمي الإشبيلي، ت: 808هـ، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، عام 1408 هـ-1988م، 745

[2] سبقت ترجمته ص18

[3] الموافقات للشاطبي، 17/5

[4] ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 257/78

[5] سبقت ترجمته ص 18

[6] الموافقات للشاطبي، 14/5

والمراد به: افتراض الحكم الكلي عند تقريره كائناً في الأذهان على الأوصاف المجردة عن الأشخاص المعينين والأعيان المحددة[1].

فالتجريد يعني افتراض الحكم الكلي عند تقريره منزلاً في الأذهان مجرداً عن الأشخاص والأعيان بذواتهم، وإنما يربط الحكم بالأشخاص والوقائع والنوازل بصفاتها المحددة، لا بذواتها وأشخاصها، بل للمعاني القائمة بها مهما اختلفت زماناً أو مكاناً، وإنما يجري تشخيص الأحكام الكلية على الأعيان والصور والأشخاص والوقائع عند تطبيقها وتنزيلها على الوقائع المعينة، والقاضي أو المفتي عند هذا التنزيل يكون قد شخّص ووصف هذه الواقعة أو هذه الصورة أو هذا الشخص المعين بهذا الحكم الكلي العام، فصار منزلاً على الأعيان بدلاً من افتراضه في الأذهان[2].

والمراد بالحكم الشرعي في هذا البحث: المعنى المرادف للقاعدة القانونية التي هي: مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد الخارجي بصورة عامة مجردة، تُوْقع الدولة جزاء على من يخالفها، أو بعبارة أخرى: مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في الجماعة التي يتعين عليهم الخضوع لها ولو بالقوة إذا لزم الأمر[3].

فاستعمال الفقهاء لمصطلح الحكم الشرعي يختلف عن استعمال الأصوليين، وتستعمل القاعدة القانونية في القانون بمعنى مصطلح "الحكم" عند الفقهاء[4].

فهناك مستويان من الحكم في الفقه والقانون، هما: تحديد حدود الحكم ونطاقه من جهاته المختلفة، وهو المسمى بتحقيق المناط العام، وتطبيق الحكم على الحالات الجزئية، وهو المسمى بتحقيق المناط الخاص.

المستوى الأول: تحقيق المناط العام: وهو "نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما"[5]، ويكون تحقيق المناط العام بناء على ما ظهر من حال المكلف أو المخاطب من قبوله لتحقيق المناط المشروط، بكونه متهيئاً ظاهراً لأن يُحَقَّقَ فيه المناط، كما إذا أراد المحقِّق للمناط تحقيق معنى العدالة مثلاً، فينظر في الشخص المعين فإن وجد أنه متصف بها حسب ما ظهر له، أوقعَ عليه ما تقتضيه الأدلة من التكاليف التي تناط بالعدول من الشهادات والولايات العامة أو الخاصة، من غير التفات إلى شيء غير أن هذا الشخص يكون متهيئاً ظاهراً لأن يحقق فيه هذا

---

[1] ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 258/78

[2] ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد بن خنين، 259/78

[3] ينظر: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الثاني 2007م، بحث بعنوان: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، د. حمزة حمزة، 365

[4] ينظر: المصدر نفسه، 365

[5] الموافقات، للشاطبي، 25-23/5

المناط[1]، وكتحقيق المجتهد لمعنى الفقير الذي يستحق الزكاة، وتحقيقه لمعنى الزاني المحصن، وتحقيقه لمعنى العدالة في الشهادة والرواية[2].

ويتم هذا النوع عبر تحديد حدود الحكم واعتباره أشبه بتوجيه، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: 43] فالإقامة بتجريدها معروفة، والصلاة الشرعية معروفة، ولكن التعميم بتحرير الموضوع وبيان حالة الشخص المكلف وزمانه ومكانه وشروطه الأخرى هو الذي يحتاج إلى بيان، فيفصل الحكم وتصاغ القاعدة القانونية بناء عليها، وكتحديد المكلف، فالتكليف يكون بالإدراك، والإدراك غير معلوم وغير منضبط، وبناؤه على سن معينة هو الحكم الفقهي[3]. وهذا البحث سيكون مقتصراً على هذا النوع فقط.

المستوى الثاني: تحقيق المناط الخاص: وهو تطبيق الحكم وربطه بحالة معينة، فالحكم بهذا المستوى لا يسمى حكماً فيه معنى القاعدة القانونية وإنما هو أشبه بالأمر الإداري، أو القرار المرتبط بشخص معين، أو الحكم القضائي بإلزام شخص بعمل ما، أو فتوى موجهة لشخص معين يستفتي في مسألة ما.

وليس المراد بالعموم استيعاب الحكم كل مكلف بعينه، أي انطباق القاعدة القانونية على كل من يقيم ببلد كذا، بل المراد أنها لا تكون مقصورة على أناس معينين بذواتهم، بل موجهة إلى أناس معينين بأوصافهم، فليس هناك ما يمنع أن تكون القاعدة مقصورة على شريحة طلبة الجامعة فقط من عموم الشعب مثلاً، بل قد تكون القاعدة خاصة بشخص واحد، ومع ذلك لا تفقد صفة العموم ما دام هذا الشخص غير معين بذاته بل بصفته، فالقانون الذي ينظم وظيفة رئيس الجمهورية لا يقصد به شخص معين، بل يقصد شخص واحد ينظر إليه بصفة الرئيس، وهذه الصفة تنطبق على أي شخص[4].

ويشترك الحكم الشرعي عند الأصوليين والقانونيين في مفهوم الإلزام حتى ينتج عنه اللزوم، أي: الإيجاب حتى يترتب عليه أثره وهو الوجوب[5].

وتحقيق المناط الخاص هو نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية[6]، فهو يتعلق بشخص معين لمعرفة ما يناسبه وما ينطبق عليه من أحكام الشرع، وإلى أي حد تناسبه وتنطبق عليه[7].

---

[1] ينظر: المصدر والموضع نفسه، ومجلة العدل، العدد 20، شوال 1424 هـ، بحث بعنوان: تحقيق المناط، لصالح بن عبد العزيز العقيل، ص 136

[2] ينظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، لأحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، عام 1412هـ- 1992م، 355

[3] ينظر: مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الثاني 2007م، بحث بعنوان: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، د.حمزة حمزة، 368

[4] ينظر: المصدر نفسه، 368- 369

[5] ينظر: المصدر نفسه، 370

[6] ينظر: الموافقات للشاطبي، 5/23-25

[7] نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، للريسوني، 355

وهو ما يتوفر فيه للمحقق للمناط ما يمكنه من الاطلاع على حال من يريد تحقيق المناط فيه اطلاعاً لا يقتصر فيه على ما ظهر من حاله، وكونه قابلاً للتحقيق ظاهراً بل يتمكن فيه المحقق للمناط من معرفة النفوس ومراميها، وتفاوت إدراكها وقوة تحملها للتكاليف وصبرها على الأعباء أو ضعفها، فهذا النوع من التحقيق هو نظرٌ في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، فيوقع عليه من تلك التكاليف ما هو مقيد بما يناسب حاله التي هو عليها، وفي هذا النوع يحمل على كل نفس ما يليق بها من أحكام النصوص، إذ النفوس ليست في قبول الأعمال الخاصة على مرتبة واحدة، فمن الأعمال الصالحة ما يدخل بسببه الضرر على شخص ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص آخر[1].

"والاجتهاد في التطبيق في القضاء من باب تحقيق المناط الخاص، وهو إثبات مضمون القاعدة العامة –أو الأصل أو العلة– في الجزئيات والفروع أثناء التطبيق بشرط أن يكون كل من المضمون والعلة متفقاً عليه، فهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في التطبيق، وهو ذاته الذي يفعله القاضي أثناء تطبيق النصوص القانونية على الوقائع، فلا بد من الاجتهاد في تحقيق المناط الخاص، بتطبيق الحكم المناسب لكل شخص على حدة في ضوء ظروفه الخاصة"[2].

"فالاجتهاد في مثل هذه الدرجة من الخصوصية، يحتاج إلى نوع خاص من المجتهدين، فلا يكفي أن يكون المجتهد قانونياً ماهراً بنصوص التشريع وتفصيلاته، ولكنه يتطلب مجتهداً ماهراً أيضاً بالنفوس وخفاياها وخصوصياتها، وماهراً بالملابسات الاجتماعية وتأثيراتها"[3].

يقول الشاطبي[4]: "فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف به النفوس ومراميها، وتفاوت إدراكها وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها، أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف"[5].

ومثال المناط الخاص: قصة ابن عمر[6] في طلاق زوجته، فعن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه طلق امرأته، وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

[1] ينظر: الموافقات للشاطبي، 5/23-25، ومجلة العدل، العدد 20، شوال 1424هـ، بحث: تحقيق المناط، لصالح بن عبد العزيز العقيل، ص 136-137

[2] إجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية في الفقه وأنظمة المملكة العربية السعودية، لمحمد بن منصور ربيع المدخلي، جامعة الملك خالد– كلية الشريعة وأصول الدين– قسم الفقه، د.ت، ص47

[3] نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، للريسوني، 355

[4] سبقت ترجمته ص 18

[5] الموافقات للشاطبي، 5/25

[6] عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي، أبو عبد الرحمن، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، لم يشهد بدراً، واختلف في شهوده أُحُداً، والصحيح أن أول مشاهده الخندق، كان يوم بدر ممن لم يحتلم، استصغره رسول الله صلى الله عليه وسلم وردَّه، وشهد الحديبية، أدرك فتح مكة وهو ابن عشرين سنة، كان من أهل الورع والعلم، وكان كثير الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه

عن ذلك، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((مُرْه فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء))[2].

وقوله تعالى: ﴿آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ [الحديد: 7] مع حديث أبي هريرة رضي الله عنه[3]، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((ما نقصت صدقة من مال))[4]، وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله عنه[5] على إخراج ماله كله صدقة وقبله منه[1] وردَّ أبا لبابة[2]

وسلم، عاش ستاً وثمانين سنة، وأفتى في الإسلام ستين سنة، ومات سنة 73هـ. [ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، عام 1412هـ- 1992م، 3/950-952]

[1] عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي، ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من أشرف قريش، أسلم بعد أربعين رجلاً وإحدى عشرة امرأة، قال ابن مسعود: لو أن علم عمر وضع في كفه ميزان، ووضع علم الناس في كفه ميزان لرجح علم عمر، كان أزهد الناس في الدنيا، وأرغبهم في الآخرة، وكان نقش خاتمه: "كفى بالموت واعظاً يا عمر"، لقَّبه النبي صلى الله عليه وسلّم بالفاروق، وكناه بأبي حفص، قتله أبو لؤلؤة فيروز الفارسي غيلة بخنجر في خاصرته وهو في صلاة الصبح سنة 23هـ. [ينظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، ت: 630هـ، تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م، 4/137-155، والاستيعاب، لابن عبد البر، 3/1144-1159، والإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852هـ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1415 هـ، 4/484-486، والتاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، ت: 256هـ، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان، د.ت 6/139، والأعلام للزركلي، 5/45]

[2] أخرجه البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لأبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، عام 1422هـ، كتاب الطلاق- باب إذا طلقت الحائض تعتد بذلك الطلاق، رقم: 5252، ج7/41، ومسلم -واللفظ له- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت: 261هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ت، كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، رقم: 1471، ج، 2/1093

[3] أبو هريرة بن عامر كان اسمه عبد شمس الدوسي، لما أسلم سماه النبي عبد الرحمن وكناه أبا هريرة، وكان أحفظ من روى الحديث، قال: كنت أحمل هرة يوماً في كمي، فرآني رسول الله، فقال لي: ما هذه؟ فقلت: هرة، فقال: يا أبا هريرة، أسلم عام خيبر، وشهدها مع رسول الله، ثم لزمه وواظب عليه رغبة في العلم راضياً بشبع بطنه، فكانت يده مع يد رسول الله، وكان يدور معه حيث دار، وكان يحضر ما لا يحضر سائر المهاجرين والأنصار، توفي سنة 57هـ وعمره 78 سنة. [ينظر: الإصابة لابن حجر العسقلاني، 7/348-362، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، 4/1770-1771]

[4] أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب- باب استحباب العفو والتواضع، رقم: 69، ج4/2001

[5] أبو بكر الصديق هو عبد الله بن أبي قحافة، ولقبه عتيق، وأمه أم الخير، واسمها سلمى بنت صخر شهد بدراً بعد مهاجرته مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من مكة إلى المدينة، لم يكن رفيقه من أصحابه في هجرته غيره، وكان مؤنسه في الغار إلى أن خرج

وكعب بن مالك[3] وقال لكعب بن مالك: ((أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك))[4] فهذا يبين أن التفضيل ليس بمطلق بل يدل دلالة ظاهرة على أن المراعى هو النظر إلى حال السائل وإلى الوقت وهو المقصود بالمناط

معه مهاجرين، وهو أول من أسلم من الرجال وتوفي وهو ابن ثلاث وستين سنة. [الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، 963/3 و 1614/4]

[1] أخرجه البخاري معلقاً، كتاب الزكاة- باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، ج،112/2

والحديث عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه يقول: "أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً أن نتصدق، فوافق ذلك مالاً عندي، فقلت: اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً، فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ما أبقيت لأهلك؟))، قلت: مثله، قال: وأتى أبو بكر رضي الله عنه بكل ما عنده، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ما أبقيت لأهلك؟)) قال: أبقيت لهم الله ورسوله، قلت: لا أسابقك إلى شيء أبداً. [أخرجه أبو داود، في سننه، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، ت: 275هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، د.ت، كتاب الزكاة- باب في الرخصة في ذلك، رقم: 1678، ج 129/2، والترمذي في سننه (الجامع الكبير)، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، ت: 279هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر (جـ 1، 2) ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ 3) وإبراهيم عطوة عوض (جـ 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط2، 1395هـ- 1975م، أبواب المناقب، باب مناقب أبي بكر الصديق رضي الله عنه، رقم: 3675جـ614/5 وقال: "هذا حديث حسن صحيح"].

[2] عن ابن شهاب، أنه بلغه أن أبا لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه قال: يا رسول الله، أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك وأنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((يجزيك من ذلك الثلث)) [أخرجه أبو داود، كتاب الأيمان والنذور- باب فيمن نذر أن يتصدق بماله، رقم: 3319، ج240/3، قال الألباني: "صحيح الإسناد"، ومالك في الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ت: 179هـ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية- أبو ظبي- الإمارات، ط1، عام 1425هـ- 2004م، -واللفظ له- كتاب النذور- جامع الأيمان، رقم: 469، ج685/3]

وأبو لبابة بن عبد المنذر الأنصاري، اسمه بشير بن عبد المنذر، كان نقيباً، شهد العقبة وبدراً، قال أبو عمر: قد استخلف رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة على المدينة أيضاً حين خرج إلى غزوة السويق، وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أُحُداً وما بعدها من المشاهد، مات في خلافة علي رضي الله عنهما، وكان أبو لبابة ممن تخلف عن النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك. [الاستيعاب لابن عبد البر 1740/4-1742]

[3] كعب بن مالك، واسم أبي كعب عمرو بن القين بن كعب الأنصاري السلمي، يكنى أبا عبد الله، وقيل: أبا عبد الرحمن، شهد العقبة الثانية، كان أحد شعراء رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين كانوا يردّون الأذى عنه، شهد أحداً والمشاهد كلها إلا تبوك فإنه تخلف عنها، وهو أحد الثلاثة الأنصار الذين خُلِّفوا، توفي في زمن معاوية سنة خمسين، وقيل سنة ثلاث وخمسين، وهو ابن سبع وسبعين، وكان قد عمي وذهب بصره في آخر عمره. [الاستيعاب لابن عبد البر، بتصرف طفيف 1323/3-1324]

[4] والحديث عن عبد الله بن كعب، قال: سمعت كعب بن مالك رضي الله عنه، قلت: يا رسول الله، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله، وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم؟ قال: ((أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك))، قلت: فإني أمسك سهمي الذي بخيبر. [أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب الوصايا- باب إذا تصدق أو أوقف بعض ماله أو بعض رقيقه أو دوابه فهو جائز، رقم: 2757، ج7/4، ومسلم- كتاب التوبة- باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، رقم: 53، ج 2120/4

الخاص[1]. "فهذه المواضع وأشباهها مما يقتضي تعيين المناط لا بد فيها من أخذ الدليل على وفق الواقع بالنسبة إلى كل نازلة"[2].

والحكم العام هنا هو غير الحكم القضائي أو حكم المفتي أو الأحكام الإجرائية (أصول المحاكمات) حيث يرجع القاضي أو المفتي إلى الحكم العام الذي هو المادة القانونية، أو كمتون كتب الفقه التي تأتي على هيئة قواعد وأحكام عامة موضوعية.

ذلك أن القانونيين يقسمون القانون تقسيمات عدة، منها تقسيمهم القانون على أساس طبيعة القواعد القانونية: وحسب هذا الأساس ينقسم القانون إلى قسمين هما:

أ- قانون موضوعي، وهو الذي تتضمن قواعده أحكاماً موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة، فيقال مثلاً: القانون المدني، والقانون التجاري وغيرهما، حسب الموضوع الذي تتضمنه أحكام كل قانون.

ب- قانون شكلي أو إجرائي: وهو الذي تتضمن قواعده أحكاماً إجرائية تبين الأوضاع والإجراءات، التي تُتَّبع لاقتضاء الحقوق التي يقررها القانون الموضوعي، كقانون المرافعات المدنية، وقانون الإجراءات الجنائية مثلاً[3].

والحديث عن المناط الخاص يسوقنا إلى الحديث عن الفتوى والقضاء.

ثالثاً: الحكم القضائي والفتوى والفرق بينهما:

1-الحكم القضائي: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص، والقيد الأخير لإخراج الصلح بين الخصمين[4].

أو هو "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[5]. وهو محصلة لتطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع التي يدعيها الخصوم وتكشف عنها البينات[6].

قال ابن عرفة[1]: "وحال الفقيه من حيث هو فقيه: كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط[2]، وحال القاضي والمفتي كحال عالم بهما مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بهما أشق وأخصر من العلم بالكبرى فقط،

---

[1] ينظر: الموافقات، للشاطبي، 31/5- 35، ومجلة العدل، العدد 20، شوال 1424هـ، بحث تحقيق المناط، لصالح بن عبد العزيز العقيل، ص 139.

[2] الموافقات، للشاطبي، 300/3

[3] الإسلام والدستور، توفيق بن عبد العزيز السديري، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ط1، عام 1425هـ، ص18

[4] ينظر: حاشية ابن عابدين، 352/5

[5] مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، ت: 954هـ، دار الفكر، ط3، عام 1412هـ- 1992م، 86/6.

[6] حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، لمحمد ياسين، دار الفرقان، عمان ط1، عام 1984م، ص 10

وأيضاً فإن فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها فيلغى طردها[3] ويعمل معتبرها"[4].

فعلم القضاء أخص من العلم بفقهه؛ لأن متعلق فقهه كلي من حيث هو كلي، ومتعلق علمه كلي من حيث صدق كليه على جزئيات، وفقه الفقيه من حيث كونه فقيهاً أعم من فقه الفقيه من حيث كونه مفتياً، وأيضاً فقه القضاء والفتوى مبنيان على النظر في الصور الجزئية بإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف التي فيها، فيُلغي الأوصاف الطردية ويُعمِل الأوصاف المعتبرة[5].

و"على المفتي الإكثار من مطالعة كتب الفتاوى والنوازل الواقعة، ليعرف منها كيفية تطبيق الأحكام الكلية على القضايا الجزئية؛ لأن **المفتي والقاضي أخص من الفقيه**... وفقه القضاء والفتوى محتاج إلى إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها"[6].

---

[1] محمد بن محمد بن محمد بن عرفة، أبو عبد الله الورغمي التونسي المالكي، عالم تصدى لنشر العلم، وتفقه ببلاده على أبي عبد الله بن عبد السلام الهواري شارح مختصر ابن الحاجب الفرعي وعنه أخذ الأصول، قدم للحج في سنة 796هـ، له: "المبسوط" في الفقه، واختصر الجوفي في الفرائض، والطرق الواضحة في عمل المناصحة، و(الحدود) في التعريفات، مات سنة 803 هـ. [ينظر: البدر الطالع للشوكاني، 255/2-256، والأعلام للزركلي، 43/7]

[2] الشكل الأول هو ما كان الحد الأوسط فيه محمولاً في الصغرى موضوعاً في الكبرى، مثل: كل جسم مؤلف، وكل مؤلف محدث، فكل جسم محدث [ينظر: المنطق الصوري التصورات– التصديقات، إعداد: يوسف محمود، دار الحكمة، الدوحة، ط1، عام 1414هـ- 1994م، 153]

مثاله: زيد إنسان (مقدمة صغرى) كل إنسان حيوان (مقدمة كبرى) إذن زيد حيوان (نتيجة) [المصدر نفسه، 148]

والشكل الأول عند المناطقة هو الهيئة الحاصلة من كيفية وضع الحد الأوسط عند الحدين الآخرين، وهو أحد الأشكال الأربعة. [ينظر: المصدر نفسه، 152]

والحد الأوسط هو اللفظ الذي يظهر متكرراً في كلتا مقدمتي القياس الصغرى والكبرى، ولا يظهر في النتيجة التي تتألف من الحدين الأصغر والأكبر. [المصدر نفسه 149]

والحد الأصغر هو محمول النتيجة والحد الأكبر هو موضوع النتيجة. [المصدر نفسه 146]

[3] الأوصاف الطردية التي لا تنبني على وجودها أو فقدها ثمرة، وهذا وجه تخطئة المفتين والقضاة لبعضهم بعضاً، فقد يبني القاضي والمفتي حكمه على الأوصاف الطردية المحتفَّة بالنازلة ويغفل عن أوصافها المعتبرة. [البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، لأبي الحسن علي بن عبد السلام بن علي التُّسُولي، ت: 1258هـ، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت، ط1، عام 1418هـ- 1998م، 34/1]

[4] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 87/6

[5] ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، ت: 1299هـ، دار الفكر- بيروت، عام: 1409هـ- 1989م، 256/8

[6] الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، ت: 1376هـ، دار الكتب العلمية- لبنان– بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1995م، 487/2

و"الغاية المقصودة من علم الفقه: هي تطبيق الأحكام الشرعية على أفعال الناس وأقوالهم، فالفقه هو مرجع القاضي في قضائه، والمفتي في فتواه، ومرجع كل مكلف لمعرفة الحكم الشرعي فيما يصدر عنه من أقوال وأفعال، وهذه هي الغاية المقصودة من كل القوانين في أيّة أمة، فإنها لا يقصد منها إلا تطبيق موادها وأحكامها على أفعال الناس وأقوالهم وتعريف كل مكلف بما يجب عليه وما يحرم عليه، وأما الغاية المقصودة من علم أصول الفقه: فهي تطبيق قواعده ونظرياته على الأدلة التفصيلية للتوصل إلى الأحكام الشرعية التي تدل عليها، فبقواعده وبحوثه تفهم النصوص الشرعية ويعرف ما تدل عليه من الأحكام ويعرف ما يزال به من خفاء الخَفي منها، وما يرجح منها عند تعارض بعضها ببعض"[1].

والقضاء لغة: الفصل في الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: 14]، أي لفصل الحكم بينهم، ومنه: قضى القاضي بين الخصوم، أي قطع بينهم في الحكم، ويطلق على التقدير، يقال: قضى الشيء قضاء: إذا صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فصلت: 12]، أي خلقهن وعملهن وصنعهن وقدرهن وأحكم خلقهن، وبمعنى الحتم والأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: 23]، وقضى وطَره: أتمَّه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: 37]، والقضاء: العمل، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾ [طه: 72][2].

والحكم القضائي اصطلاحاً: هو إنشاء وإلزام من الحاكم بحسب ما يعرض له من الأسباب والحجج [3].

وهذا يشير إلى أن الفقهاء يميزون بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية، فينبغي التمييز بين الفقيه من جهة، وبين القاضي والمفتي من جهة أخرى، إذ إن القاضي والمفتي ينظران في الصور والأحكام الجزئية، أما الفقيه فهو الذي يبين الحكم العام لكل من المفتي والقاضي.

2-الفتوى لغة: "ما أفتى به الفقيه... يقال: أفتاه في الأمر: أبانه له... وأفتيته في مسألته إذا أجبته عنها"[4].

واصطلاحاً: هي "إخبار المفتي عن الله بما يجده في الأدلة من حكم الله تعالى"[5].

أو "هي الإخبار بالحكم الشرعي لا على وجه الإلزام سواء كانت بكتاب أو إخبار"[1].

---

[1] علم أصول الفقه للخلاف، 14-15

[2] ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزَّبيدي، ت: 1205هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، مادة قضي، 29/310-312 و316

[3] ينظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، 100

[4] لسان العرب لابن منظور، مادة فتا، 15/147-148

[5] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي عن الإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، ت: 684 هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط1، عام 1387هـ- 1967م، ط2، بيروت 1416هـ- 1996م، 99.

3-الفرق بين القضاء والفتوى:

يختلف القضاء عن الفتوى في الأمور الآتية:

أ- أن الفتوى إخبار عن الحكم الشرعي، والقضاء إنشاء للحكم بين المتخاصمين.

فالقضاء يتبع الحجج والأدلة، والحاكم منشئ أما المفتي فهو مبلِّغ متبع، وهو في الحكم متبع لأمر الله بأن ينشئ الأحكام وفق الأدلة والحجج، لكنه ليس متبِعاً في نقل ذلك الحكم عن الله تعالى؛ لأن ما فُوِّض إليه من الله تعالى لا يكون منقولاً عن الله تعالى[2].

قال القرافي[3]: " الفتوى والحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة لكن الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبارٌ معناه الإنشاء والإلزام من قبل الله تعالى، وبيان ذلك بالتمثيل: أن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجده عن القاضي، واستفاده منه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام، والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل ذلك عن مستنيبه، بل مستنيبه قال له: أي شيء حكمتَ به على القواعد فقد جعلتُه حكمي، فكلاهما موافق للقاضي ومطيع له، وساعٍ في تنفيذ مراده غير أن أحدهما ينشئ، والآخر ينقل نقلاً محضاً من غير اجتهاد له في الإنشاء، كذلك المفتي والحاكم كلاهما مطيع لله تعالى قابل لحكمه غير أن الحاكم منشئ، والمفتي مخْبِر محض"[4].

والقضاء يعتمد على الحجج، أما الفتوى فتعتمد على الأدلة[5]، والقضاء يحتاج إلى التفطن لوجوه حجج الخصوم وقد يكون إنسان أعلم بالحلال والحرام، ولكنه بعيد عن التنبه للخدع الصادرة من الخصوم والتنبه لوجه الصواب من أقوال المتخاصمين[6].

---

(1) شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ت: 1101هـ، دار الفكر للطباعة– بيروت، د.ت، 109/3.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 102-103

(3) القرافي هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول والعلوم العقلية، وله معرفة بالتفسير، أخذ كثيراً من علومه عن عز الدين ابن عبد السلام، له كتاب "الذخيرة" في الفقه المالكي، و"القواعد"، و"شرح محصول الإمام فخر الدين الرازي"، توفي عام 684هـ. [الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، ت: 799هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ت، 62- 67]

(4) الفروق للقرافي، 53/4-54

(5) "وفي الفرق بين الدليل والحجة وجهان:

أحدهما: أن الدليل ما دلك على مطلوبك، والحجة ما منعت من ذلك. والثاني: أن الدليل ما دلك على صوابك، والحجة ما دفعت عنك قول مخالفك". [الحاوي الكبير للماوردي، 153/16]

(6) ينظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، 53

ب- يشترك القاضي والمفتي في أن كلاً منهما يجب عليه إظهار حكم الشرع في الواقعة، ويتميز القاضي بالإلزام بالحكم وإمضائه، فالقاضي مخبر عن حكم الشارع بعلمه مقبول بعدالته منفذ بقدرته[1].

قال القرافي[2]: "ثم يقع السؤال عن حقيقة الحكم... فلا يجاب إلا بأن الحكم إلزام والفتوى إخبار، فيقال: إن أريد الإلزام الحسي فقد يعجز الحاكم عن الإلزام الحسي من الترسيم[3] والحبس وغير ذلك، ومع ذلك فحكمه حكم وإلزامه الحسي ليس حكماً، وإن أريد أنه يخبر عن حكم الله أنه إلزام فالفتيا كذلك، ثم إن الحكم قد يكون بعدم الإلزام، وأن الواقعة الموافقة يتعين فيها الإباحة وعدم الحجر فتفسير الحكم بالإلزام غير جامع"[4] ولعل اعتراض القرافي حول تعريف الحكم القضائي بالإلزام لا عن ما يميز هذا الحكم عن الفتوى.

ت- جاء في الدر المختار نقلاً عن "أيمان البزازية أن المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر"[5].

قال ابن عابدين[6]: "المفتي يفتي بالديانة، مثلاً إذا قال رجل: قلت لزوجتي: أنت طالق قاصداً بذلك الإخبار كاذباً فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع، والقاضي يحكم عليه بالوقوع؛ لأنه يحكم بالظاهر"[7].

-وتظهر ثمرة التفرقة بين الحكم القضائي والديانى مثلاً، فيما إذا قال الرجل لامرأته: "أنت طالق ثلاثاً للسُّنة"، ونوى تفريق الطلقات على ثلاثة أقراء، فلا يقبل ذلك منه في ظاهر الحكم، وإن علم الله تعالى منه الصدق فيما ادّعاه، فلا تقع الطلقات الثلاث معاً بينه وبين الله تعالى، وعبّر الفقهاء عن هذا فقالوا: لا يُقبل منه في الظاهر، ولكن يُدَيّن بينه وبين الله[8].

ث- ما ذكره ابن القيم[9]: من أن حكم الحاكم جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله، فالمفتي يفتي حكماً عاماً كلياً أن من فعل كذا ترتب عليه كذا، ومن قال كذا لزمه كذا، أما القاضي فيقضي قضاء

---

[1] ينظر: بدائع الفوائد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، المعروف بابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت، 22/4

[2] سبقت ترجمته ص 28

[3] "الترسيم: أن يعوَّق الشخص بمكان من الأمكنة أو يقام عليه حافظ" [ينظر: التراتيب الإدارية والعمالات والصناعات والمتاجر والحالة العلمية التي كانت على عهد تأسيس المدنية الإسلامية في المدينة المنورة العلمية، لمحمد عبد الحيّ بن عبد الكبير بن محمد الحسني الإدريسي، المعروف بعبد الحي الكتاني، ت: 1382هـ، تحقيق: عبد الله الخالدي، دار الأرقم- ط2، بيروت، د.ت، 246/1] وهو ما يسمى اليوم بالحجز الاحتياطي.

[4] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، 31-32

[5] الدر المختار، للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين، 365/5

[6] سبقت ترجمته ص 12

[7] حاشية ابن عابدين، 365/5

[8] ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، ت: 478هـ، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، عام 1428هـ- 2007م، 32/14-33

[9] ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة 691هـ، وسمع من ابن تيمية، وأخذ الفرائض عن أبيه وأخذ الأصول عن الصفي الهندي وابن تيمية، وبرع في جميع العلوم وكان ينال من علماء عصره وينالون منه،

معيناً على شخص معين، فقضاؤه خاص ملزم، وفتوى العالم عامة غير ملزمة[1]. ولعل ابن القيم أراد بالمفتي هنا الفقيه.

ج- أن القضاء لا يكون إلا بلفظ منطوق، وتكون الفتيا بالكتابة والفعل والإشارة[2].

ح- أن القاضي ولي من الحاكم لتنفيذ الأحكام وإجرائها بخلاف المفتي، فهو يخبر بمسائل الشريعة عند الاستفتاء ولا يحتاج إلى تعيين من الحاكم وليس له إجراء الأحكام.

خ- المفتي يحتاج إلى علم المسألة فقط فيجيب عن الاحتمالات والتقديرات أيضاً، فيبين أنه لو كان الأمر ذلك فالجواب كذلك، أما القاضي فإنه يحتاج إلى علم الواقعة ولا علاقة له بالتقديرات فإنه عين لإجراء المسائل ولا يكون إلا بعد التحقق عما في الواقع.

وقد يكون الحكم الديانى نقيض الحكم القضائي، فلا يجوز للمفتي أن يفتي بحكم قضائي، ولا للقاضي أن يقضي بفتوى[3].

د- يجوز للمفتي أن يفتي مَن لا تقبل شهادته له، فيفتي أباه وابنه وشريكه وإن لم يَجُز أن يشهد له ولا يقضي له؛ لأن الإفتاء يجري مجرى الرواية، بخلاف الشهادة والحكم فإنه يخص المشهود له والمحكوم له، ولكن لا يجوز للمفتي أن يحابي من يفتيه فيفتي أباه أو ابنه أو صديقه بشيء ويفتي غيرهم بضده محاباة، بل هذا يقدح في عدالته، كأن يكون في المسألة قولان: قول بالمنع وقول بالإباحة، فيفتي ابنه وصديقه بقول الإباحة، والأجنبي بقول المنع إلا أن يكون ثمة سبب يقتضي التخصيص غير المحاباة[4].

ذ- أن العبادات كلَّها لا يدخلها الحكم القضائي بل الفتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة[5].

فالحكم الديانى يكون بين الإنسان وبين الله والقضاء فيما بينه وبين الناس، ولا يفهم من ذلك أن الحكم الديانى يقتصر على معاملة الرجل نفسه، فإذا شاع خرج عن معنى الديانة إلى القضاء، هذا غلط بل بمجرد أن يرفع الأمر للقاضي يخرج الأمر عن دائرة الحكم الديانى.

ر- والفرق بين القضاة والمفتين والمكلفين، أن المفتين يعتمدون على الأدلة، والقضاة يعتمدون على الحجاج، والمكلفين يعتمدون على الأسباب كالزوال ورؤية الهلال[1].

كان صادعاً بالحق لا يحابي فيه أحداً، له من التصانيف: "إعلام الموقعين" و"بدائع الفوائد" و"طرق السعادتين"، مات سنة 751 هـ في دمشق. [ينظر: البدر الطالع للشوكاني، 2/143-145]

[1] ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين المعروف بابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1411هـ- 1991م، 1/30- 31

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية، 21/32

[3] تراجم ستة من فقهاء العالم الإسلامي في القرن الرابع عشر وآثارهم الفقهية، للشيخ عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، ط1، عام 1417هـ- 1997م، 55-56

[4] ينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم، 161/4

[5] ينظر: الفروق للقرافي، 48/4

والأدلة على نوعين: أدلة مشروعية الأحكام وأدلة وقوع الأحكام: فأدلة مشروعية الأحكام محصورة شرعاً تتوقف على الشارع وهي نحو العشرين، أبرزها: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والاستصحاب وفعل الصحابي، ويتوقف كل واحد منها على مدرك شرعي يدل على أن ذلك الدليل نصبه صاحب الشرع لاستنباط الأحكام.

وأدلة وقوع الأحكام هي الأدلة الدالة على وقوع الأحكام، أي وقوع أسبابها وحصول شروطها وانتفاء موانعها، وهي غير منحصرة فالزوال مثلاً دليل مشروعيته سبباً لوجوب الظهر عنده قولُه تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء، 78]، ووقوع هذه الأمور لا يتوقف على نصب من جهة الشارع ولا تنحصر تلك الأدلة في عدد ولا يمكن القضاء عليها بالتناهي[2].

وأما الحجاج فهي ما يقضي به الحكام وهي تتوقف على نصب من الشارع، وهي البينة والإقرار، والشاهد واليمين...

فالحجاج أقل من الأدلة الدالة على المشروعية، وأدلة المشروعية أقل من أدلة الوقوع[3].

ز- والحكم يقبل النقض عند ظهور بطلان ما رتِّب عليه الحكم والفتوى لا تقبله، والفتوى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم خاصة كانت قابلة للنسخ أما الحكم فلا ينسخ، أما بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فلا نسخ، غير أن هذا لا يتقرر في كل فرد من أفراد الفتيا[4].

مستند التفريق بين الحكم القضائي والدياني: تعود التفرقة بين الحكم القضائي والدياني إلى حديث أم سلمة[5] رضي الله عنها، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار))[6].

---

[1] ينظر: المصدر نفسه، 129/1

[2] ينظر: المصدر نفسه، 128/1-129

[3] ينظر: المصدر نفسه، 129/1

[4] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، 103

[5] أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، هي هند بنت أبي أمية، كانت قبله عليه الصلاة والسلام عند أبي سلمة بن عبد الأسد، فولدت له عمر وسلمة ودرة وزينب، هاجرت أم سلمة وأم حبيبة إلى أرض الحبشة، ثم خرجت مهاجرة إلى المدينة، شهدت غزوة خيبر، فقالت: "سمعت وقع السيف في أسنان مرحب"، ولها في البخاري حديثان، توفيت نحو 30 هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر 1939/4-1940، والأعلام للزركلي 306/1]

[6] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب الحيل- باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت فقضي بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها فهي له ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمناً، رقم: 6967، ج 25/9، ومسلم، كتاب الأقضية- باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم: 1713، ج1336/3

وجه الاستدلال: ذكره الإمام الشافعي[1] رحمه الله تعالى فقال: "وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((فمن قضيت له بشيء من حق أخيه)) فأخبر صلى الله عليه وسلم أن قد يكون هذا في الباطن محرماً على من قضي له به وأباح القضاء على الظاهر، ودلالة على أن قضاء الإمام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً لقوله: ((فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه)) ودلالة على أن كل حق وجب لي ببينة أو قضاء قاضٍ فأقررت بخلافه أن قولي أولى؛ لقوله: ((فمن قضيت له بشيء)) في الظاهر فلا يأخذه إذا كان في الباطن ليس له، وأن الباطن إذا تبين بإقراره فيما يمكن أن يكون بحال حكم عليه به، وهو أن لا يأخذ وإذا لم يأخذه فهو غير آخذ فأبطل إقراره بأن لا حق له فيما قضى له به من الحق... ودلالة على أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد إلا بما لفظ وأن لا يقضي عليه بشيء مما غيب الله تعالى عنه من أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((على نحو ما أسمع منه))"[2].

---

[1] الشافعي، هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، ولد بالشام بغزة وقيل باليمن سنة 150هـ، وحمل إلى مكة فسكنها وتردد إلى الحجاز والعراق، ثم استوطن مصر، وكان حافظاً حفظ الموطأ في تسع ليال، وقيل: في ثلاث ليال، خرج عن مكة ولزم هذيلاً فتعلم كلامها وكانت أفصح العرب، وقال له مسلم بن خالد الزنجي شيخه وهو شاب ابن خمس عشرة سنة: "قد آن لك أن تفتي يا أبا عبد الله"، توفي بمصر سنة 204هـ. [ينظر: الديباج المذهب لابن فرحون، 227-230، وتذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، ت: 748هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1419هـ- 1998م 265/1]

[2] الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ت: 204هـ، دار المعرفة – بيروت، عام 1410هـ- 1990م، 215/6

المطلب الرابع: المراد ببناء الأحكام الشرعية

البناء لغة: "واحد الأبنية، وهي البيوت التي تسكنها العرب في الصحراء"[1]، وأيضاً: "وضع شيء على شيء على صفة يراد بها الثبوت"[2].

والمراد ببناء الأحكام على دلالة الحال: جعلها دليلاً يستند إليه المشرع في تشريعه للحكم، وتعليله بدلالة الحال لتأسيس الحكم، والمراد ببناء الحكم: الصيغة النهائية للحكم الشرعي، وقد ذكر الفقهاء –خاصة الحنفية منهم– نصوصاً كثيرة تبين أن بناء الأحكام إنما يكون على الأمور الظاهرة دون الخفية.

فقد جاء في المبسوط: "ولأنا أمرنا ببناء الأحكام على ما هو الظاهر المعروف"[3]. وفي الهداية قريب منه[4].

وجاء في المبسوط أيضاً: "فوجب بناء الحكم على ظاهر ما نسمعه منه؛ وهذا لأن الشرع أقام الظاهر الذي يوقف عليه مقام الخفي الذي لا يمكن الوقوف عليه للتيسير على الناس"[5].

وفي بدائع الصنائع: "النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس"[6].

وفي المحيط البرهاني: "لكن لا يمكن بناء الحكم على حقيقة هذا المعنى لبطونه، فبني الحكم على السبب الظاهر"[7].

وفي فتح القدير: "المشيئة وأخواتها أمر باطن، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه"[8].

وفي تبيين الحقائق: "ولا يمكن بناء الأحكام إلا على شيء ظاهر"[9].

---

[1] لسان العرب، لابن منظور، مادة بني، 95/14

[2] الكليات لأبي البقاء الكفوي، 241

[3] المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، دار المعرفة– بيروت، د.ت، 69/9

[4] الهداية في شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ت: 593هـ، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، 537/4

[5] المبسوط للسرخسي، 66/24

[6] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ت: 587هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 1406هـ– 1986م، 224/6

[7] المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز ابن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي، ت: 616هـ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، لبنان– بيروت، ط1، عام 1424 هـ– 2004 م، 31/7

[8] فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ت: 681هـ، دار الفكر، بيروت، د.ت، 136/4

[9] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، ت: 743 هـ، مع حاشية الشلبي، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلبي، ت: 1021 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية– بولاق، القاهرة، ط1، عام 1313 هـ، 32/3–33

وفي العناية شرح الهداية: "وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وإنبات اللحم، كالجزئية بالإعلاق في حرمة المصاهرة، وكما أن الإعلاق أمر خفي وله سبب ظاهر أقيم مقامه وهو الوطء، كذلك نشوز العظم وإنبات اللحم أمر خفي، وله سبب ظاهر وهو الإرضاع فأقيم مقامه"[1].

وفي البحر الرائق: "أحكام الشرع لا تناط بأحكام خفية"[2].

وفي أسنى المطالب: "والرضا أمر خفي لأنه ميل النفس فاعتبر لفظ يدل عليه ويحصل (بالإيجاب)... (والقبول)"[3].

وفي الأشباه والنظائر للتاج السبكي[4]: "ظهر لك أن التعليق بالظاهر المنضبط دأب الشرع دون الخفي المضطرب، ولك أن تقول: التعليق بالظاهر لانضباطه أولى من الخفي لاضطرابه"[5].

وإقامة الأمر الظاهر مقام الباطن يستند إلى قاعدة "**دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه** فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة وجود المدلول وثبوته، يعني أنه يحكم بالظاهر –وهو الدليل– فيما يتعسر الاطلاع عليه، وهو الأمر الباطني "[6].

فـ"إذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان، فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده؛ لأن الأمور

---

[1] العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، ت: 786هـ، دار الفكر، د.ت، 438/3

[2] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ت: 970هـ، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، ت: بعد 1138 هـ، وفي الحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت 322/3، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، ت: 1078هـ، دار إحياء التراث العربي، د.ت، 29/4

[3] أسنى المطالب، في شرح روض الطالب، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، ومعه حاشية الرملي الكبير، لأبي العباس أحمد الرملي الأنصاري شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ت: 1004هـ، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، د.م، 3/2، وينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ت: 974 هـ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، عام: 1357 هـ- 1983م، 208/10

[4] عبد الوهاب بن علي الإمام العالم الفقيه المحدث النحوي الناظم، تاج الدين أبو نصر ابن العلامة قاضي القضاة السبكي، ولد بالقاهرة سنة 728هـ، وسمع من المقدسي ومن بنت الكمال وابن تمام ومن المزي، وقرأ بنفسه على شمس الدين الذهبي كثيراً من مصنفاته وغيرها، وأفتى ودرس ونظم الشعر وعمل الورقات في الطبقات ذكر فيها الفقهاء أصحاب الشافعي رضي الله عنه، له: الأشباه والنظائر في مذهب الشافعي رضي الله عنه، وشرح المنهاج في أصول الفقه للبيضاوي، وطبقات الشافعية الكبرى، توفي سنة 771هـ. [ينظر: الوافي بالوفيات، للصفدي، 210/19، والأعلام للزركلي، 184/4]

[5] الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1411هـ- 1991م، 189/2

[6] شرح القواعد الفقهية للزرقا، 345

الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية"[1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة: أن العمال والجباة والتابعين لبيت المال ومتولي الأوقاف وكتبتها إذا توسعوا في الأموال، وبنوا الأماكن، وتعاطوا أنواع اللهو كان ذلك دليلاً على خيانتهم الباطنة، فللحاكم حينئذ مصادرتهم بأخذ الأموال وعزلهم، فإن عرف خيانة أرباب الأوقاف في وقف معين رد المال إليه، وإلا وضعه في بيت المال[2].

ويستثنى من هذه القاعدة: ما لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا، فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن[3].

المطلب الخامس: معنى الأحوال الشخصية

إن ما يعرف بالأحوال الشخصية أو بأحكام الأسرة هو اصطلاح حادث، والمراد به مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة[4].

و"الأحكام التي تسمى حديثاً بالأحوال الشخصية: وهي أحكام الأسرة بدءاً من تكوينها إلى نهايتها من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث، يقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض"[5].

والأحوال الشخصية اصطلاح قانوني أجنبي يقابل الأحوال المدنية أو المعاملات المدنية، وقسم الجنايات، وقد اشتهر في الجامعات، وأصبح عنوان التأليف في أحكام الأسرة.

ويراد به الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته، بدءاً بالزواج، وانتهاء بتوزيع التركات، وهي تشمل ما يأتي:

1- أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير.

2- أحكام الأسرة من الخطبة والزواج وحقوق الزوجين كالمهر والنفقة، وحقوق الأولاد من نسب ورضاع ونفقات، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع، أو بالتفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار، والتفريق للعيب والغيبة والضرر وعدم الإنفاق.

3- أحكام أموال الأسرة من ميراث (علم الفرائض) ووصايا وأوقاف ونحوها مما يعد تصرفاً مضافاً لما بعد الموت[6].

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة

---

[1] درر الحكام لعلي حيدر، 69/1

[2] ينظر: الدر المختار للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين، 334/5-335، وشرح القواعد الفقهية، للزرقا، 346-347

[3] ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي الحنفي، ت: 683هـ، عليها تعليقات: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي- القاهرة، (وصورتها دار الكتب العلمية- بيروت)، عام: 1356هـ- 1937م، 120/3، والبحر الرائق، لابن نجيم، 238/3، وشرح القواعد الفقهية، للزرقا، 118 و 347

[4] ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 224/4

[5] الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 18/1

[6] ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 1/9

يمكن أن تختلط بعض المصطلحات بمصطلح دلالة الحال لقربها منها وصلتها بها، أبين في هذا المبحث هذه الألفاظ وصلتها به واختلافها عن مصطلح دلالة الحال.

المطلب الأول: القرائن

لعل أقرب المصطلحات إلى دلالة الحال وأكثرها صلة بها مصطلح القرائن، لذلك تدعو الحاجة إلى شيء من التفصيل فيها.

أولاً: تعريف القرينة

1-القرينة لغة: يقال لغة: قرن الشيء بالشيء: وصله به، وقرنت الأسارى في الحبال: شددتهم للكثرة، قال تعالى: ﴿مُقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾ [إبراهيم: 49]، والقرين: الصاحب، وقرينة الرجل امرأته[1]، و"القرن من الاقتران"[2]، وعليه فإن المعنى اللغوي للقرينة يدور حول المصاحبة والملازمة، والشد والجمع بين الشيئين، وكلها معانٍ متقاربة [3].

2-تعريف القرينة في الاصطلاح:

قال الجرجاني[4]: "القرينة... في الاصطلاح: أمر يشير إلى المطلوب"[5].

وعرفها أبو الخطاب الكلوذاني[6] بأنها: "بيان لما أُريد باللفظ في عرف الشرع والعادة"[7].

والفقهاء المعاصرون كانت لهم تعريفات مختلفة منها:

تعريف د. محمد الزحيلي[8]: "الأمارة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال"[1].

---

[1] ينظر: مختار الصحاح للرازي، 252، وتاج العروس للزبيدي، مادة قرن، 541/35

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة قرن، 334/13

[3] القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص، لمحمد قاسم الأسطل، إشراف: مازن إسماعيل هنية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، عام 1425هـ-2004م، 11

[4] الجرجاني هو علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني، ويعرف بالسيد الشريف ولد سنة 740 هـ، قدم القاهرة وأخذ بها ثم خرج إلى بلاد الروم ثم لحق ببلاد العجم، وصار إماماً في جميع العلوم العقلية وغيرها، من مصنفاته المشهورة: شرح المفتاح، وشرح المواقف العضدية، وشرح الوقاية، وكتاب التعريفات، تصدى للإقراء والإفتاء، وتوفي سنة 816 هـ. [ينظر: البدر الطالع، للشوكاني، 488/1]

[5] التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ت: 816هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1403هـ- 1983م، 174

[6] أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن بن حسن العراقي، الكلوذاني ثم البغدادي، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء، شيخ الحنابلة، ولد سنة 432هـ، كان مفتياً صالحاً عابداً ورعاً، حسن العشرة، له نظم رائق، وله كتاب (الهداية) ، وكتاب (رؤوس المسائل) في الفقه، وكتاب (أصول الفقه)، توفي سنة 510هـ. [سير أعلام النبلاء، للذهبي، 348/19-350]

[7] التمهيد في أصول الفقه، لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي، ت: 510هـ، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، دار المدني بجدة، ط1، عام 1406هـ- 1985م، 183/1

[8] سبقت ترجمته ص 13

ولكن هذا التعريف فسر القرينة بالمرادف وهو الأمارة، واقتصر على ذكر طرف ثبوتها فقط ولم يبين حقيقة القرينة، فالتعريف فيه خفاء لحقيقة القرينة[2].

وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا[3] بأنها "كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه"[4].

ويُفهم من هذا التعريف أنه لا بد "من تحقق أمرين:

أ- أن يوجد أمر ظاهر معروف يصلح أساساً للاعتماد عليه.

ب- أن توجد صلة تربط بين الأمر الظاهر والأمر الخفي"[5].

وإذا كانت القرينة لفظية من قبيل الأقوال تسمى قرينة (مقالية) وإذا كانت من قبيل الأحوال تسمى (حالية)"[6].

3-القرينة في القانون: هي "دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم"[7].

فعناصر القرينة ثلاثة:

الأول: أمر مجهول هو الواقعة المطلوب إثباتها.

الثاني: أمر معلوم وهو الذي تقوم عليه القرينة، ويطلق الفقه القانوني عليه: تعبير الأمارة، فالقانونيون يعدون الأمارة جزءاً من القرينة، على خلاف اصطلاحات الفقهاء حيث يجعلونها مرادفة للقرينة.

الثالث: استخلاص الأمر المجهول من الأمر المعلوم يفيد قيام الأمر المجهول، كما عرّفت المادة 1249 من القانون المدني الفرنسي القرائن بوجه عام بأنها: "هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة" فوجود سند الدين في يد المدين قرينة الوفاء.

ويلاحظ على القانون أنه عرف القرينة بأثرها ونتيجتها، مع أن نتيجة الشيء غير الشيء نفسه[8].

---

[1] وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د. محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق- بيروت، ط1، عام 1402هـ- 1982م، 489

[2] ينظر: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، لإبراهيم بن محمد الفائز، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة، الرياض، ط1، عام 1402هـ- 1982م، 63

[3] الشيخ الفقيه الأستاذ مصطفى الزرقا الفقيه الحلبي ابن الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، نشأ في بيئة علمية حافزة على الطلب والتحصيل، تلقى العلم عن كبار علماء حلب، وله مشاركات علمية كوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري عام 1372هـ، ورئاسته لجنة مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لمصر وسورية خلال الوحدة، وله السلسلة الفقهية: "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد"، وقد بلغت أجزاؤها أربعة مجلدات. [أرشيف ملتقى أهل الحديث من المكتبة الشاملة، 323/51-327]

[4] المدخل الفقهي العام للزرقا، 936/2، والفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سورية- دمشق، ط2، عام 1416هـ- 1985م، 701/7

[5] الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 701/7

[6] أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط1، دمشق، 1406هـ- 1986م، ٢٩٧/1

[7] الإثبات بالقرائن، للفائز، 64

[8] الإثبات بالقرائن، للفائز، 64- 65

ثانياً: أنواع القرائن:

القرائن نوعان: شرعية أو قانونية وقضائية

1-"القرائن القانونية هي التي عينها الشارع أو واضع القانون ورتّب عليها حكماً خاصاً نص عليه لا رأي للقاضي في تقديرها، كتقادم الحق حيث يمتنع على القاضي سماع الدعوى بحق متقادم وذلك لدلالته بنظر الشارع على الشك في الحق المتقادم حتى منع سماع الدعوى به.

2-القرائن القضائية: هي من قبيل البينات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الإثباتية في وقائع الدعوى.

وشتان ما بين النوعين، فإن الأولى من أدلة الشرع التي يلحظها في تشريعه الآمر، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع"[1]، وما يجمع بين القرينة القانونية والقضائية أنهما يستندان على فكرة الترجيح والاحتمال[2].

وإذا نص القانون على قرينة قانونية وتمسك بها صاحبها فإنها تعفيه من الإثبات، ويجب على القاضي الحكم بمقتضاها باعتبارها نصاً قانونياً مجرداً وهو قوة ملزمة[3]، وفي القرينة القانونية يلزم الشارع بها القاضي ليستنتج منها دائماً نتيجة معينة، كاشتراط سن معينة للتمييز فكل شخص يبلغ هذه السن يعتبر مميزاً، ومن لم يبلغها يعتبر غير مميز، وهذه القرينة قطعية لأنها لا تقبل إثبات العكس[4].

والقرينة القضائية دليل غير مباشر، يتطلب ثبوت بعض الوقائع للاستدلال بها وتقوم على عنصرين:

1-مادي: ويتكون من الوقائع التي يتحقق القاضي من ثبوتها ليفسرها ويستنبط منها الأدلة على ما يريد إثباته.

2-معنوي: وهو الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي ومرجعه فطنة القاضي وذكاؤه[5].

ثالثاً: الفرق بين القرينة ودلالة الحال:

بما أن هذين المصطلحين متقاربان فسأحاول هنا التمييز بينهما بما سأسير عليه في هذا البحث، وإليك الفروقات بين هذين المصطلحين:

1-القرينة قد تكون لفظية وقد تكون فعلية، أما دلالة الحال فلا تكون لفظية بل فعلية فقط، فكل دلالة حال قرينة، وليست كل قرينة دلالة حال، فبينهما عموم وخصوص وجهي.

---

[1] الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للزرقا، 95/1 الحاشية

[2] ينظر: وسائل الإثبات، د. محمد الزحيلي، 496

[3] ينظر: المصدر نفسه، 521

[4] ينظر: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، لأحمد فتحي بهنسي، دار الشروق، القاهرة- بيروت، ط4، عام 1403هـ-1983م، 191

[5] ينظر: وسائل الإثبات للزحيلي، 496- 497

2-مع أن الفقهاء لم يذكروا القرائن مع وسائل الإثبات إلا قليلاً ولم يخصصوا لها باباً مستقلاً، ولكنهم ذكروها في كثير من الأبواب والفصول والأحكام[1]، إلا أن القرينة تستخدم عادة للإثبات ذلك أن البينات يسميها الفقهاء والقضاة طرق الإثبات أو وسائله، هي الشهادة والإقرار واليمين والكتابة والقرائن والإثبات بعلم القاضي والإثبات بالمعاينة والخبرة[2]، أما دلالة الحال هنا فيبنى عليها الحكم الشرعي.

قال د. محمد الزحيلي[3]: "فالقرينة وسيلة من وسائل الإثبات لا يخلو منها كتاب من كتب الفقه ولا يبعدها فقيه واحد"[4].

وبالتالي فغالباً ما تكون القرينة عند تحقيق المناط الخاص، أما دلالة الحال فتكون عند تحقيق المناط العام.

3-أكثر ما تستخدم القرائن في الجانب الجنائي والتحقيق في الجرائم، فقانون العقوبات يعتمد بشكل رئيس ومباشر على القرائن في إثبات الجنايات والجنح وغيرها، ويترك للقاضي حرية الاقتناع بأي دليل كان كالبصمات[5].

4-القرينة وسيلة احتياطية فلا يلجأ إليها القاضي إلا عندما يفقد الحجج الظاهرة والأدلة أمامه، أو تكون الأدلة أمامه غير مقنعة وغير كافية، فيضطر إلى البحث عن وسيلة للإثبات وإحقاق الحق فيلجأ إلى الاستنباط والاستدلال، فإذا وُجِد في الدعوى شهود أو يمين أو إقرار أو دليل كتابي صحيح فلا مجال للقرائن حينئذ[6]، وغالباً ما تكون مرجحاً من المرجحات، أما دلالة الحال فهي ليست وسيلة إثبات وليست احتياطية بل دليل مستقل.

5-لا يشترط في القرينة كونها ظاهرة منضبطة، كخشونة الصوت فهي قرينة على بلوغ الرجل، فربَّ رجلٍ صوته رفيع كصوت النساء، وربَّ امرأة صوتها يشبه صوت الرجال.

ولإيضاح هذه المسألة هاك المثالَ الآتي:

لقد حدد قانون الأحوال الشخصية السوري سن الثامنة عشرة لزواج الرجل ولصحة إيقاع الطلاق ولأهلية الأداء الكاملة، فكل من لم يبلغ هذه السن فهو قاصر، فهذا التحديد مبني على دلالة الحال، وهذا التحديد وصف ظاهر منضبط، بينما خشونة الصوت قرينة على البلوغ لكن هذا الأمر يختلف من شخص لآخر؛ لذلك لا يبنى الحكم عليه لعدم انضباطها.

وقد نصت المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر. وهذا مأخوذ من قول الإمام أبي حنيفة[7].

---

(1) ينظر: وسائل الإثبات للزحيلي، 500، والإثبات بالقرائن، للفائز، 311

(2) ينظر: وسائل الإثبات للزحيلي، 99، وذكر ابن عابدين قريباً منها في حاشيته، 254/5

(3) سبقت ترجمته ص 13

(4) وسائل الإثبات للزحيلي، 511

(5) ينظر: المصدر نفسه، 561

(6) ينظر: المصدر نفسه، 519

(7) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 172/7

فهذا التحديد من القانون لأهلية الزواج هو من قبيل دلالة الحال وليس قرينة، ذلك أن البلوغ أمر خفي يعسر الاطلاع عليه، وغير منضبط يختلف باختلاف الأشخاص والبلدان، فأقام القانون سن الثامنة عشرة للفتى والسابعة عشرة للفتاة –وهو وصف ظاهر ومنضبط ومناسب لاعتبار أهلية الإنسان– مقام تحقق البلوغ، ولم يُترك مجال تقدير البلوغ للقاضي في هذه المادة.

"ولعل القانون اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي تَوَفُّر الأهلية المالية في الزوجين؛ لأنه عقد تترتب عليه التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية، وقد تعقدت الحياة فكثرت تكاليفها ومتطلباتها، فليس من المصلحة أن يعطى الزوج –فتى أو فتاة– صلاحية الإقدام عليه من غير نضج فكري، وخبرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة وقدرة على القيام بالأعباء الزوجية، وذلك إنما يكون ببلوغ سن الرشد"[1].

وإن القانون قدر الأوضاع والعادات في بلادنا وراعى ما تعارفه مجتمعنا من زواج الفتيان والفتيات قبل السن القانونية، فأجاز للقاضي أن يأذن بزواج الفتى بعد إكماله الخامسة عشرة، والفتاة بعد إكمالها الثالثة عشرة إذا طلبا الزواج وادعيا البلوغ وتبين له صدقهما في دعوى البلوغ، وتأكد من احتمال جسميهما للمعاشرة الزوجية بعد موافقة الولي... وهذا من قبيل السياسة الشرعية رعاية لمصلحة الشباب من جهة، إذ من المصلحة السماح لهما بالزواج متى بلغا سن الرشد الديني، وهي السن التي يطالب فيها كل من الفتى والفتاة بأداء الواجبات الدينية صيانة لأخلاقهما وعفتهما من الفساد، وإسراعاً في تحصينهما من الإثم والفاحشة، ومن مصلحة المجتمع أن يسمح لهما بالزواج متى كانا قادرين على القيام بالأعباء الزوجية مقدرين لقدسية الزواج والتزاماته الأدبية والاجتماعية، فإذا أجاز الولي والقاضي زواجهما في هذه السن كان ذلك ضماناً للمصلحتين معاً[2].

كذلك فقد نصت المادة 85 على أنه:

1–يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

2–يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك[3].

أبو حنيفة النعمان بن ثابت التيمي، الإمام فقيه الملة وعالم العراق، ولد سنة 80 هـ، وعني بطلب الآثار وارتحل في ذلك، والناس عليه عيال في الفقه والرأي، أراده عمر بن هبيرة على القضاء فامتنع ورعاً، وأراده المنصور العباسي بعد ذلك على القضاء ببغداد، فأبى فحلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أنه لا يفعل، فحبسه إلى أن مات ببغداد عام 150 هـ. [ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، 6/390–391، ووفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر بن خلكان البرمكي الإربلي، ت: 681هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر– بيروت، د.ت، 5/406، والأعلام للزركلي، 8/36]

[1] شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، لمصطفى السباعي، مطابع دار الفكر بدمشق، ط5، عام 1383هـ– 1963م، 83

[2] شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للسباعي، 84

[3] وقد تعقب الدكتور الصابوني هذه المادة بقوله: "لقد جعل القانون سن أهلية الطلاق هو سن الرشد، على اعتبار ما يترتب على الطلاق من آثار مالية يشترط لها سن معينة، على أنه لابد لنا من القول بأن المهر المؤجل يعتبر ديناً في ذمة الزوج منذ العقد الصحيح... فإقدام الزوج على الطلاق لا ينشئ التزامات مالية جديدة، ثم إن المشرع إذا كان قد حدد سناً معينة للزواج لأسباب اجتماعية قد نجد لها بعض المبررات بتأخير سن الزواج، فإننا لا نستطيع أن نجد المبرر الشرعي لعدم إيقاع الطلاق لزوج بلغ سن

وقس على ذلك المادة 162 من القانون والتي حددت سن القاصر بمن لم يتم ثماني عشرة سنة، حيث نصت المادة على أن: القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة.

وبمعناها الفقرة الرابعة من المادة 163 حيث نصت على أنه: تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر، أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم.

أما مثال القرينة فقد نصت المادة 18 ف 1- من القانون على أنه: إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج، يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.

فقد سمح القانون السوري للقاضي بتزويج المراهق الذي يدعي البلوغ بعد إكمال الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة بالزواج، فتحديد السن يقال فيه ما قيل في المادة 16، لكن عبارة "تَبيَّن له صدق دعواهما واحتمال جسميهما" هي قرينة وليست دلالة حال؛ لأن تقدير ذلك يرجع إلى القاضي وهذا قد يختلف باختلاف رؤية القاضي، وهو وصف غير منضبط، فالعقد الذي يجيزه قاض قد لا يجيزه قاض آخر، وما تقره محكمة ما قد تمنعه محكمة أخرى، وهذه العبارة ليست ظاهرة ظهوراً بيناً في الدلالة على المقصود من احتمال جسم المراهق، بل فيها خفاء يجتهد القاضي في توضيحه وفهم المراد منه.

6- دلالة الحال غالباً ما تنصبُّ على المكلف نفسه أو بعبارة أخرى تتصل بالعاقل[1]، أما القرينة فقد ترتبط بالمكلف نفسه وقد ترتبط بوقائع أخرى فتشمل العاقل وغيره، كالبعرة تدل على البعير، و"كالغيم بالنسبة للمطر"[2]، فهذه قرينة، أما تحديد سن التكليف فهو دلالة حال.

وبالتالي فالقرينة دليل غير مباشر في الإثبات، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على **واقعة أخرى** إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، وهذا ضرب من تحويل الإثبات من محل إلى آخر[3].

البلوغ الطبيعي بعد أن طلق زوجته، وهذا من الأمور التي لا يجوز للمشرع الوضعي أو لولي الأمر أن يضع فيها تشريعاً يخالف ما أجمع عليه الفقهاء.

إن تأخير الزواج لسن معينة شيء وتأخير الطلاق شيء آخر، ويترتب على الأخير أن تبقى مطلقة تحت عصمة زوجها وأن يعيش معها وهي لا تحل له شرعاً، وخاصة إذا علمنا أن المشرع السوري أجاز الزواج لمن هو دون سن الثامنة عشرة في المادة 18 فكيف نجيز للقاضي أن يمنع طلاق زوج دون الثامنة عشرة وقد أذن له بالزواج قبل ذلك". [شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وآثاره، لعبد الرحمن الصابوني، مطبوعات جامعة دمشق، عام: 1972- 1973م، 48]

قلت: لكن ما يخفف من حدة هذا الاعتراض هو الفقرة الثانية من المادة 85 ذاتها حيث أجازت للقاضي أن يوقع الطلاق ممن تزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجد المصلحة في ذلك.

[1] هذا القيد لا يخرج المجنون لأن المراد بالعاقل: العاقل ولو بالقوة على ما يقول المناطقة.

[2] وسائل الإثبات للزحيلي، 490

[3] ينظر: المصدر نفسه، 520

أما الدليل[1] فلا يشترط فيه أن يصاحب شيئاً يدل عليه، إنما قد يستقل بنفسه في إفادة المعنى.

[1] الذي جذره الدلالة بما أن الحديث عن دلالة الحال

المطلب الثاني: العلة

العلة لغة: تطلق على المرض، وتطلق على السبب[1].

واصطلاحاً هي "وصف ظاهر منضبط معرف للحكم"، كالإسكار بالنسبة للخمر[2].

والعلاقة بين العلة ودلالة الحال: أن العلة مجالها في القياس، أما دلالة الحال فلا علاقة لها بالقياس، لكن تشترك العلة ودلالة الحال في كونهما وصفين ظاهرين منضبطين ومناسبين لتشريع الحكم، هذا من حيث توصيفهما، أما في التوظيف فلكل واحدة منهما مجال مختلف عن الأخرى، العلة في القياس، ودلالة الحال في بناء الأحكام.

لكن قد يبنى الحكم على هذا الوصف ابتداء من دون قياس أصلاً، ودون وجود أصل وفرع كما هو الحال في القياس.

وتشترك العلة مع دلالة الحال في كون كل واحدة منهما وصفاً؛ لأن الدلالة هي الإرشاد وهي وصف والأحكام الشرعية كلها أوصاف، كما أن دلالة الحال هي قرينة فعلية ولا تشكل وحدها حكماً شرعياً، إنما تكمل الحكم تكميلاً، أما العلة فهي بحد ذاتها معتبرة.

المطلب الثالث: الحكمة

"الحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم"[3]، و"الحكمة من العلم"[4] .

وفي اصطلاح الأصوليين هي: المصلحة التي قصد الشارع من تشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها[5].

والفرق بين حكمة الحكم وعلته: أن حكمة الحكم هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه، أما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط الذي بنى الشارع الحكم عليه وربطه به وجوداً وعدماً؛ لأن من شأن بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم[6]، و"العلة وصف ضابط لحكمة لا نفس الحكمة"[7].

والعلاقة بين دلالة الحال والحكمة: أن الحكمة هي المصلحة أو الباعث على تشريع الحكم وهي في هذه النقطة تشترك مع دلالة الحال، لكن الحكمة قد تكون خفية أو غير منضبطة بخلاف دلالة الحال التي يجب أن تكون ظاهرة ومنضبطة.

المطلب الرابع: ظاهر الحال

---

[1] ينظر: لسان العرب لابن منظور، 471/11، ومختار الصحاح للرازي، مادة علل، 216

[2] التحبير شرح التحرير للمرداوي، 3177/7، وينظر: أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت، 237

[3] لسان العرب، لابن منظور، مادة حكم، 140/12

[4] مختار الصحاح للرازي، مادة حكم، 78

[5] ينظر: المحصول للرازي، 287/5، وعلم أصول الفقه، للخلاف، 65

[6] ينظر: علم أصول الفقه، للخلاف، 65

[7] حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 305/2

الظاهر لغة: يقال: ظهر الشيء ظهوراً: تبين، والظاهر: خلاف الباطن[1]، "وأظهرت الشيء: بينته، والظهور: بُدوّ الشيء الخفي"[2].

وأما الظاهر اصطلاحاً: فهو "الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور"[3].

وقد استخدم أصحاب البحر الرائق ومجمع الأنهر ورد المحتار مصطلحي دلالة الحال وظاهر الحال بمعنى مترادف، فقد جاء فيها: "والمراد بدلالة الحال الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده"[4].

وجاء في شرح مختصر خليل[5]: "قوله: (على ظاهر الحال) أي: على الحال الظاهر فهو من إضافة الصفة للموصوف"[6].

ويبحث الأصوليون الظاهر –عادة– في الترجيح بينه وبين الأصل[7]، ويطلق الأصل على الراجح بالنسبة إلى المرجوح، وعلى القانون والقاعدة المناسبة المنطبقة على الجزئيات، وعلى الدليل بالنسبة إلى المدلول، وعلى ما ينبني عليه غيره[8].

ولا يدخل في هذا البحث ما يذكرونه في الاستصحاب عن مقتضيات الترجيح الأولية التي يتقوى بها زعم

---

[1] ينظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة ظهر، 434

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة ظهر، 523/4 و 527

[3] شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 107/1، والقواعد الفقهية، د. محمد الزحيلي، 121/1

[4] البحر الرائق لابن نجيم، 402/1، ومجمع الأنهر، لشيخي زاده، 402/1، وفي حاشية ابن عابدين بتصرف طفيف، 297/3

[5] خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، المعروف بالجندي يلبس زي الجند، وكان يسمى محمداً ويلقب ضياء الدين، قرأ في العربية والأصول وفقه المالكية، شرح جامع الأمهات لابن الحاجب شرحاً حسناً، وسماه: التوضيح، وألف مختصراً في المذهب أراد فيه بيان المشهور مجرداً عن الخلاف، وجمع فيه فروعاً كثيرة جداً، وجاور بمكة وحج، توفي بالطاعون سنة 767هـ، وقيل: 749هـ. [ينظر: الديباج المذهب لابن فرحون، 115–116، والدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي ابن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852هـ، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية – حيدر آباد– الهند، ط2، عام1392هـ– 1972م، 207/2]

[6] شرح مختصر خليل للخرشي، 206/8

[7] ينظر للاستزادة في هذا الموضوع: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، ت: 660هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية– القاهرة، د.ت، 54/2، والأشباه والنظائر، لتاج الدين السبكي، 14/1، والقواعد، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب بن الحسن، السلامي البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 795هـ، دار الكتب العلمية، د.ت، 338

[8] الكليات لأبي البقاء الكفوي، 122

أحد المتنازعين على الآخر، والتي يجمعها كلمتا: الأصل والظاهر[1]، فإذا تعارضا مع بعضهما تقدم جهة الظاهر؛ لأنه أمر عارض على الأصل الذي يدل على خلافه[2]، والأصل هو القاعدة المستمرة أو الاستصحاب[3].

وبهذا المعنى عرّف أمير بادشاه[4] ظاهر الحال بأنه: "إبقاء ما كان على ما كان، فإن العقل إذا تردد بين بقاء الشيء وزواله ولم يكن عنده ما يدل على الزوال كان الراجح من الاحتمالين عنده البقاء"[5].

وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام: "الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لا مثبتة"[6].

لكن هذه التعاريف لا تدخل في البحث.

ومن الأمثلة التي يذكر فيها الفقهاء ظاهر الحال كمرجح من المرجحات ما ذكره القرافي[7] أن من كان قولُه على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعي وعليه البينة، وبيَّن أن "الظاهر ينقسم إلى: العادة وظاهر الحال والقرائن الحالية والمقالية"[8].

ويقابل ظاهرُ الحال باطنَ الحال[1]، كما يقابل ظاهر الحال ظاهر اللفظ[2]، أو ما يسميه اللغويون: دلالة الحال ودلالة المقال[3].

---

[1] الظاهر كمرجح من المرجحات قسمان:

القسم الأول: هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين.

والقسم الثاني: هو الذي وصل فيه إلى درجة اليقين وهو غير مراد هنا في هذا التقسيم؛ لأن الكلام الآن في المرجحات الأولية غير اليقينية.

القسم الأول: الظاهر، الذي هو قسيم الأصل ويقع به الترجيح في الابتداء، وتحته نوعان: النوع الأول: هو تحكيم الحال الذي يتوصل به إلى الحكم بوجود أمر في الماضي، بأن يجعل ما في الحاضر منسحباً على الماضي، وهو "الاستصحاب المعكوس".

والنوع الثاني: هو دلالة الحال التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي، بل يستأنس بها ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الآخر، وذلك: كوضع اليد فيما لو ادعى شخصان ملك عين وهي في يد أحدهما، فإن القول قول ذي اليد [شرح القواعد الفقهية للزرقا، 107/1-108]

[2] ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا، 110/1

[3] ينظر: المنثور في القواعد الفقهية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ت: 794هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، عام 1405هـ- 1985م، 311/1

[4] أمير باد شاه محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه، فقيه حنفي محقق ومفسر صوفي من أهل بخارى، كان نزيلاً بمكة، له تصانيف منها (تيسير التحرير) مجلدان، في شرح التحرير لابن الهمام، في أصول الفقه، وشرح تائية ابن الفارض، وتفسير سورة الفتح، وفصل الخطاب في التصوف، توفي نحو: 972 هـ [الأعلام، للزركلي، 41/6، ومعجم المؤلفين، لكحالة، 80/9]

[5] تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، ت: 972هـ، دار الفكر- بيروت، د.ت، 177/4

[6] درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، ت: 885هـ، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، 129/2

[7] سبقت ترجمته ص 28

[8] الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، عام 1994م، 54/6

ولا يدخل في البحث أيضاً الظاهر بالمعنى الأصولي، الذي هو ما ظهر المراد منه لكنه يحتمل احتمالاً بعيداً، نحو الأمر يفهم منه الإيجاب وإن كان يحتمل التهديد[4]، "فالظاهر اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بنفس السماع من غير تأمل"[5].

والخفي الذي يقابل الظاهر: هو ما خفي المراد به بعارض لا من حيث الصيغة، كقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2] ظاهر في حق الزاني خفي في حق اللوطي[6].

أما ما يراد هنا من مصطلح ظاهر الحال فهو المعنى المرادف لدلالة الحال في هذا البحث، وسأدأب في هذا البحث –إن شاء الله– على استخدام مصطلح دلالة الحال؛ لأنه أكثر وضوحاً وانضباطاً من ظاهر الحال الذي قد يستخدم بمعنى الاستصحاب أو الذي يقابل الأصل كما سبق، ثم إن مصطلح ظاهر الحال يجعل الذهن يتبادر إلى مقابله وهو باطن الحال لكنه ليس فيه ما يوحي باستخدامه دليلاً من الأدلة بخلاف مصطلح دلالة الحال.

المطلب الخامس: دلالة السياق

السياق لغة: من المساوقة للإبل وهي المتابعة كأن بعضها يسوق بعضاً، وساق إلى امرأته الصداق والمهر سياقاً وأساقه، وإن كان دراهم أو دنانير، ويطلق أيضاً على نزع الروح[7].

وعند أهل العربية هو "المحيط اللغوي الذي تقع فيه الوحدة اللغوية، سواء أكانت كلمة أو جملة في إطار من العناصر اللغوية أو غير اللغوية"[1].

---

[1] ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ت: 1230هـ، دار الفكر، د.ت، 179/4

[2] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 123/3

[3] فيعبرون بأنه "يكتفى بدلالة الحال عن دلالة المقال"، [البلاغة العربية، عبد الرحمن بن حسن حَبَنَّكَة الميداني الدمشقي، ت: 1425هـ، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1996م، 153/2]، و"مفهوم دلالة لفظ ما يتطلب معلومات سابقة عن معنى الكلمة أو طريقة إلقاء هذا اللفظ أو دراسة الجملة التي وقع فيها هذا اللفظ". [دلالة الألفاظ، دراسة تحليلية وتطبيقية لمفهوم وأنواع دلالة الألفاظ، لعبد المنعم طوعي بشناتي، د.ط، ص6]

[4] ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، البخاري الحنفي، ت: 730هـ، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، 47/1

[5] أصول الشاشي، لأبي علي نظام الدين أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، ت: 344 هـ، دار الكتاب العربي– بيروت، د.ت، 68

[6] ينظر: المصدر نفسه، 80

[7] ينظر: مختار الصحاح للرازي، 157، ولسان العرب لابن منظور، مادة سوق، 166/10

أو هو "كل ما يصاحب اللفظ من ألفاظ تساعد على توضيح المعنى، سواء أتقدم عليه أم تأخر عنه أم اكتنفته من جانبه"[2].

أو هو فهم النص بمراعاة ما قبله وما بعده، أو ما يتبين من المعاني على ما يقتضيه الغرض الذي تتابع الكلام لأجله[3].

ويمكن القول: إنه مع تعويل القدماء على السياق والإفادة منه في فهم النصوص أو بنائها، إلا أنه لم يعتد به كمصطلح قائم بذاته، بدليل أنه لم يوضع له تعريف معين[4].

ووظيفة السياق: أنه يدل على مراد المتكلم من كلامه، ويرشد إلى بيان المجملات، وتعيين المحتملات[5].

وركنا السياق: السابق واللاحق، فينظر في بيان الجملة إلى انتظامها مع ما قبلها وما بعدها[6].

والسياق على نوعين: 1- السياق اللغوي أو سياق النص 2- سياق الموقف أو السياق غير اللغوي[7].

فأية عبارة تقال في اللغة لابد لها من موقف تقال فيه قد يظهر هذا الموقف وقد يخفى، فالسياق اللغوي له عناصره اللغوية التي تساعد القارئ أو المستمع على فهم المراد من الكلام[8].

ودلالة السياق تسمى "سياق النظم"[9].

ويفرق اللغويون بين سياق النص وسياق الموقف، فإن الأخير كان يشار إليه عند اللغويين والبلاغيين والأصوليين والمفسرين باصطلاحات أخرى تؤدي المفهوم نفسه، مثل: الحال (الأحوال) المشاهدة، والدليل، والقرينة (القرائن)، والمقام، والموقف[1].

---

[1] دلالة السياق وأثرها في توجيه المتشابه اللفظي في قصة موسى عليه الصلاة والسلام، دراسة نظرية تطبيقية، لفهد بن شتوي بن عبد المعين الشتوي، إشراف: محمد ابن عمر بازمول، عام 1426هـ- 2005م، رسالة ماجستير، السعودية، جامعة أم القرى، كلية الدعوة وأصول الدين، ص 40

[2] دلالة السياق القرآني في تفسير أضواء البيان للعلامة الشنقيطي، دراسة موضوعية تحليلية، إعداد: أحمد لافي فلاح بطي المحيه المطيري، إشراف: د. مصطفى إبراهيم المشني، كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، عام 2007م، ص 14

[3] ينظر: دلالة السياق وأثرها في توجيه المتشابه اللفظي في قصة موسى، للشتوي، 29

[4] ينظر: دلالة السياق، لردة الله بن ردة بن ضيف الله الطلحي، إشراف: عبد الفتاح عبد العليم البركاوي، أطروحة دكتوراه، جامعة أم القرى، كلية اللغة العربية، عام 1418هـ، 32/1

[5] ينظر: إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام، لتقي الدين أبي الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، ت: 702هـ، مطبعة السنة المحمدية، د.ت، 21/2

[6] ينظر: دلالة السياق القرآني في تفسير أضواء البيان للعلامة الشنقيطي، للمطيري، 14-15

[7] ينظر: دلالة السياق، للطلحي، 41/1

[8] مجلة Pakistan Journal of Islamic Research بحث بعنوان الجملة ذات الموقع النحوي الواحد في كتاب سيبويه، أعده: كل محمد باسل، الأستاذ المساعد بكلية اللغة العربية- الجامعة الإسلامية العالمية- إسلام آباد، 2011/8، ص216

[9] بحث دلالة السياق وأثرها في استنباط الأحكام، د. خالد محمد العروسي عبد القادر، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، د.ت، ص4

والبلاغيون بوجه خاص يستخدمون مصطلحي "الحال" و"المقام" للدلالة على ما يسمى: سياق الموقف، أي: على القرائن الخارجية المتعلقة بالمتكلم أو بالمخاطب أو بالحالة العامة للكلام، باعتبار المكانة الاجتماعية لطرفي التخاطب[2].

ويسمي ابن جني[3] سياق الموقف بـ "شاهد الحال"[4].

وعناصر سياق الموقف أربعة: 1-المتكلم 2-والمخاطب 3-والزمان 4-والمكان[5].

ويسمي الشاطبي[6] السياق مساقاً فيقول: "المساقات تختلف باختلاف الأحوال والأوقات والنوازل، وهذا معلوم في علم المعاني والبيان؛ فالذي يكون على بال من المستمع والمتفهم والالتفات إلى أول الكلام وآخره، بحسب القضية وما اقتضاه الحال فيها، لا ينظر في أولها دون آخرها، ولا في آخرها دون أولها"[7].

وسياق الحال يمثل أحد جزأي السياق إذ إن السياق يتكون من: سياق النص وسياق الحال، والمقصود بالسياق: التوالي ومن ثم يُنظَر إليه من ناحيتين أولاهما: توالي العناصر التي يتحقق بها التركيب والسبك، والسياق من هذه الزاوية يسمى سياق النص، والثانية: توالي الأحداث التي صاحبت الأداء اللغوي وكانت ذات علاقة بالاتصال، ومن هذه الناحية يسمى السياق سياق الموقف[8].

ويرادف مصطلح سياق الحال: الماجَرَيات، والسياق الخارج عن النص، والسياق العام، والمقام، والسياق الاجتماعي[9].

ويقصد بسياق الحال في علم اللغة الحديث: "السياق الذي جرى في إطار التفاهم بين شخصين ويشمل ذلك زمن المحادثة ومكانها والعلاقة بين المتحادثين والقيم المشتركة بينهما والكلام السابق للمحادثة" فهو الظروف المتعلقة بالمقام الذي تنطق فيه الكلمة، أو بتعبير آخر دراسة الكلام في المحيط الذي يقع فيه، ويشمل السياقُ الخارجي الظروفَ المحيطةَ بالحدث الكلامي، وهي: العصر ونوع القول وجنسه، واللغة أو اللهجة المستعملة والمتكلم

---

(1) ينظر: دلالة السياق للطلحي، 32/1

(2) ينظر: المصدر والموضع نفسه

(3) ابن جني أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي النحوي المشهور، كان إماماً في علم العربية، قرأ الأدب على الشيخ أبي علي الفارسي، وكان أبوه جنيٌ مملوكاً رومياً لسليمان بن فهد بن أحمد الأزدي الموصلي، له: "الخصائص" و"المنصف في شرح تصريف أبي عثمان المازني" و"التلقين في النحو"، توفي سنة 392هـ ببغداد. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 246/3-248]

(4) الخصائص، لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي، ت: 392هـ، تحقيق: محمد علي النجار، عالم الكتب- بيروت، د.ت، 19/1

(5) دلالة السياق للطلحي 503 و506 و 519

(6) سبقت ترجمته ص 18

(7) الموافقات للشاطبي، 266/4

(8) ينظر: سياق الحال في كتاب سيبويه دراسة في النحو والدلالة، لأسعد خلف العوادي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، ط1، عام 1432هـ- 2011م، 19- 20

(9) ينظر: المصدر نفسه، 21-22

أو الكاتب، والمستمع أو القارئ، والعلاقة بين المرسل والمتلقي من حيث الثقافة والجنس والعمر والألفة والطبقة الاجتماعية[1].

فسياق الحال الذي يمثل أحد جزأي السياق يختلف عن دلالة الحال فيقتصر سياق الحال على مورد الألفاظ والجمل، فينحصر مجالها في اللغة وعلومها، أما دلالة الحال فتتصل بهيئة وحال المكلف، وتكون دليلاً في الأحكام الشرعية، ومجال عملها الفقه الإسلامي بأبوابه عموماً، والأحوال الشخصية في هذا البحث خصوصاً.

فدلالة الحال أعم من دلالة السياق حيث لا تقتصر على الكلام فقط، ولا على اللغة بل دائرتها أوسع من المحيط اللغوي الذي يقع فيه الكلام.

المطلب السادس: العلاقة بين دلالة الحال والتعريض والكناية

أولاً: التعريض: هو ضد التصريح، يقال: عرّض لفلان وبفلان إذا قال قولاً وهو يعنيه، ومنه المعاريض في الكلام وهي التورية بالشيء عن الشيء، وفي المثَل: إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب، أي: سعة[2].

واصطلاحاً: هو عدول عن التصريح إلى الكناية والإشارة[3]، أو هو اللفظ الدال على الشيء من طريق المفهوم، لا بالوضع الحقيقي ولا المجازي، فإنك إذا قلت لمن تتوقع صلته ومعروفه بغير طلب: "والله إني لمحتاج وليس في يدي شيء وأنا عريان والبرد قد آذاني"، فهو تعريض بالطلب[4].

ويقول الناس بشأن التعريض: "إياك أعني واسمعي يا جارة"، وقد يتوسل الإنسان بالتعريض العملي لدلالة حاله، فقد يلبس الفقير المحتاج ثياباً مقطعة أو مرقعة، دون أن يقول شيئاً تعريضاً بأنه من مستحقي الزكاة، ويكتفي بدلالة الحال عن دلالة المقال، فيراه المتصدقون فيعطونه من زكاة مالهم[5].

والتعريض حقيقةٌ، وهو لفظ مستعمل في معناه مع التلويح بغير ذلك المعنى المستعمل فيه[6]، حيث "يضمن الكلام ما يصلح للدلالة على مقصوده، وتحصل الدلالة على غير مقصوده إلا أن إشعاره بخلاف المقصود أتم وأرجح، وأصله من عرْض الشيء وهو جانبه كأنه يحوم به حوله ولا يظهره"[7].

---

[1] ينظر: سياق الحال في كتاب سيبويه، للعوادي، 22

[2] مختار الصحاح للرازي، مادة عرض، 206

[3] التذكرة الحمدونية، لأبي المعالي بهاء الدين، محمد بن الحسن بن محمد بن علي بن حمدون البغدادي، ت: 562هـ، دار صادر، بيروت، ط1، عام 1417هـ، 62/5

[4] ينظر: المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، لأبي الفتح ضياء الدين نصر الله بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير الكاتب، ت: 637هـ، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية للطباعة والنشر- بيروت، عام 1420 هـ، 186/2

[5] ينظر: البلاغة العربية، لحَبَنَّكَة الميداني، 153/2

[6] شرح الكوكب المنير، لابن النجار، 202/1

[7] البحر المحيط للزركشي، 137/3

قال ابن القيم[1]: "المعاريض وهي: أن يتكلم الرجل بكلام جائز يقصد به معنى صحيحاً، ويوهم غيره أنه يقصد به معنى آخر، فيكون سبب ذلك الوهم كون اللفظ مشتركاً بين حقيقتين لغويتين أو عرفيتين أو شرعيتين أو لغوية مع إحداهما أو عرفية مع إحداهما أو شرعية مع إحداهما، فيعني أحد معنييه ويوهم السامع له أنه إنما عنى الآخر: إما لكونه لم يعرف إلا ذلك، وإما لكون دلالة الحال تقتضيه، وإما لقرينة حالية أو مقالية يضمها إلى اللفظ"[2].

والعلاقة بين التعريض ودلالة الحال: أن التعريض يقتصر على الألفاظ فقط فهو موضوع لغوي صرف، أما التعريض العملي فلا يبنى عليه حكم شرعي لعدم انضباطه فمن يلبس لباس الفقراء قد يكون غنياً بخيلاً أو متسوّلاً، فلا يمكن الجزم بحقيقة فقره عبر لباسه، فلا صلة لدلالة الحال التي هي موضوع البحث هنا وبين المثال المذكور، وإنما ذكرت التعريض هنا لفرزه وعدم الخلط بينه وبين موضوع البحث.

ثانياً: الكناية: وهي "الدلالة على الشيء بغير لفظه الموضوع له بل لوازمه"[3]، و"أن تتكلم بشيء وتريد به غيره"[4].

أو هي: لفظ أريد به غيرُ معناهُ الذي وضع له، مع جواز إرادة المعنى الأصلي، لعدم وجود قرينة مانعة من إرادته[5].

وعرفها الأصوليون بأنها: اسم لما استتر فيه مراد المتكلم من حيث اللفظ، كقول المطلِّق: "أنت خلية"[6]، واللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية، أما الكناية فلا تلزم إلا بنية[7].

و"الصريح هو كل لفظ مكشوف المعنى والمراد حقيقة كان أو مجازاً"[8].

وحكم الكناية أنه لا يجب العمل بها إلا بالنية أو بدلالة الحال لزوال التردد فيما أريد به، وسمي البائن والحرام ونحوهما كنايات الطلاق مجازاً لأنها معلومة المعاني لكن الإبهام فيما يتصل به فلذلك شابهت الكنايات فسميت بذلك مجازاً، ولهذا الإبهام احتيج إلى النية أو دلالة الحال [1].

---

[1] سبقت ترجمته ص 30

[2] إعلام الموقعين، لابن القيم، 183/3

[3] معجم الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، ت نحو: 395هـ، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ط1، عام 1412هـ، 127- 128

[4] مختار الصحاح للرازي، مادة كني، 274

[5] ينظر: جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، لأحمد بن إبراهيم بن مصطفى الهاشمي، ت: 1362هـ، تحقيق: يوسف الصميلي، المكتبة العصرية، بيروت، د.ت، 287- 288

[6] ينظر: البحر المحيط للزركشي، 134/3

[7] ينظر: الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ت: 911هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1411هـ- 1990م، 293

[8] أصول السرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، دار المعرفة – بيروت، د.ت، 187/1

ولو كتب الطلاق فهو كناية، فلو كتب كناية من كناياته فكما لو كتب الصريح فهذه كناية عن الكناية[2].

واختلف في الكناية، هل هي حقيقة أو مجاز؟ أو منها حقيقة ومنها مجاز؟ فهي حقيقة إن استعمل اللفظ في معناه الموضوع له أولاً وأريد باللفظ لازم المعنى الموضوع له، كقولهم: "كثير الرماد" يُكنُّون به عن كرمه، فكثرة الرماد مستعمل في معناه الحقيقي، ولكن أريد به لازمه وهو الكرم، وإن كان بواسطة لازم آخر؛ لأن لازم كثرة الرماد كثرة الطبخ، ولازم كثرة الطبخ كثرة الضيفان، ولازم كثرة الضيفان الكرم، وكل ذلك عادة.

فالدلالة على المعنى الأصلي بالوضع، وعلى اللازم بانتقال الذهن من الملزوم إلى اللازم[3].

ثالثاً: الفرق بين الكناية والتعريض: أن الكناية أن تذكر الشيء بذكر لوازمه، كقولك: "فلان كثير الرماد"[4]، ففي الكناية يذكر الشيء بغير لفظه الموضوع له[5]، أما التعريض فأن يذكر المتكلم كلاماً محتملاً لمقصوده، إلا أن قرائن أحواله تؤكد حمله على غير مقصوده[6]، أو بعبارة أخرى: التعريض أن تذكر شيئاً تدل به على شيء لم تذكره، كما يقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتك لأسلم عليك، ولأنظر إلى وجهك الكريم، ويسمى التلويح لأنه يلوح منه ما يريده [7]، فالتعريض طريقة من الكلام أخفى من الكناية فلا يشترط في التعريض لزوم ذهني ولا مصاحبة ولا ملابسة ما بين الكلام وما يراد الدلالة به عليه، إنما قد تكفي فيه قرائن الحال، وما يفهم ذهناً بها من توجيه الكلام، وقد يراد بالتعريض المعنى الحقيقي للكلام وقد لا يراد[8].

والتعريض ليس من باب المجاز؛ لأن المجاز ما دل على خلاف ما وضع له في الأصل والتعريض ليس كذلك، فهو يدل على ما كان دالاً عليه في الأصل، إلا أنه أفاد معنى آخر بالقرينة، ومثاله قوله تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثاً﴾ [المؤمنون: 115] فهذا استفهام إنكاري وهو مجاز فيه، وهو دال على ما وضع له، لكنه تعريض بالكفار في إنكار الرجعة والمعاد الأخروي، وليس دالاً عليه من جهة مجازه، ولا من جهة حقيقته، وإنما هو مفهوم من جهة القرينة[9].

---

(1) ينظر: المغني في أصول الفقه، لأبي محمد جلال الدين عمر بن محمد بن عمر الخبازي، ت: 691هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، السعودية، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ط1، عام 1403هـ، 146- 147

(2) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 295

(3) ينظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار، 199/1

(4) ينظر: البحر المحيط للزركشي، 137/3

(5) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، 360/1-361

(6) ينظر: البحر المحيط للزركشي، 137/3

(7) ينظر: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، ت: 538هـ، دار الكتاب العربي- بيروت، ط3، عام 1407 هـ، 282/1، والمنثور في القواعد الفقهية، للزركشي، 361/1

(8) ينظر: البلاغة العربية، لحَبَنَّكَة الميداني، 152/2

(9) ينظر: الطراز لأسرار البلاغة وعلوم حقائق الإعجاز، ليحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم الحسيني العلويّ الطالبي الملقب بالمؤيد باللّه، ت: 745هـ، المكتبة العصرية- بيروت، ط1، عام 1423 هـ- 2001م، 200/1

ويذكر الفقهاء من قواعدهم المتصلة بهذا الموضوع: "الكناية مع دلالة الحال كالصريح"[1].

وفي المعنى نفسه الألفاظ الآتية:

- دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة، وتقوم مقام إظهار النية.
- الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار نية.
- الكناية إذا اقترن بها دلالة الحال كانت صريحة في الظاهر[2].

فمن طلق زوجته طلقة أو طلقتين، ثم ذهب إليها في بيت أهلها يريد مراجعتها، فقال لها: أنت امرأتي، أو: أنت الآن كما كنت، كان ذلك رجعة منه وإن لم يصرح بها؛ لأن الكناية مع دلالة الحال كالصريح، لكنه لا يصير مراجعاً إلا بالنية[3].

وذكر الحنفية أن ألفاظ الكنايات إذا انضمت إليها دلالة الحال في ذكر الطلاق أو الغضب وفي الألفاظ التي لا تصلح للسب لم تفتقر إلى النية[4]، وفي حالة الغضب إذا طلق الرجل امرأته بلفظ كنائي، يصدق في أنه أراد إجابتها لاحتمال الرد والسب، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله: اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق[5].

فقد أقيمت حال الغضب الظاهرة مقام نية الرجل تطليق امرأته لخفائها، وحكم بوقوع الطلاق لأن اللفظ الكنائي المذكور لا يحتمل الرد أو السب حتى يصدَّق.

و"لو قالت له زوجته واسمها فاطمة: طلقني، فقال: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت فاطمة أخرى، طلقت، ولا يقبل قوله لدلالة الحال، بخلاف ما لو قال ابتداء: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت أخرى"[6].

ولا يقع الخلع كذلك بألفاظ "الكناية إلا بنية، أو دلالة حال، بأن تطلب الخلع، وتبذل العوض، فيجيبها بذلك؛ لأن دلالة الحال تغني عن النية"[7].

---

[1] مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، ت: 728هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية- المدينة النبوية، عام: 1416هـ- 1995م، 534/20 ، وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، 4/2

[2] ينظر: القواعد الفقهية، لمحمد الزحيلي، 798/2

[3] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 159/4، وغمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس أحمد بن محمد مكي، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، ت: 1098هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1405هـ- 1985م 88/1، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 438/9

[4] ينظر: التجريد، لأبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، ت: 428هـ، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة- الإسكندرية، ط1، عام 1425هـ- 2004م، 4837/10-4838

[5] ينظر: العناية شرح الهداية للبابرتي، 4/65-66

[6] روضة الطالبين للنووي، 35/8

[7] الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة المقدسي، 98/3

قال ابن عابدين[1]: "لأن دلالة الحال قائمة مقام النية، حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية"[2].

استدل الحنفية بأن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام؛ لأن اللفظ الواحد يحمل على المدح تارة وعلى الذم تارة أخرى لما يقارنها من دلالة الحال، ذلك أنك تقول لمستحق المدح: "يا فاضل" فتمدحه بذلك، فإن كانت الحال للذم قلت: "يا فاضل" وأنت تريد وصفه بضد ذلك والصفة واحدة، وقد استعملت في الشيء ونقيضه لانضمام دلالة الحال إليه؛ ولأن الكلام إذا خرج جواباً لسؤال فالظاهر أنه محمول على مقتضى السؤال.

وعلى هذا فإذا قالت الزوجة: "طلقني"، فقال: "أنت بائن" فالحال يدل أنه أجابها إلى ما سألت ويقع الطلاق، فإن قيل: هذا يبطل بما إذا قالت له: "طلقني" فقال: "لا سبيل لي عليك" أو قال: "اخرجي" أو "اذهبي" فلا يحمل على الطلاق إلا بنية ولا يجعل جواباً، فقوله: "لا سبيل لي عليك" يحتمل لا سبيل لي بالطلاق، وقوله: "اذهبي" أو "اخرجي" يحتمل الإبعاد، وقد يقصد الزوج الإبعاد إذا طلبت الطلاق، فلذلك لا يحمل على الطلاق[3].

وذهب الشافعية إلى القول بعدم وقوع الطلاق بدلالة الحال إلا مع النية[4].

واستدل منكرو دلالة الحال بأن ركانة بن عبد يزيد[5] طلق امرأته سهيمة[6] البتة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((والله ما أردت إلا واحدة؟))، فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فطلقها الثانية في زمان عمر[7]، والثالثة في زمان عثمان[8][1]. وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم رجع إلى نيته ولم يسأل عن

---

[1] سبقت ترجمته ص 12

[2] حاشية ابن عابدين، 249/3

[3] ينظر: التجريد، للقدوري، 4837/10-4838

[4] ينظر: جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، ت: 880هـ، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1417هـ- 1996م، 104/2

[5] ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن كلاب القرشي، روى عن النبي وروى عن نافع بن عجير، أسلم عام الفتح وكان من أشد الناس، وهذا ركانة هو الذي صارعه النبي صلى الله عليه وسلم فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثاً، وكان من أشد قريش، وهو من مسلمة الفتح، توفي في خلافة عثمان، وقيل: سنة 42هـ. [ينظر: أسد الغابة لابن الأثير، 293/2، والإصابة، لابن حجر العسقلاني، 413/2]

[6] سهيمة بنت عمير المزنية، زوج ركانة بن عبد يزيد، طلقها زوجها ألبتة، فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك، فقال: والله ما أردت إلا واحدة، قال عبد الله بن الحارث بن عويمر المزني، قال: كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمتي سهيمة بنت عمير قضاء ما قضي به في امرأة غيرها. [الاستيعاب لابن عبد البر، 1866/4]

[7] سبقت ترجمته ص 23

[8] أخرجه أبو داود -واللفظ له- كتاب الطلاق- باب في البتة رقم: 2206، ج263/2، والترمذي، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، رقم: 1177، ج472/3، وابن ماجه، سنن ابن ماجه، لابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: 273هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد- محمَّد كامل قره بللي- عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط1، عام1430 هـ - 2009 م، كتاب الطلاق- باب طلاق البتة، رقم: 2051،

دلالة الحال، ويجاب بأنه قال: طلقت وإنما اعتبر نيته في العدد ومن نوى الطلاق لم تعتبر دلالة الحال مع نيته فلم يكن في الخبر دلالة[2]. ثم إن الحديث ضعيف لا يقوى على الاحتجاج به.

ج1/661، "واختلفوا هل هو من مسند ركانة أو مرسل عنه وصححه أبو داود وابن حبان والحاكم وأعله البخاري بالاضطراب. وقال ابن عبد البر في التمهيد ضعفوه. وفي الباب عن ابن عباس رواه أحمد والحاكم، وهو معلول أيضاً". [التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت: 852هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1419هـ- 1989م، 458/3]

[1] عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية القرشي الأموي، أمير المؤمنين، ذو النورين، ثالث الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين، هاجر إلى أرض الحبشة فاراً بدينه مع زوجته رقية، ثم هاجر الهجرة الثانية إلى المدينة، وصارت إليه الخلافة بعد وفاة عمر بن الخطاب سنة 23 هـ فافتتحت في أيامه عدة بلدان، وأتم جمع القرآن، استشهد سنة 35 هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر، 1037/3-1038، والأعلام للزركلي، 210/4]

[2] ينظر: التجريد، للقدوري، 4839/10

المبحث الثالث: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال وأثره في اللغة

المطلب الأول: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال

يعد سيبويه[1] أول من تكلم على سياق الحال، وقد جعل عناصر سياق الحال عنده: المتكلم والمخاطب والحال المشاهدة[2]، و"هي الحال التي يولد فيها الكلام، وهي الأمور المشاهدة في الموقف الكلامي وما يحيط بالشخص وما يلابس ظروفه، ولا شأن له بالسياق اللغوي، وتشكل الحال دليلاً قاطعاً عند اللغويين في إتمام ألفاظ الكلام المختزلة لأن المشاهدة قد أغنت عنها"[3].

ويعد سيبويه في استعماله مصطلح الحال وتطبيقه له أول من شق الطريق أمام النحاة في الإفادة والتطبيق، فقد صرح المبرد[4] بمصطلح دلالة الحال ومصطلح (المشاهدة) من ذلك قوله: "ولولا دلالة الحال على ذلك لم يجز الإضمار؛ لأن الفعل إنما يضمر إذا دل عليه دال"[5] وقال: "فهذا لا يكون إلا لما تشاهد من الحال؛ فلذلك استغنيت عن ذكر الفعل"[6].

أما عند الأصوليين فأقدم من استخدم هذه المصطلح -فيما اطلعت عليه- هو الشاشي[7] حيث قال في أصوله: "وحكم الكناية ثبوت الحكم بها عند وجود النية أو بدلالة الحال"[8].

---

[1] سيبويه أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر، الملقب سيبويه، كان أعلم المتقدمين والمتأخرين بالنحو، وأخذ سيبويه النحو عن الخليل بن أحمد وعن عيسى بن عمر ويونس بن حبيب، وأخذ اللغة عن أبي الخطاب المعروف بالأخفش الأكبر ،توفي في قرية من قرى شيراز يقال لها البيضاء في سنة 180هـ، وسيبويه: لقب فارسي معناه بالعربية رائحة التفاح؛ وقيل: سمي سيبويه لأن وجنتيه كانتا كأنهما تفاحتان. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 3/463-465]

[2] ينظر: سياق الحال في كتاب سيبويه، للعوادي، 9

[3] المصدر نفسه، 84

[4] المبرد إمام النحو، أبو العباس محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الأزدي البصري، النحوي الأخباري، صاحب "الكامل"، أخذ عن أبي عثمان المازني، وأبي حاتم السجستاني، وعنه: أبو بكر الخرائطي، ونفطويه، وأبو سهل القطان، وكان إماماً علّامة فصيحاً مفوهاً موثقاً صاحب نوادر وطرف، وكان آية في النحو، مات في أول سنة 286هـ. [سير أعلام النبلاء، للذهبي، 13/576]

[5] المقتضب، لأبي العباس محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي، المعروف بالمبرد، ت: 285هـ، تحقيق: محمد عبد الخالق عظيمة، عالم الكتب– بيروت، د.ت، 3/228

[6] المقتضب للمبرد، 3/264

[7] أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل، القفال الشاشي الفقيه الشافعي، إمام عصره كان فقيهاً محدثاً أصولياً لغوياً شاعراً، رحل إلى خراسان والعراق والحجاز والشام والثغور، وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء، له: كتاب في أصول الفقه، وله شرح الرسالة، وعنه انتشر مذهب الشافعي في بلاده، وقد وقع الاختلاف في وفاته، فقيل سنة 336هـ، وقيل: سنة 365هـ، وقيل: سنة سنة 366هـ. [ينظر: طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ت: 476هـ، هذبهُ: محمد بن جلال الدين المكرم بن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، 1970م، دار الرائد العربي، لبنان– بيروت، 112، ووفيات الأعيان، لابن خلكان، 4/200-201]

[8] أصول الشاشي، 1/65-68

أما عند الفقهاء فأول من استخدم هذا المصطلح -فيما ظهر لي- القدوري[1] الحنفي فقد عنون في كتابه التجريد لدلالة الحال فقال: "اعتبار دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات" وبين أن ألفاظ الكنايات إذا انضمت إليها دلالة الحال في ذكر الطلاق أو الغضب وفي الألفاظ التي لا تصلح للسب لم تفتقر إلى النية[2].

المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في اللغة

تعد دلالة الحال أداة لغوية تجيز للمتكلم الاستغناء عن بعض الألفاظ واختزالها؛ لأنها مفهومة لدى السامع من المشاهدة، لذلك فإن النحويين العرب كثيراً ما يفسرون الحذف في الجملة العربية بدلالة الحال على المحذوف، وأغلب مواضع الحذف في النحو تعلل بدلالة الحال، تجد هذا الأمر في أول كتاب نحوي: "كتاب سيبويه"[3]، فقد تكرر فيه مصطلح (الحال) الدال على الأمور المشاهدة عند المتكلم والمخاطب، ويعد سيبويه -ومن دون خلاف- مبتكر هذا المصطلح، الذي أصبح اليوم نظرية يتباهى الغربيون بابتكار مصطلحاتها ووضع أسسها ومجال تطبيقاتها[4].

ولسيبويه عبارات كثيرة تدل كلها على أن العرب كانت تحذف الفعل اكتفاء بما تراه من دلالة الحال[5] من ذلك قوله: "وإنما حذفوا الفعل في هذه الأشياء حين ثَنَّوا لكثرتها في كلامهم، واستغناء بما يرون من الحال، وبما جرى من الذكر، وصار المفعول الأول بدلاً من اللفظ بالفعل"[6].

وقد سار ابن جني[7] على ما سار عليه سيبويه وجعله ضابطاً نحوياً مسوغاً للحذف ونائباً مناب الأفعال الناصبة وكأنه عامل معنوي إذ قال: "ومن ذلك ما أقيم من الأحوال المشاهدة..." وعقد له باباً أسماه: "باب في أن المحذوف إذا دلت عليه الدلالة..."[8].

---

[1] أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر، أبو الحسين بن أبي بكر الفقيه البغدادي المعروف بالقدوري، لم يحدث إلا بشيء يسير وكان ممن أنجب في الفقه لذكائه، وانتهت إليه بالعراق رياسة أصحاب أبي حنيفة وعظم عنده قدره وارتفع جاهه، وكان حسن العبارة في النظر جزي اللسان مديماً لتلاوة القرآن فقيهاً صدوقاً، صنف من الكتب المختصر المشهور، وشرح مختصر الكرخي والتجريد، و"التقريب" في مجلد و"مسائل الخلاف بين أصحابنا" مات سنة 428هـ. [الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد، محيي الدين عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي الحنفي، ت: 775هـ، مير محمد كتب خانه- كراتشي، د.ت، 1/93-94]

[2] ينظر: التجريد، للقدوري، 10/4837-4838

[3] سبقت ترجمته ص 55

[4] ينظر: سياق الحال في كتاب سيبويه للعوادي، ص84

[5] ينظر: مجلة Pakistan Journal of Islamic Research بحث بعنوان الجملة ذات الموقع النحوي الواحد في كتاب سيبويه، أعده: كل محمد باسل، ص217

[6] كتاب سيبويه، لأبي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر سيبويه، ت: 180 هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل- بيروت، د.ت، 1/275

[7] سبقت ترجمته ص 48

[8] سياق الحال في كتاب سيبويه، للعوادي، 85-86

ويبين ابن جني أن لدلالة الحال، "في إفادة المعنى تأثيراً كبيراً، وأكثر ما يعتمدون في تعريف ما يريدون عليها"[1].

وقد اتفق اللغويون على أن دلالة الحال تستعمل دليلاً على الحذف، فذكروا "أنه يجوز لدليل مقالي أو حالي حذف عامل المصدر غير المؤكد، وهو المبين للنوع أو العدد، والدليل المقالي: ما يكون مرجعه إلى القول، كأن يقال: "ما جلستَ!"، فيقال: "بلى جلوساً طويلاً"، أو "بلى جلستين" فـ"جلوساً": مصدر نوعي لوصفه بالطول، حذف عامله جوازاً لدليل مقالي، وهو قول القائل: "ما جلست!"، والتقدير: بلى جلست طويلاً، و"جلستين": مصدر عددي حذف عامله لذلك، والتقدير: بلى جلست جلستين.

والدليل الحالي: ما مرجعه إلى الحال من مشاهدة أو غيرها، "كقولك لمن قدم من سفر: "قدوماً مباركاً"، ولمن تكرر منه إصابة الهدف: "إصابتين"، فـ"قدوماً": مصدر نوعي، و"إصابتين" مصدر عددي، حذف عاملهما جوازاً لدليل حالي، وهو الحال المشاهدة، والتقدير: قدمت قدوماً مباركاً، وأصبت إصابتين"[2].

ويذكرون أيضاً حذف الفعل لدلالة الحال عليه، ذلك أن إضمار الفعل يقع في كلام العرب على ثلاثة أوجه:

الأول: لا يجوز إظهاره، نحو: "إياك وزيداً".

والثاني: يجوز أن يضمر ويظهر، فإنه يجري ذكر الفعل، أو يكون الاسمان في حال الفعل، كقولك: "زيداً"، إذا سمعت ذكر ضرب، أو رأيت إنساناً يريد أن يضرب، فأنت بالخيار إن شئت قلت: اضرب زيداً، وإن شئت حذفت الفعل لدلالة الحال عليه.

والثالث: لا يجوز إضماره، كأن تقول: "زيداً"، فتضمر الفعل ولم يجر له ذكر وهذا لا يجوز؛ لأنه لا يدري أنك تريد: اضرب زيداً، أو أكرمه، فلما لم يكن على الضمير دليل لم يجز[3].

وقد تقوم الحال المشاهدة مقام الأفعال الناصبة، نحو قولك إذا رأيت إنساناً قادماً: "خيرَ مَقدم" أي: قدمت خير مقدم، فنابت الحال المشاهدة مناب الفعل الناصب، وكقولك للرجل يهوي بالسيف ليضرب به: عَمراً، أي اضرب عَمراً[4].

وقد يحذف الفاعل إذا دل عليه الكلام أو الحال المشاهدة، نحو: ﴿كَلَّا إِذَا بَلَغَتِ التَّرَاقِيَ﴾ [القيامة: 26]،

أي: إذا بلغت الروح[1].

---

[1] المنصف، لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي، ت: 392هـ، شرح كتاب التصريف لأبي عثمان المازني، دار إحياء التراث القديم، ط1، عام 1373هـ- 1954م، 255

[2] ينظر: شرح التصريح على التوضيح أو التصريح بمضمون التوضيح في النحو، لزين الدين خالد بن عبد الله بن أبي بكر بن محمد الجرجاويّ الأزهري المصري، وكان يعرف بالوقاد، ت: 905هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1421هـ- 2000م، 498/1

[3] ينظر: علل النحو، لأبي الحسن محمد بن عبد الله بن العباس، ابن الوراق، ت: 381هـ، تحقيق: محمود جاسم محمد الدرويش، السعودية، الرياض- مكتبة الرشد- ط1، عام 1420 هـ- 1999م، 299-300

[4] ينظر: الخصائص لابن جني، 264/1

قال الأنباري[2]: "والحذف في كلامهم لدلالة الحال وكثرة الاستعمال أكثر من أن يُحْصَى"[3].
وقال أيضاً: "والحذف على سبيل الوجوب والجواز لدلالة الحال كثير في كلامهم"[4].

---

[1] ينظر: أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، لأبي محمد جمال الدين، عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف، المعروف بابن هشام، ت: 761هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت، 82/2

[2] عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله، أبو البركات النحوي كمال الدين ابن الأنباري؛ قدم بغداد في صباه وقرأ الفقه بالمدرسة النظامية، برع وصار من المشار إليهم في النحو، وكان إماماً ثقة صدوقاً غزير العلم، ورعاً زاهداً تقياً عفيفاً له: الإنصاف في مسائل الخلاف، أسرار العربية، عقود الإعراب، توفي سنة 577هـ. [فوات الوفيات، محمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن ابن شاكر بن هارون بن شاكر الملقب بصلاح الدين، ت: 764هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر- بيروت، ط1، ج 1- عام 1973، ج: 2، 3، 4- عام 1974م، 292/2-294 ملخصاً]

[3] الإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين: البصريين والكوفيين، لأبي البركات عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله الأنصاري، كمال الدين الأنباري، ت: 577هـ، المكتبة العصرية، ط1، عام 1424هـ- 2003م، 61/1

[4] المصدر نفسه، 687/2

الباب الأول:

دلالة الحال: حجيتها- أقسامها- شروطها

الفصل الأول: حجية دلالة الحال ودرجاتها

الفصل الثاني: أقسام دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية

الفصل الثالث: الشروط العامة لدلالة الحال

الفصل الأول: حجية دلالة الحال ودرجاتها

المبحث الأول: حجية دلالة الحال

المطلب الأول: دلالة الحال في القرآن الكريم والسنة النبوية

المطلب الثاني: أدلة بناء الأحكام على ظاهر الحال

المطلب الثالث: الاحتجاج بالقواعد الفقهية على دلالة الحال

المبحث الثاني: درجات دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: بلوغها درجة اليقين

المطلب الثاني: بلوغها درجة غلبة الظن

المطلب الثالث: بلوغها درجة الظن

المطلب الرابع: بلوغها درجة الشك

المطلب الخامس: بلوغها درجة الوهم

تمهيد:

هذا الباب هو القسم التأصيلي في هذه الدراسة، وقد قسمت هذا الباب إلى ثلاثة فصول، حيث أبدأ في الفصل الأول ببيان حجية دلالة الحال من المصادر التشريعية، ثم أبين في الفصل الثاني أقسام دلالة الحال وآتي على أمثلة لها من الأحوال الشخصية، وفي الفصل الثالث أبين الشروط العامة لدلالة الحال.

الفصل الأول: حجية دلالة الحال ودرجاتها

-يتحدث هذا الفصل عن مدى الاحتجاج بدلالة الحال من حيث جواز بناء الأحكام الشرعية عليها، وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين: في المبحث الأول أتحدث عن حجية دلالة الحال من القرآن والسنة والإجماع والقياس، وأذكر أدلة وجوب بناء الأحكام الشرعية على الظاهر لا على الباطن، وأسوق القواعد الفقهية التي تخدم هذا الموضوع، وفي المبحث الثاني أتحدث عن درجات دلالة الحال وبلوغها درجة اليقين ودرجة غلبة الظن ودرجة الظن ودرجة الشك ودرجة الوهم.

المبحث الأول: حجية دلالة الحال

المطلب الأول: دلالة الحال في القرآن الكريم والسنة النبوية

يمكن أن يستدل للاعتداد بدلالة الحال حجةً بالقرآن الكريم والسنة والإجماع والقياس:

أولاً: أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ﴾ [التوبة: 92]، وجه الاستدلال هو: "الاستدلال بحالهم الظاهرة على صدق إيمانهم وحقيقة نواياهم، فلذلك رفع عنهم الحرج في تخلفهم عن الجهاد"[1]. فالقرآن الكريم جعل للحال الظاهرة اعتبارها.

ثانياً: وأما السنة:

1-عن ابن عباس[2] رضي الله عنهما، قال: قال عمر[3]: "لقد خشيت أن يطول بالناس زمان، حتى يقول قائل: لا نجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا

---

[1] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/56

[2] عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف أبو العباس القرشي الهاشمي، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، كني بابنه العباس وهو أكبر ولده، استعمله علي بن أبي طالب على البصرة فبقي عليها أميراً ثم فارقها قبل أن يقتل علي ابن أبي طالب وعاد إلى الحجاز، وكان له لما توفي النبي صلى الله عليه وسلم 13 سنة، توفي سنة 68هـ بالطائف وهو ابن سبعين سنة.[أسد الغابة لابن الأثير، 3/291-294]

[3] سبقت ترجمته ص 23

قامت البينة، أو **كان الحبل** أو الاعتراف –قال سفيان: كذا حفظت– ألا وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده"[1].

وجه الاستدلال: أنه إذا وجدت المرأة الخلية من زوج أو سيد وجدت حاملاً، ولم توجد شبهة ولا إكراه فيجب عليها الحد[2]، فقد أقيم الحمل الذي هو وصف ظاهر منضبط مقام الزنى لخفائه؛ لأن هذه المرأة لا زوج ولا سيد لها، عملاً بدلالة الحال.

وقال الحنفية والشافعية: لا حد على المرأة بمجرد الحبل سواء كان لها زوج أو سيد أم لا، سواء الغريبة وغيرها وسواء ادعت الإكراه أم سكتت فلا حد عليها مطلقاً إلا ببينة أو اعتراف؛ لأن الحدود تسقط بالشبهات.

والرجم بالحبل وحده مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه[3] إذا لم يكن لها زوج ولا سيد، وتابعه المالكية فقالوا: إذا حبلت ولم يعلم لها زوج ولا سيد ولا عرفنا إكراهها فتُحد إلا أن تكون غريبة وتدعي أن الحمل من زوج أو سيد، ولا تقبل دعواها الإكراه إذا لم تقم بذلك مستغيثة عند الإكراه قبل ظهور الحمل[4].

2– عن سهل بن سعد رضي الله عنه[5]، أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فصعّد النظر إليها وصوّبه، ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست، فقام رجل من أصحابه، فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: ((هل عندك من شيء؟)) فقال: لا والله يا رسول الله، قال: ((اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً؟)) فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ما وجدت شيئاً، قال: ((انظر ولو خاتماً من حديد)) فذهب ثم رجع، فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتماً من حديد، ولكن هذا إزاري –قال سهل: ما له رداء– فلها نصفه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ما تصنع بإزارك، إن لبستَه لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسَتْه لم يكن عليك شيء)) فجلس الرجل حتى طال مجلسه ثم قام فرآه رسول الله صلى الله عليه وسلم مولياً فأمر به

---

[1] أخرجه البخاري –واللفظ له– كتاب الحدود –باب الاعتراف بالزنى– رقم: 6829، ج168/8، ومسلم كتاب الحدود– باب رجم الثيب في الزنى– رقم: 1691، ج1317/3

[2] ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، ت: 852هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة– بيروت، عام 1379هـ، 149-148/12

[3] سبقت ترجمته ص 23

[4] ينظر: الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1، عام 1421هـ– 2000م، 487/7، والمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ، دار إحياء التراث العربي– بيروت، د.ت، 192/11

[5] سهل بن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة الساعدي الأنصاري، يكنى أبا العباس، توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ابن خمس عشرة سنة، وعمَّر سهل بن سعد حتى أدرك الحجاج وامتحن به، اختلف في وقت وفاته، فقيل: سنة 88هـ وهو ابن ست وتسعين سنة، وقيل: توفي سنة 91هـ، وقد بلغ مئة سنة، ويقال: إنه آخر من بقي بالمدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم. [ينظر: الاستيعاب، لابن عبد البر، 2/664-665]

فدعي، فلما جاء قال: ((ماذا معك من القرآن؟)) قال: معي سورة كذا، وسورة كذا، وسورة كذا –عدها– قال: ((أتقرؤهن عن ظهر قلبك؟)) قال: نعم، قال: ((اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن))[1].

وجه الدلالة من الحديث: هو اعتبار الكناية (ملكتكها) مكان لفظ التزويج الصريح بدلالة الحال[2]، وإقامته مقام الرضا الصريح؛ لأن المجلس مجلس ذكر للزواج.

3–عن أبي هريرة رضي الله عنه[3] أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن)) قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: ((أن تسكت))[4].

وجه الاستدلال: أن الرضا أمر باطن والبكر يعرف رضاها بالقول والفعل كتمكينها نفسها من زوجها، وبالسكوت وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون سكوتها رضا، وقد يعترض بأن السكوت يحتمل الرضا والسخط، فيجاب بأنه يترجح جانب الرضا على جانب السخط؛ لأنها لو لم تكن راضية لردت؛ لأنها إن كانت تستحي عن الإذن فلا تستحي عن الرد، فإذا سكتت ولم ترد يدل ذلك على أنها راضية؛ لأن الحياء في البكر مانع من النطق بصريح الإذن بالنكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال[5].

4–عن ابن عباس رضي الله عنهما[6]، قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا خطب إليه بعض بناته أتى

الخدر فقال: ((إن فلاناً يخطب فلانة)) فإن طعنت في الحائط لم يزوجها، وإن لم تطعن في الجدار أنكحها[1].

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب فضائل القرآن– باب القراءة عن ظهر القلب، رقم: 5030 ، ج، 192/6– 193، ومسلم، كتاب النكاح– باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمئة درهم لمن لا يجحف به، رقم: 76، ج1040/2

[2] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/73

[3] سبقت ترجمته ص 24

[4] أخرجه البخاري –واللفظ له– كتاب النكاح– باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم: 5136، ج17/7، ومسلم– كتاب النكاح– باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم: 64، ج1036/2

[5] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني 242/2 و 245

[6] سبقت ترجمته ص 61

وفي رواية عن عمر[2] رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يزوج امرأة من نسائه يأتيها من وراء الحجاب، فيقول لها: ((يا بنية إن فلاناً قد خطبك، فإن كرهتيه فقولي: لا، فإنه لا يستحي أحد أن يقول: لا، وإن أحببت فإن سكوتك إقرار))[3].

وجه الاستدلال من الروايتين: أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منها جواب الرد لا جواب الرضا فدل هذا على أن السكوت يكفي للرضا[4]، ويقوم مقام الرضا لخفائه.

5-عن عائشة رضي الله عنها[5]، أن بريرة[6] أعتقت وهي عند

---

[1] أخرجه الطبراني -واللفظ له- المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني، ت: 360هـ، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية- القاهرة، ط2، د.ت، رقم: 11999، ج355/11، والسنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، عام 1424هـ- 2003م، كتاب النكاح- باب: إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام، رقم: 13707، ج 199/7، وكشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة، لنور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، ت: 807هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، مؤسسة الرسالة- كتاب النكاح- باب الاستئمار، رقم:1421، ج160/2، قال الهيثمي: "رواه البزار، ورجاله ثقات". [مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي ابن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ- 1994م، كتاب النكاح- باب الاستئمار، رقم: 7462، ج278/4]

[2] سبقت ترجمته ص 23

[3] أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، وما أسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم: 88، ج 73/1، قال الهيتمي: "وفيه يزيد بن عبد الملك النوفلي وهو متروك وقد وثقه ابن معين في رواية". [مجمع الزوائد للهيتمي، كتاب النكاح- باب الاستئمار، رقم: 7465، ج278/4]

[4] ينظر: المبسوط للسرخسي، 4/5

[5] عائشة بنت أبي بكر الصديق، زوج النبي صلى الله عليه وسلم، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة قبل الهجرة بسنتين، لم ينكح صلى الله عليه وسلم بكراً غيرها، وقال عطاء بن أبي رباح: كانت عائشة أفقه الناس وأعلم الناس وأحسن الناس رأياً في العامة، وقال هشام بن عروة عن أبيه: ما رأيت أحداً أعلم بفقه ولا بطب ولا بشعر من عائشة، وتوفيت عائشة سنة 57هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر، 1881/4-1885]

[6] بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق، كانت مولاة لبعض بني هلال فكاتبوها، ثم باعوها من عائشة، وجاء الحديث في شأنها بأن ((الولاء لمن أعتق))، وعتقت تحت زوج، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنّة، واختلف في زوجها هل كان عبداً أو حراً، ففي نقل أهل المدينة أنه كان عبداً يسمى مغيثاً، وفي نقل أهل العراق أنه كان حراً. [الاستيعاب لابن عبد البر، ملخصاً 1795/4] [والحديث أخرجه البخاري، كتاب الصلاة- باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد- رقم: 456، ج 98/1، ومسلم، كتاب الطلاق- باب إنما الولاء لمن أعتق- رقم:1504، ج 1141/2]

مغيث[1] عبد لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال لها: ((إن قربك فلا خيار لك))[2]. وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل تمكينها نفسها من الزوج دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا؛ لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح، فوجوده من المرأة دليل رضاها به[3]، ذلك أن الثيب يعرف رضاها بالقول تارة –وهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه– وبالفعل تارة أخرى كالتمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة ونحو ذلك؛ لأن ذلك دليل الرضا فيقوم مقامه[4].

6–عن أبي هريرة رضي الله عنه[5]، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود عليه السلام فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى)) قال أبو هريرة: "والله إن سمعت بالسكين قط إلا يومئذ، وما كنا نقول إلا المدية" [6].

وجه الاستدلال: أن سيدنا سليمان عليه الصلاة والسلام استدل برضا الكبرى بذلك، وأنها قصدت التأسي بمساواة الصغرى في فقد ولدها، وبشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بذلك: على أنها هي أمه، وأن الحامل لها على الامتناع هو ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التي وضعها الله تعالى في قلب الأم[7].

---

[1] مغيث زوج بريرة، كان عبداً لبعض بني مطيع، وأعتقت بريرة تحته، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها، وكان مغيث في حين عتقها واختيارها عبداً في الأصح، مغيث مولى أبي أحمد بن جحش، اشترتها السيدة عائشة، عن ابن عباس: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي، ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((ألا تعجبون من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟)) فقال النبي: ((لو راجعته؟))، قالت: يا رسول الله، تأمرني؟ قال: ((إنما أشفع))، قالت: لا حاجة لي فيه. [ينظر: الاستيعاب لابن عبد البر، 1443/4، وأسد الغابة لابن الأثير، 234/5] [والحديث أخرجه البخاري، كتاب الطلاق– باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زوج بريرة– رقم: 5283، ج48/7]

[2] أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق– باب حتى متى يكون لها الخيار؟، رقم: 2236، ج271/2، قال ابن الملقن: "وفي إسناده (عنعنة) ابن إسحاق" [البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لأبي حفص سراج الدين عمر بن علي بن أحمد بن الملقن الشافعي المصري، ت: 804هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع– الرياض– السعودية، ط1، عام 1425هـ– 2004م، 646/7].

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 58/13، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، عام: 1388هـ– 1968م، 30/7

[4] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 242/2

[5] سبقت ترجمته ص 24

[6] أخرجه البخاري، واللفظ له– كتاب الفرائض– باب إذا ادعت المرأة ابناً، رقم: 6769، ج156/8، ومسلم، كتاب الحدود– باب بيان اختلاف المجتهدين، رقم: 1720، ج3/ 1344

[7] الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، المعروف بابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، مكتبة دار البيان، د.ت، ص5

ثالثاً: الاحتجاج بالإجماع

أجمع العلماء على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله يتولى السرائر[1]، وقد صاغوا قاعدة فقهية بهذا المعنى وهي قاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"[2] فيحال الحكم عليه، ويجعل وجود الدليل وثبوته بمنزلة

وجود المدلول وثبوته، يعني أنه يحكم بالظاهر، وهو الدليل، فيما يتعسر الاطلاع عليه، وهو الأمر الباطني[3].

وقد ذكر ابن أمير حاج[4] هذه القاعدة بلفظ: "الأمر الظاهر متى قام مقام الباطن يدور الحكم معه وجوداً وعدماً"[5]، فيقام السبب الظاهر مقام حقيقة الباطن الذي لا يتوصل إليه إلا بحرج، فمثلاً فيما يتعلق بسن التكليف فإن خطاب الشرع يتوجه على المرء إذا اعتدل حاله، ولكن اعتدال الحال أمر باطن وله سبب ظاهر من حيث العادة وهو البلوغ عن عقل، فأقام الشرع هذا السبب الظاهر مقام ذلك المعنى الباطن للتيسير، ثم دار الحكم معه وجوداً وعدماً، فحتى لو اعتدل حال الصبي قبل البلوغ فلا عبرة له في حق تكليفه، ولو لم يعتدل حاله بعد البلوغ عن عقل فيكون مكلفاً أيضاً لهذا المعنى[6]، فأقام الشرع اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلا عته مقام كمال العقل في توجه الخطاب تيسيراً على العباد[7].

و"الإجماع منعقد على صحة تعليل الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة المشتملة على احتمال الحكم"[8]؛ لأن بناء الحكم على وصف خفي مضطرب مما يفضي إلى العسر والحرج في حق المكلف بالبحث عنها والاطلاع

---

[1] ينظر: التمهيد لابن عبد البر، 157/10، والجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد ابن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، ت : 671هـ، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية- القاهرة، ط2، عام 1384هـ- 1964م، 203/12، وفتح الباري، لابن حجر، 273/12.

[2] ذُكرت هذه القاعدة بهذا اللفظ في العناية شرح الهداية، للبابرتي، 391/6، وفي المادة 68 من مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، د.ت، 24، وشرح القواعد الفقهية، للزرقا، 345، والقواعد الفقهية، لمحمد الزحيلي، 576/1، والموسوعة الفقهية الكويتية، 146/20، وقواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف ببلشرز- كراتشي، ط1، عام 1407هـ- 1986م، ص 81

[3] شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 345

[4] محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر بن محمد شمس الحلبي الحنفي، المعروف بابن أمير حاج وبابن الموقت، ولد سنة 825 هـ بحلب ونشأ بها، وارتحل إلى حماة ثم إلى القاهرة فسمع بها على الحافظ ابن حجر، ولازم ابن الهمام وشرح منية المصلي، مات سنة 879 هـ. [البدر الطالع للشوكاني، 254/2]

[5] التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 164/2

[6] ينظر: أصول السرخسي، 140/1

[7] ينظر: التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 164/2

[8] الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 203/3- 204

عليها، والحرج منفي بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78] غير أن اعتبار الوصف الظاهر المنضبط؛ لكون المشقة فيه أدنى[1].

و"يتفاوت العقل بحسب الفطرة بالإجماع وشهادة من الآثار، فرب صبي أعقل من بالغ... ولا يناط التكليف بكل قدر فأنيط بالبلوغ، أي: بلوغ الآدمي حال كونه عاقلاً، ويُعرف كونه عاقلاً بالصادر عنه من الأقوال والأفعال، فإن كانت على سنن واحد كان معتدل العقل، وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل، إلا أن الشرع أقام اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلا عته مقام كمال العقل في توجه الخطاب تيسيراً على العباد، ثم صار صفة الكمال الذي يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار، كما سقط توهم بقاء النقصان بعد هذا الحد لما عرف من أن السبب الظاهر إذا أقيم مقام الباطن يدور الحكم معه وجوداً وعدماً"[2].

كما يمكن الاستدلال بقاعدة: "الثابت بالدلالة كالثابت بالنص لغة"[3]، ووردت بلفظ: "الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة"[4] وبلفظ: "الثابت بالدلالة مثل الثابت بالنص أو أقوى منه"[5]، وبلفظ: "الثابت بالدلالة كالثابت بالإفصاح"[6]، وبلفظ: "الثابت بالدلالة مثل الثابت بالصريح"[7]، وأخص منها قاعدة: "الثابت بالعبارة أو الإشارة يقدم على الثابت بالدلالة"[8].

رابعاً: القياس: يستدل على حجية دلالة الحال بقياس ما تفيده دلالة الحال، على ما تفيده عبارة الإنسان في تصرفاته، بجامع أن كلاً منهما يعبر عن إرادة الشخص ونيته ومقصوده[9].

المطلب الثاني: أدلة بناء الأحكام على ظاهر الحال

يستدل بالأدلة الآتية على أن الأحكام الشرعية يجب أن تبنى على ظاهر الحال:

أولاً: من القرآن الكريم:

1- قوله سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ(1) اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [المنافقون: 1- 2]. وجه الدلالة من هذه الآية: أن الله تبارك وتعالى ذكر المنافقين للنبي عليه الصلاة والسلام وقد أقرهم رسول الله عليه الصلاة والسلام يتناكحون ويتوارثون، ويُسهِم لهم إذا حضروا

---

[1] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[2] التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 164/2

[3] أصول السرخسي، 254/1

[4] فتح القدير، للكمال بن الهمام، 114/9

[5] كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري، 332/2

[6] شرح السير الكبير، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، الشركة الشرقية للإعلانات، عام: 1971م، 362/1

[7] ينظر: كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري، 142/3

[8] التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر، د.ت، 261/1

[9] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/58

القسمة ويَحكم لهم أحكام المسلمين، وقد أخبر الله تعالى ذكره عن كفرهم وأخبر رسول الله عليه الصلاة والسلام أنهم اتخذوا أيمانهم جُنة من القتل بإظهار الأَيمان على الإيمان، فيدل ذلك على أن مبنى الأحكام على الظاهر والله ولي المغيَّب، ومن حكم على الناس بالتفرس والظن فقد جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله عليه الصلاة والسلام؛ لأن الله عز وجل إنما يولي الثواب والعقاب على المغيب؛ لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة كان ذلك لرسول الله عليه الصلاة والسلام[1].

2- قوله تعالى: ﴿وَلا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12] وجه الاستدلال: أن الآية منعت البحث عن الأمور الخفية، فمعنى الآية: خذوا ما ظهر ولا تتبعوا عورات المسلمين، أي: لا يبحث أحدكم عن عيب أخيه حتى يطلع عليه بعد أن ستره الله[2].

3- قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: 21]، وجه الاستدلال: أن الآية نهت عن استرداد شيء من المهر بعد الخلوة، فإن الإفضاء عبارة عن الخلوة، ومنه يسمى المكان الخالي فضاء، فأقيمت الخلوة مقام الدخول لخفائه[3].

ثانياً: من السنة الشريفة:

1-عن أسامة بن زيد[4] قال: بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية،

فصبحنا الحرقات[5] من جهينة، فأدركت رجلاً فقال: لا إله إلا الله، فطعنته فوقع في نفسي من ذلك، فذكرتُه للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أقال لا إله إلا الله وقتلته؟)) قال: قلت: يا رسول

---

[1] ينظر: الأم للشافعي، 120/4

[2] ينظر: تفسير القرطبي، 333/16، وأحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، ت: 370هـ، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، عام: 1405هـ، 289/5

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 149/5

[4] أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي، كان أبوه من السبي، ثم صار مولى لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وله ولاؤه صلى الله عليه وسلم، يقال له: الحب بن الحب، وأمه أم أيمن واسمها بركة مولاة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وحاضنته، سكن بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم وادي القرى، ثم عاد إلى المدينة، ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لأسامة بن زيد خمسة آلاف، ولابن عمر ألفين، فقال ابن عمر: فضلت علي أسامة، وقد شهدت ما لم يشهد؟ فقال: إن أسامة كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم منك، وأبوه كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أبيك، توفي سنة 54هـ على الأصح. [ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، 75/1-77]

[5] الحرقة: اسم قبيلة من جهينة، وقوله: "فصبحنا الحرقات" إشارة إلى بطون تلك القبيلة. [كشف المشكل من حديث الصحيحين، لأبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، ت: 597هـ، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن- الرياض، د.ت، 20/4]

الله، إنما قالها خوفاً من السلاح، قال: ((أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا؟)) فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ[1].

وجه الدلالة أن قوله عليه الصلاة والسلام: "أفلا شققت عن قلبه" دليل على أن الحكم إنما يجري على الظاهر وأن السرائر موكولة إلى الله سبحانه[2]، وفيه دليل للقاعدة المعروفة أن الأحكام يعمل فيها بالظواهر والله يتولى السرائر[3].

2-ما جاء في حديث طويل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((ألا تأمنوني وأنا أمين من في السماء، يأتيني خبر السماء صباحاً ومساء))، قال: فقام رجل غائر العينين، مشرف الوجنتين، ناشز الجبهة، كث اللحية، محلوق الرأس، مشمر الإزار، فقال يا رسول الله اتق الله، قال: ((ويلك، أولستُ أحقَّ أهل الأرض أن يتقي الله؟)) قال: ثم ولى الرجل، قال خالد بن الوليد[4]: يا رسول الله، ألا أضرب عنقه؟ قال: ((لا، لعله أن يكون يصلي)) فقال خالد: وكم من مصلٍّ يقول بلسانه ما ليس في قلبه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق بطونهم))[5].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين لئلا يقولوا: إنه قتلهم بعلمه وإنه يقتل أصحابه، وكذلك لم يقتلهم بالشهادة عليهم كما لم يقتلهم بعلمه، فدل هذا على أن ظاهر الإيمان جُنة من القتل[6]، فمن

---

[1] أخرجه البخاري- كتاب المغازي- باب بعث النبي صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد إلى الحرقات من جهينة، رقم: 4269، ج144/5 ومسلم- واللفظ له- كتاب الإيمان- باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال: لا إله إلا الله، رقم: 158، ج96/1

[2] معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، ت: 388هـ، المطبعة العلمية- حلب، ط1، عام 1351هـ- 1932م، 271/2، وعون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لأبي عبد الرحمن محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، شرف الحق الصديقي العظيم آبادي، ت: 1329هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، عام 1415 هـ، 217/7

[3] المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي، 107/2

[4] خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله القرشي المخزومي، أبو سليمان، اختلف في وقت إسلامه وهجرته، فقيل: هاجر خالد بعد الحديبية، وكان خالد على خيل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية وخيبر ويوم حنين، وأمره أبو بكر الصديق على الجيوش، ففتح الله عليه اليمامة وغيرها، ثم افتتح دمشق، وكان يقال له سيف الله، ولما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال: لقد شهدت مئة زحف أو زهاءها، وما في جسدي موضع شبر إلا وفيه ضربة أو طعنة أو رمية، ثم ها أنذا أموت على فراشي كما يموت العير، فلا نامت أعين الجبناء، وتوفي بحمص، وقيل: بالمدينة سنة إحدى وعشرين. [الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، 427/2-430]

[5] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب المغازي- باب بعث علي بن أبي طالب عليه السلام وخالد بن الوليد رضي الله عنه إلى اليمن قبل حجة الوداع، رقم: 4351، ج 163/5، ومسلم- كتاب الكسوف- باب ذكر الخوارج وصفاتهم- رقم: 144، ج742/2، و"مشرف الوجنتين -بسكون الشين- أي: مرتفعهما" [فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، 138/1]

[6] ينظر: شرح صحيح البخاري، لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال، ت: 449هـ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، الرياض، ط2، عام 1423هـ - 2003م، 576/8

أعظم اعتبارات الظاهر ما كان منه –صلى الله عليه وسلم– مع المنافقين من التعاطي والمعاملة بما يقتضيه ظاهر الحال[1].

3–عن عبيد الله بن عدي بن الخيار[2] أنه قال: بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم جالس بين ظهري الناس، إذ جاءه رجل فسارّه، فلم يدر ما سارّه به، حتى جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإذا هو يستأذنه في قتل رجل من المنافقين، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم حين جهر: ((أليس يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله؟))، فقال الرجل: بلى، ولا شهادة له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أليس يصلي))؟ قال: بلى، ولا صلاة له، فقال: ((أولئك الذين نهاني الله عنهم))[3].

وجه الدلالة: أن الواجب معاملة للناس بما يعرف من ظواهر أحوالهم من دون تفتيش عن دواخلهم، فإن ذلك مما لم يتعبدنا الله به[4].

4–عن ابن عمر رضي الله عنه[5]، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام، وحسابهم على الله))[6].

وجه الدلالة: أننا نحكم بالظاهر، فنعامل الناس بمقتضى ظاهر أقوالهم وأفعالهم[7]، قال ابن عبد البر[1] عقب هذا الحديث: "وقد أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر وأن السرائر إلى الله عز وجل"[2].

---

[1] ينظر: نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت: 1250هـ، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، عام 1413هـ - 1993م، 360/1-361

[2] عبيد الله بن عدي بن الخيار بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي، ولد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، ومات في زمن الوليد بن عبد الملك، وله دار بالمدينة عند دار علي بن أبي طالب، وروى عن عمر وعثمان، وهو الذي روى عن عيد الله بن عدي الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه رجل يستأذنه في قتل رجل من المنافقين، فقال: أليس يشهد أن لا إله إلا الله! فقال: بلى، ولا شهادة له... [الاستيعاب لابن عبد البر، 1010/3]

[3] أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الصلاة– جامع الصلاة، رقم: 182، ج 239/2، والإمام أحمد بن حنبل في المسند، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ت: 241هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط– عادل مرشد، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ط1، عام 1421هـ– 2001م، أحاديث رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، حديث عبيد الله بن عدي الأنصاري، رقم: 23670، ج73/39، "ورجاله رجال الصحيح". [مجمع الزوائد، للهيتمي، 24/1]

[4] ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني، 360/1

[5] سبقت ترجمته ص 23

[6] أخرجه البخاري –واللفظ له– كتاب الإيمان– باب: ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: 5]، رقم: 25، ج14/1، ومسلم– كتاب الإيمان– باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، رقم: 32، ج51/1

[7] ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي العيني، ت: 855هـ، دار إحياء التراث العربي– بيروت، د.ت، 181/1

5-وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه[3] قال: ((إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمِنَّاه وقرَّبناه، وليس إلينا من سريرته شيء الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوءاً لم نَأْمَنه، ولم نصدقه، وإن قال: إن سريرته حسنة))[4].

وجه الدلالة في هذا الحديث: أن هذا الحديث جاء في كتاب الشهادات فمن ظهر منه الخير فهو العدل الذي تجب قبول شهادته[5].

وقد استُدل به على قبول شهادة من لم يظهر منه ريبة نظراً إلى ظاهر الحال، وأنه يكفي في التعديل ما يظهر من حال المعدل من الاستقامة من غير كشف عن حقيقة سريرته؛ لأن ذلك متعذر إلا بالوحي، وقد انقطع[6].

6- وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها))[7].

---

[1] ابن عبد البر، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد البر التجيبي الأندلسي القرطبي، الإمام الحافظ المجود، سمع من: عبيد الله بن يحيى بن يحيى، وأسلم بن عبد العزيز، ومحمد بن عمر بن لبابة، روى عنه: عمر بن نمارة الأندلسي، وأبو محمد عبد الرحمن بن عمر النحاس، توفي بالشام بطرابلس في سنة 341هـ له: "الدرر في اختصار المغازي والسير"، و"العقل والعقلاء وما جاء في أوصافهم" و"التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد". [ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، 15/498-499، ووفيات الأعيان، لابن خلكان، 7/67]

[2] التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، عام، 1387هـ، 10/157

[3] سبقت ترجمته ص 23

[4] أخرجه البخاري- كتاب الشهادات- باب الشهداء العدول، رقم: 2641، ج3/169

[5] ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال، 8/24

[6] ينظر: سبل السلام، لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف بالأمير، ت: 1182هـ، دار الحديث، د.ت، 2/584

[7] أخرجه الدارقطني، -واللفظ له- عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، سنن الدارقطني لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود البغدادي الدارقطني، ت: 385هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1424 هـ- 2004م، كتاب النكاح- باب المهر، رقم: 3824، ج4/473، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق- باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق وما روي في معناه، رقم: 14487، ج7/418، وقال: "وهذا منقطع

وجه الاستدلال: أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح تقام مقام الدخول لأنها مظنة له[1].

7-وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال: ((إنما نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر))[2].

وبعض رواته غير محتج به"، قال ابن حجر: "وفي إسناده ابن لهيعة مع إرساله، لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق ابن ثوبان، ورجاله ثقات". [التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني، 408/3]

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 292/2، والاختيار للموصلي، 103/3

[2] قال ابن حجر: "هذا الحديث استنكره المزني، فيما حكاه ابن كثير عنه في "أدلة التنبيه"،... وأن الشافعي قال في كلام له: وقد أمر الله نبيه أن يحكم بالظاهر، والله متولي السرائر؛ وكذا قال ابن عبد البر في "التمهيد": أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر، وأن أمر السرائر إلى الله". [التلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، 465/4-466] وقال ابن الملقن: "هذا الحديث غريب لا أعلم من خرجه من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها، وسئل عنه حافظ زماننا جمال الدين المزي فقال: لا أعرفه. وقال النسائي في «سننه»: باب الحكم بالظاهر". [البدر المنير، لابن الملقن، 590/9، وقد ذكره النسائي في كتاب آداب القضاة- باب الحكم بالظاهر، ج233/8] وقال ابن كثير: "هذا الحديث كثيراً ما يلهج به أهل الأصول، ولم أقف له على سند، وسألت عنه الحافظ أبا الحجاج المزي، فلم يعرفه". [تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، ت: 774هـ، دار ابن حزم، ط2، عام 1416هـ- 1996م، 145] وقال الشوكاني: "وهو وإن لم يثبت من وجه معتبر فله شواهد متفق على صحتها". [نيل الأوطار للشوكاني، 360/1-361] وأورده أيضاً في الفوائد المجموعة حيث قال: ""حديث: "نحن نحكم بالظاهر"، يحتج به أهل الأصول ولا أصل له، وفي معناه قوله: صلى الله عليه وسلم للعباس يوم بدر: كان ظاهرك علينا"". [الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ت: 1250هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، 200]

المطلب الثالث: الاحتجاج بالقواعد الفقهية على دلالة الحال

أعرض في هذا المطلب القواعد الفقهية التي تتصل بهذا البحث، والتي يمكن أن تضاف إلى أدلة الاحتجاج بدلالة الحال:

القاعدة الأولى: "مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه"[1].

ووردت بلفظ آخر: "مطلق الكلام يتقيد بما سبق من دلالة الحال"[2].

ومعنى هذه القاعدة: أن من تكلم بكلام مطلق لم يقيده بقيد أو شرط، فإنه يتقيد المراد به في حكم الشرع بدلالة الحال، بحيث يصير ما دلت عليه الحال كأنه المنصوص عليه والمصرح به، فدلالة الحال مثل الصريح في تقييد مطلق الكلام به[3].

مثالها: من قال لامرأته -إذا قامت لتخرج-: إن خرجت فأنت طالق، فتكون يمينه على تلك الخرجة بدلالة الحال، فكأنه قال لها: لو خرجت هذه الخرجة فأنت طالق، فلو قعدت ثم خرجت بعد ذلك لا تطلق[4].

القاعدة الثانية: "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة"[5].

المطلق: هو ما دل على الماهية بلا قيد، أي: الماهية المستحضرة في الذهن بلا قيد وجودها في ضمن الأفراد، فهو على هذا مرادف لعلم الجنس، أو هو: اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين[6].

والمقيد: "هو اللفظ الذي أضيف إلى مسماه معنىً زائدٌ عليه، نحو: رجل صالح"[7]، "أو هو المتناول لمعين، أو غير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة"[8]، إما نصاً أي لفظاً، بأن يكون مقروناً بصفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهي، أو شرط، أو استثناء، وإما دلالة بما يدل عليه ظاهر الحال، أو العرف والعادة [9].

ومعنى هذه القاعدة: أن اللفظ المطلق يعمل به على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد إما بالنص عليه أو بدلالة الحال[10].

---

[1] المبسوط للسرخسي، 168/8.

[2] شرح السير الكبير للسرخسي، 447/1.

[3] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/63

[4] ينظر: المبسوط للسرخسي، 186/8، وبدائع الصنائع للكاساني، 13/3

[5] المادة 64 من المجلة، وينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، 385/6

[6] ينظر: التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني، 118/1، والبحر المحيط للزركشي، 5/5

[7] شرح تنقيح الفصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، عام 1393هـ- 1973م، 39

[8] روضة الناظر، لابن قدامة، 102/2

[9] ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد مصطفى الزحيلي، 378

[10] ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو، 324

مثالها: لو وكل إنسانٌ آخرَ بالتزويج، فزوّجه الوكيل امرأة بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش، جاز عند الإمام أبي حنيفة، بناء على أصله أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد، ولا يُجوِّز الصاحبان النكاح إلا بمهر المثل أو غبن يسير؛ لأن التقييد عندهما يثبت بدليل العرف وإذا كان الغبن فاحشاً يخير الموكل بين إجازته أو رده[1].

القاعدة الثالثة: "الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود"[2]

"إن الأعمال والأحكام المطلوبة شرعاً لها مقاصد محددة، وأوقات خاصة أحياناً، فإن اشتغل الشخص بشيء غير مقصود شرعاً من الفعل، فهذا يدل على إعراضه عن المقصود المطلوب، ويتحمل نتائج تصرفه"[3].

فالمكلف إذا اقتضى منه مقام ما تصرفاً لفظياً أو فعلياً من قبول أو إسقاط حق أو نحو ذلك، واشتغل بغيره، عُدَّ ذلك إعراضاً عما هو منتظر منه[4].

ولا شك أن الاشتغال بغير المقصود في مقام يقتضي أولوية الاشتغال به غير صريح في الإعراض عنه، وإنما يقتضيه دلالة؛ ولذا فإن القاعدة التي بين أيدينا متفرعة عن قاعدة: "الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفها"[5]، "فمفاد تلك القاعدة: أن الدلالة تعمل عمل الصريح وتقوم مقامه في التعبير عن المقصود والإرادة الباطنة"[6].

مثالها: أن من شرائط الإيجاب والقبول اتحاد المجلس إذا كان الشخصان حاضرين، فلو أوجب أحد العاقدين فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب[7].

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 117/19، والبحر الرائق لابن نجيم، 305/3، والقواعد الفقهية للزرقا، 325

[2] الأشباه والنظائر للسبكي، 151/1، والأشباه والنظائر للسيوطي، 158

[3] القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للزحيلي، 756/2

[4] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/328

[5] ينظر: كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري، 116/1، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لأحمد ابن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، ت: 1231هـ، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1418هـ- 1997م 325

[6] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/328

[7] ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، 89/3

القاعدة الرابعة: "دليل الرضا كصريح الرضا"[1]

وقد سبق ذكر قاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"[2]، والتي هي أعم من هذه، وبهذا المعنى قاعدة: "الإذن دلالة بمنزلة الإذن إفصاحاً"[3]. وهي أخص من هذه، وقاعدة: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"[4]، وهي مقيِّدة لهذه القاعدة[5].

ومن المعلوم أن "الأصل في العقود هو التراضي"[6]، إلا أن الرضا لما كان أمراً باطناً ليس في وسع البشر الاطِّلاع عليه، أناط الشرع الحكم بما يعبر عنه ويدل عليه، وهو إما أن يكون لفظاً صريحاً في إظهار الرضا –وهذا هو الأصل– وإما أن يكون دليلاً وعلامة تدل على الرضا، سواء أكان دليلاً قطعياً أو ظنياً، أو أمارة وعلامة، كأن يصدر من المكلف فعل يدل على رضاه، أو يسكت في موضع الحاجة إلى البيان، فإن الشرع جعل دليل رضا المكلف كصريح رضاه، وأقام الدلالة عليه مقام التصريح به من حيث ترتب الأحكام الشرعية عليه[7].

أمثلتها:

1–إذا تزوجت المرأة بغير كفء، فجاء الولي فقبض مهرها وجهزها، فهذا رضا منه بالنكاح؛ لأن قبض المهر تقرير لحكم العقد، فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة، ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا[8].

2–قال الحنفية: إذا قبل التهنئة بعد تزويج الفضولي له، كان ذلك إجازة منه للعقد؛ لأن قبول التهنئة دليل الرضا[9].

---

[1] المبسوط للسرخسي، 120/2، وينظر: شرح السير الكبير له، 1048/1، وكشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس ابن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، دار الكتب العلمية، د.ت، 224/3.

[2] مجلة الأحكام العدلية، المادة 68

[3] المبسوط للسرخسي، 160/4 وجاءت عند البابرتي بلفظ: "الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة" [العناية شرح الهداية، للبابرتي، 283/9]

[4] مجلة الأحكام العدلية، المادة 13

[5] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 412/9

[6] مجموع الفتاوى لابن تيمية، 6/29، وينظر أيضاً: الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: 505هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، عام 1417هـ، 8/3، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 9/412

[7] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 412/9–414

[8] ينظر : المبسوط للسرخسي، 27/5– 28

[9] ينظر: فتح القدير لابن الهمام، 312/3، وشرح القواعد الفقهية للزرقا، 142

3-من قيل له -تهنئةً بولده-: مُتِّعتَ بولدك، أو مثلها من عبارات التهنئة، فقال: آمين، أو نحو ذلك مما يتضمن إقراراً، لم يكن له نفيه بعد ذلك، ولحقه الولد؛ لأن ذلك يتضمن رضاه بالولد[1].

4-لو باع الوصيُّ بعضَ تركة الميت أو اشترى للورثة شيئاً، أو اقتضى مالاً أو دفعه لزمته الوصية، لوجود دليل القبول والرضا به[2].

5-وإذا زُوجت التي يعتبر إذنها زوجت بغير إذنها، وقلنا: يقف على إجازتها، فإجازتها بالنطق، أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء، أو المطالبة بالمهر والنفقة.

ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب؛ لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة[3]: ((إن قربك فلا خيار لك))[4] وجه الاستدلال: أنه عليه الصلاة والسلام جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة، والتمكين من الوطء دليل على الرضا؛ لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح، فوجوده من المرأة دليل رضاها به[5].

القاعدة الخامسة: "لا ينسب إلى ساكت قول[6]، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[7].

أولاً: شرح القاعدة:

لا ينسب إلى ساكت قول، إلا بدليل يدل على أن سكوته كالقول، حكماً أو حقيقة؛ لأن السكوت عدم محض، والأحكام لا تترتب على العدم، ولا يستفاد منه الأقوال[8].

لا ينسب إلى ساكت قادر على التكلم غير كائن في معرض الحاجة إلى البيان، ولا مستعين بالإشارة لتفسير لفظ مبهم في كلامه "قول"، يعني أنه لا يقال لساكت: إنه قال كذا[9].

---

[1] ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م، 73/5

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 24/28

[3] سبقت ترجمتها ص 64

[4] سبق تخريجه ص 65

[5] ينظر: المغني لابن قدامة، 30/7

[6] المستصفى في علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: 505هـ، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1413هـ، 151

[7] المادة 67 من مجلة الأحكام العدلية، ص 24

[8] ينظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، 84/3

[9] ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 337

فإذا وقع النزاع في حصول الرضا في تصرف أو عقد من العقود فإنه يحكم بعدم تحققه، وبطلان التصرف والعقد المبني عليه[1].

ثانياً: أمثلة القسم الأول:

1-إذا زوج الرجل ابنه البالغ، وهو حاضر **ساكت**، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن: ما أمرته، ولم أَرضَ، صدق الابن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرضا[2].

2-لو قيل لرجل: أطلقت امرأتك؟ أو زوجت ابنتك فلاناً؟ فسكت، لم يكن إقراراً[3].

3-ولو تزوجت المرأة غير كفء فسكت وليها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضا على ظاهر المذهب الحنفي ما لم تلد، فإذا ولدت فليس للولي التفريق، حفظاً للولد عن التشتيت من الزوج، وهناك رواية عن أبي حنيفة[4] أن العقد لا يجوز، وعليه الفتوى.

4-ولو سكتت زوجة العنين لا يكون سكوتها رضا ولو أقامت معه سنين[5]، فيبقى لها حق طلب التفريق.

ولكن السكوت من القادر على التكلم في معرض الحاجة إلى البيان بيان بشرط أن يكون هناك دلالة من حال المتكلم، أو يكون هناك ضرورة لدفع الغرر والضرر، يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان[6].

وهذه الفقرة الثانية: كالاستثناء مما قبلها، يفيد أن السكوت في حكم النطق، وذلك في كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان.

"والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير: كل موطن يلزم فيه التكلم لرفع ضرر أو غرر أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير"[7].

ثالثاً: أمثلة القسم الثاني من القاعدة:

1-إن سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج، وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعدما زوجها، وسكوتها عند بلوغها بكراً عالمة بتزويجه لها، فإن سكوتها في كل ذلك كصريح القول؛ لأن حالتها -وهي استحياؤها عن إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها- تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ولا حياء يمنعها بيان وإفصاح، ففي الأولى يكون العقد لازماً، وفي الثانية ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفاً، وفي الثالثة يسقط خيارها[8].

---

[1] ينظر: الذخيرة للقرافي، 223/4، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 6/451

[2] ينظر: المصدران والموضعان نفسهما

[3] ينظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، 85/3

[4] سبقت ترجمته ص 40

[5] ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 338

[6] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[7] المدخل الفقهي العام للزرقا، 987/2

[8] ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 338-339

أما "إذا زوج الثيبَ أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح؛ لأن الأصل في السكوت أن لا يكون رضا؛ لكونه محتملاً في نفسه وإنما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء، والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفى بسكوتها عند الاستئمار، ولا إذا بلغها العقد"[1].

ونص الفقهاء على أن مجرد السكوت لا يكون كافياً في التعبير عن الإرادة، والظاهر أنه لا يبعد أن يجري هذا على كون السكوت إذناً وليس بإذن، ورجح ابن رشد[2] من المالكية أنه ليس بإذن قائلاً: "لا خلاف أن السكوت ليس برضا لأن الإنسان قد يسكت وهو غير راضٍ، وإنما الخلاف هل هو إذن أم لا"[3]؟ ... لأن الرضا من أفعال القلوب ولا يحكم بوجوده بمجرد السكوت، وإذا كان السكوت ليس إذناً كما هو الراجح فالرضا وحده، وإن دلت عليه القرائن غير معتبر[4].

فإن قام دليل شرعي أو عقلي على نسبة القول أو مقتضاه إلى الساكت عمل به، كقوله عليه السلام في البكر: ((الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها))[5]، وكذلك ضحكها وبكاؤها في تزويجها[6].

2-لو سئل عن مجهول النسب هل هو ابنه؟ فأشار بالإقرار به ثبت نسبه، لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتَمكّنه من النفي يقوم مقام القول.

3-وإذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب، والأب يعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاسترداد من بنته[7].

4-سكوت البكر عند قبض المزوج لها -أباً كان أو غيره- مهرَها إذن منها بقبضه ما لم تنهه[8].

---

[1] المبسوط للسرخسي، 10/5

[2] ابن رشد الحفيد هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، العلامة وفيلسوف الوقت، كان متواضعاً منخفض الجناح، ولي قضاء قرطبة فحمدت سيرته، عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية، صنف نحو خمسين كتاباً، منها "التحصيل" في اختلاف مذاهب العلماء، و"فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال" و" الضروري " في المنطق، توفي بمراكش سنة 520هـ، ونقلت جثته إلى قرطبة. [ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، 21/307-308، والأعلام للزركلي، 5/318]

[3] "الرضا عبارة عن امتلاء الاختيار حتى يفضي إلى الظاهر" [كشف الأسرار، لعبد العزيز البخاري الحنفي، 4/383، وحاشية ابن عابدين، 4/507]

وأذن له في الشيء إذناً: أباحه به له، وأذنه الأمر وبه: أعلمه. [الكليات أبو البقاء الكفوي، 72]

[4] ينظر: البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن التُّسُولي، 1/403

[5] أخرجه مسلم، عن ابن عباس -واللفظ له- كتاب النكاح- باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم: 67، ج2/1037، وعند ابن ماجه: ((الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها)) في كتاب النكاح- باب استئمار البكر والثيب، رقم: 1872، ج1/602

[6] ينظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، 3/85

[7] ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 340

[8] ينظر: المصدر نفسه، 341

5-وكمن أقر بأحد ولدين ولدتهما امرأته في بطن واحد وسكت عن توءمه فيلحقه نسبه، وليس له نفيه، لاستلزام إقراره بتوءمه الإقرار به عقلاً، إذ لا يتصور كون أحدهما منه والآخر من غيره.

6-وكذلك لو هُنئ بولده فسكت، أو أمّن على الدعاء له، أو أخر نفيه مع إمكانه، والعلم بأن له نفيه لحقه نسبه، لقيام الدليل على أن السكوت هاهنا كالقول[1].

رابعاً: ضوابط الاعتداد بالسكوت

يمكن وضع ضوابط للتصرفات التي يعتد فيها بالسكوت -في الأحوال الشخصية- بالضوابط الآتية:

1-الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وُجِّه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المفوض، وسكوت الموقوف عليه، وسكوت الموصى له[2].

2-الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا، كحالة عدِّ سكوت البكر قبولاً للخاطب[3].

والقاعدة تشمل كل أدلة الرضا التي يقع فيها الشك والاحتمال، من الأقوال والأفعال والأحوال وغيرها، وهي أصلٌ لعدة قواعد وضوابط بنيت عليها، ومن أبرزها قاعدة: "الأصل في السكوت أن لا يكون رضا"[4]؛ فلا يصلح السكوت دليل الرضا مع الشك والاحتمال[5]، إلا إذا دلّ دليل على اعتبار السكوت، كسكوت البكر عند استئمارها قبل التزويج[6].

وسمى الأصوليون هذا بيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام، إما لدلالة حال في المتكلم، تدل على أن سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي له أن يسكت عنه، وذلك كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم -عند أمر يعاينه- عن التغيير أو الإنكار، فيكون سكوته إذناً به.

وإما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاماً لأجل حاله، كسكوت البكر البالغة في إجازة النكاح لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان الرغبة في الرجال[7].

---

[1] ينظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، 85/3

[2] ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للزحيلي، 164/1

[3] ينظر: المصدر نفسه، 166/1

[4] المبسوط للسرخسي، 10/5

[5] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 242/2

[6] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 6/451

[7] ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للبورنو، 205

ذلك أن البيان على سبعة أنواع: 1-بيان تقرير 2-وبيان تفسير 3-وبيان تغيير 4-وبيان ضرورة 5-وبيان حال 6-وبيان عطف 7-وبيان تبديل[1]، واقتصر السرخسي[2] في أصوله على خمسة أنواع: "بيان تقرير وبيان تفسير وبيان تغيير وبيان تبديل وبيان ضرورة"[3].

ويتصل ببحثي هنا بيان الضرورة وبيان الحال، فبيان الضرورة: الضرورة لغة: الحاجة[4]، واصطلاحاً: هو "البيان الذي حصل بغير ما وضع له في الأصل إذا الموضوع له النطق وهذا يقع بالسكوت الذي هو ضده"[5]، أو "إظهار المراد بما لم يوضع للبيان"[6]، أو "هو نوع من البيان يحصل بغير ما وضع له في الأصل"[7].

مثاله: قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء، 11] فقد أوجب الشركة بين الأبوين ثم بيَّن نصيب الأم فصار ذلك بياناً لنصيب الأب، وكذلك لو أوصى لفلان وفلان بألف، ثم بين نصيب أحدهما كان ذلك بياناً لنصيب الآخر، ولو طلق إحدى امرأتيه ثم وطىء إحداهما كان ذلك بياناً للطلاق في الأخرى[8].

وبيان الحال: هو "الذي يكون بدلالة حال المتكلم كالسكوت وغيره[9]، مثاله: رؤية النبي عليه الصلاة والسلام أمراً معاينة وعدم نهيه عنه فيكون سكوته بمنزلة البيان أنه مشروع، وكالبكر إذا علمت بتزويج الولي وسكتت عن الرد كان ذلك بمنزلة البيان بالرضا والإذن[10].

القاعدة السادسة: "كل ما لو تم منتهاه كان رجوعاً فمبتدؤه أيضاً رجوع"

الرجوع يقع بكل ما ينافي إمضاء التصرف وهو نوعان:

1- الرجوع تصريحاً: وهو ما كان بلفظ هو نص في الرجوع، ومثاله في الوصية: قول الموصي: رجعت عن وصيتي لفلان.

---

[1] ينظر: أصول الشاشي، 245-268

[2] هو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي شمس الأئمة، كان إماماً علامة حجة متكلماً فقيهاً أصولياً مناظراً، لزم شمسَ الأئمة أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج به وصار أنظر أهل زمانه، أملى المبسوط وهو في السجن بأوزجند، تفقه عليه أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصيري، وأبو عمر وعثمان بن علي بن محمد البيكندي، وأبو حفص عمر بن حبيب، مات في حدود عام 490هـ. [الجواهر المضية للقرشي، 28/2-29]

[3] أصول السرخسي، 27/2

[4] ينظر: مختار الصحاح، للرازي، مادة ضرر، 183

[5] دستور العلماء، للأحمد نكري، 175/1

[6] تلخيص الأصول، لحافظ ثناء الله الزاهدي، مركز المخطوطات والتراث والوثائق، الكويت، ط1، عام 1414هـ- 1994م، 33

[7] أصول السرخسي، 50/2

[8] ينظر: أصول الشاشي، 261

[9] دستور العلماء، للأحمد نكري، 176/1

[10] ينظر: أصول السرخسي، 51/2، وأصول الشاشي، 262

2- الرجوع دلالة: وهو كل تصرف أو فعل يفيد الرجوع عن العقد، ومثاله في الوصية: بيع الموصي الموصى به.

وقاعدتنا داخلة في النوع الثاني من أنواع الرجوع دالة على أن الأمر إذا كان مآله رجوعاً عن عقد أو إسقاطاً لحق فإن مجرد الدخول فيه يعد رجوعاً كذلك، **ومثالها**: عرض الموصي الموصى به للبيع، فإن مآل العرض للبيع البيع، والبيع إذا وقع فهو رجوع عن الوصية لأنه مناف لها إذ فيه تفويت لعين الموصى به[1].

القاعدة السابعة: "مظنة الشيء تقوم مقام حقيقته"[2]

وبمعناها لكنها أعم قاعدة: "الدليل يستلزم المدلول"[3].

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنها تقرر مبدأ عامّاً، وأصلا كُليّاً أُخذ من نصوص الشريعة بالاستقراء، هو إقامة الظاهر المنضبط مقام الخفي المضطرب الذي يعسر الوقوف عليه، واستبيان حقيقته[4].

وإقامة مظنة الشيء مقام أصله قد تكون دفعاً للحرج عن المكلَّف؛ كما في إقامة السفر مقام المشقة في علة الترخُّص، وقد تكون دفعاً للضرورة عند تعذر الوقوف على الأصل، كما في انعقاد زواج الأخرس بالإشارة التي هي مظِنَّة الرضا القلبي، ولكن لما كان الوقوف على ما في القلب متعذراً غيرَ ممكن أقيمت الإشارة الدالة عليه مقامه[5].

القاعدة الثامنة: "الأصل أن للحالة من الدّلالة كما للمقالة"[6].

ومن صيغها: "دلالة الحال تغني عن اللفظ"[7]، ومن صيغها: "الرجوع إلى دلالة الحال لمعرفة المقصود بالكلام أصل في الشرع"[8]، و"دلالة الحال تغني عن اللفظ"[9]، و"دلالة الحال تغير حكم الأقوال

---

[1] ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني، 517/4، ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 8/544

[2] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 27/238

[3] الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، ت: 785هـ))، لأبي الحسن تقي الدين علي ابن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، وولدِه تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية– بيروت، عام: 1416هـ- 1995م، 254/1.

[4] معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 27/238

[5] المصدر نفسه، 27/240

[6] أصول الإمام الكرخي لأبي الحسن الكرخي، مع شواهدها ونظائرها لأبي حفص عمر النسفي، مطبوع بذيل، تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط2، عام 1415هـ- 1994م، ص 81

[7] المغني لابن قدامة، 330/7

[8] شرح السير الكبير للسرخسي، 430/1

[9] المغني لابن قدامة، 330/7

والأفعال"[1]، و"دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام والأفعال"[2]، وبلفظ: "دلالة الحال تغني عن السؤال"

ووردت بألفاظ أخرى مثل:

- "دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة، وتقوم مقام إظهار النية.
- الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار نية.
- الكناية إذا اقترن بها دلالة الحال كانت صريحة في الظاهر"[3].

---

[1] الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ت: 620هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1414هـ- 1994م، 115/3

[2] التجريد للقدوري، 4837/10-4847

[3] القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، 798/2

المبحث الثاني: درجات دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية

إن دلالة الحال تختلف قوة وضعفاً، فتصل تارة إلى درجة اليقين وتارة إلى غلبة الظن، أو مجرد الظن أو دون ذلك، ويعمل بها كلها ما لم يوجد ما هو أقوى منها[1].

المطلب الأول: بلوغها درجة اليقين

اليقين لغة: "العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر"[2]، واصطلاحاً: طمأنينة القلب على حقيقة الشيء، أو جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي، والاعتقاد: جزم القلب من غير استناد إلى الدليل القطعي كاعتقاد العاصي[3]، واليقين: "العلم القطعي بالأشياء التي لا تحتمل النقيض"[4].

فالإيجاب والقبول الخاليان عن الإكراه في عقد الزواج مثلاً يدلان على الرضا دلالة يقينية؛ لأنها الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الرضا.

المطلب الثاني: بلوغها درجة غلبة الظن

غالب الظن ترجح أحد الطرفين مع طرح الآخر وهو بمنزلة اليقين[5]. وغالب الظن هو الطرف الراجح إذا أخذ به القلب[6].

كتحديد سن الثامنة عشرة لأهلية الزواج والطلاق؛ لغلبة ظن كمال العقل وتوجه الخطاب التكليفي، إلا إن كان هذا الزوج غير عاقل، وهذا خلاف الأصل.

المطلب الثالث: بلوغها درجة الظن

الظن: ترجيح أحد الطرفين وعدم طرح الطرف الآخر[7]، أو تجويز أمرين أحدهما أقوى من الآخر، فجهة الصواب تكون أرجح[8].

ومثاله: تبسم البكر عند استئمارها حول موقفها من الزواج يظن منه رضاها.

---

[1] ينظر: القواعد الفقهية للزحيلي، 798/2

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة يقن، 457/13

[3] ينظر: البناية شرح الهداية، لأبي محمد بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي العيني، ت: 855هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1420 هـ- 2000م، 159/12، وغمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[4] المهذب في علم أصول الفقه المقارن، للنملة، 106/1

[5] ينظر: غمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[6] ينظر: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ت: 970هـ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، عام 1419هـ- 1999م، 63

[7] ينظر: المصدر والموضع نفسه، وغمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[8] ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني، 159/12، وغمز عيون البصائر للحموي، 193/1

المطلب الرابع: بلوغها درجة الشك

الشك لغة: "ضد اليقين"[1]، والشك اصطلاحاً: "تساوي الطرفين"[2] أو "تردد الذهن بين الطرفين"[3].

فهو تساوي الأمرين لا مزية لأحدهما على الآخر[4]، أو هو في الوقوف بين الشيئين، بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما[5]، والشك ليس طريقاً للحكم في الشريعة[6]، فـ "الشك لا حكم فيه بواحد من الطرفين، لتساوي الوقوع واللاوقوع في نظر العقل، فلو حكم بواحد منهما لزم الترجيح بلا مرجح، ولو حكم بهما جميعاً لزم الحكم بالنقيضين"[7].

فلا يبنى على الشك حكم شرعي لأنه تساوي الطرفين.

"والفقهاء يريدون بالشك مطلق التردد سواءٌ كان الطرفان سواءً أو أحدُهما راجحاً، وعلماء الأصول يفرقون بين الشك والظن"[8].

والظن عند الفقهاء من قبيل الشك، لكن ينبغي أن يقال: إن الظن قد يطلق عند الفقهاء على أحد شقي التردد؛ لأنه قد يترجح بوجه ما، ثم يزول الترجيح بمعارض له، فسموه ظناً باعتبار ذلك الحال وبنوا عليه الحكم في المآل، فيحصل بذلك التوفيق بين كلامهم في الأصول وكلامهم في الفروع، ولا ينبغي الجزم بأن الظن عند الفقهاء مطلقاً من قبيل الشك، لئلا يتوهم تركهم استعماله بمعنى الطرف الراجح أصلاً، وعليه فالشك أعم، وبه يُعلم أن ما يذكر من أن الشك تساوي الطرفين إنما هو عند غير الفقهاء،[9] وإنما كان الظن عند الفقهاء من قبيل الشك؛ لأنهم يريدون به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استويا أو ترجح أحدهما، وغالب الظن عندهم يلحق باليقين، وهو الذي تُبتنى عليه الأحكام، وذكر الحنفية في الطلاق بأنه إذا ظن الوقوع لم يقع، وإذا غلب على ظنه وقع[10]. وقال الشافعية: إن الطلاق لا يقع بالشك ويريدون به الطرف المرجوح، ولكنه يقع بالظن الغالب[11].

---

[1] مختار الصحاح للرازي، مادة شكك، 168

[2] غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي، 240/1

[3] إرشاد الفحول للشوكاني، 22/1

[4] ينظر: البناية شرح الهداية للعيني، 159/12، والأشباه والنظائر لابن نجيم، 63، وغمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[5] ينظر: غمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[6] ينظر: المهذب في علم أصول الفقه المقارن للنملة، 107/1

[7] إرشاد الفحول للشوكاني، 23/1

[8] القواعد الفقهية للزحيلي، 97/1

[9] ينظر: غمز عيون البصائر للحموي، 240/1-241

[10] ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، 63

[11] ينظر: المنثور للزركشي، 256/2

وأما الأصوليون ففرقوا بينهما فقالوا: التردد بين الطرفين إن كان على السواء فهو الشك، وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهم[1].

المطلب الخامس: بلوغها درجة الوهم

الوهم: رجحان جهة الخطأ[2]، أو تساوي الأمرين وجهة الخطأ أرجح[3]، فـ"الطرف المرجوح هو الوهم"[4].

والوهم لا حكم فيه، لاستحالة الحكم بالنقيضين؛ لأن النقيض الذي هو متعلق الظن قد حكم به، فلو حكم بنقيضه المرجوح –وهو متعلق الوهم– لزم الحكم بهما جميعاً[5].

فبكاء البكر بطريقة يظهر منه انزعاجها من الزواج ليس دليل الرضا بل من يقول ذلك واهم.

الفصل الثاني: أقسام دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية

---

[1] ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي، 204/1، والمجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى ابن شرف النووي، ت: 676هـ، ((مع تكملة تقي الدين السبكي، ومحمد نجيب المطيعي))، دار الفكر، د.ت، 168/1-169، والأشباه والنظائر، للسيوطي، 75/1

[2] ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، 63

[3] ينظر: الجوهرة النيرة، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبيدي اليمني الحنفي، ت: 800هـ، المطبعة الخيرية، ط1، عام 1322هـ، 79/1، وغمز عيون البصائر للحموي، 193/1

[4] البناية شرح الهداية، للعيني، 159/12

[5] إرشاد الفحول للشوكاني، 23/1

المبحث الأول: أقسام دلالة الحال من حيث مصادرُها التشريعية وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: الأوصاف المستنبطة من النصوص

المطلب الثاني: الأوصاف المستنبطة من الإجماع

المطلب الثالث: الأوصاف المستنبطة من القياس

المطلب الرابع: الأوصاف المستنبطة من الأدلة المختلف فيها

المبحث الثاني: أقسام دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: طريق الإدراك بالحس المطلب الثاني: طريق الإدراك بالعقل

المطلب الثالث: طريق الإدراك بالعرف

المبحث الثالث: أقسام دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: كونها وصفاً عارضاً المطلب الثاني: كونها وصفاً لازماً

المطلب الثالث: كونها وصفاً مجاوراً المطلب الرابع: كونها فعلاً

المبحث الرابع: أقسام دلالة الحال من حيث بنيتُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: كونها وصفاً بسيطاً المطلب الثاني: كونها وصفاً مركباً

المبحث الخامس: أقسام دلالة الحال من حيث الوضع وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: كونها سبباً لحكم المطلب الثاني: كونها شرطاً لحكم

المطلب الثالث: كونها مانعاً من حكم

المبحث السادس: أقسام دلالة الحال من حيث بناء الحكم على الوصف الوجودي أو العدمي وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: بناء الحكم العدمي على الوصف الوجودي

المطلب الثاني: بناء الحكم العدمي على الوصف العدمي

المطلب الثالث: بناء الحكم الوجودي على الوصف العدمي

المطلب الرابع: بناء الحكم الوجودي على الوصف الوجودي

المبحث السابع: أقسام دلالة الحال من حيث مراعاةُ المصالح وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات الإيجابية

المطلب الثاني: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات السلبية (التروك)

المطلب الثالث: مراعاة مصالح الغير في التصرفات الإيجابية

المطلب الرابع: مراعاة مصالح الغير في التصرفات السلبية (التروك)

المطلب الخامس: أسس مراعاة المصالح

الفصل الثاني: أقسام دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية

-بعد أن بينت في الفصل السابق حجية دلالة الحال، أبين في هذا الفصل أقسام دلالة الحال وأذكر أمثلة لها من الأحوال الشخصية، وقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث: أذكر في المبحث الأول: أقسام دلالة الحال من حيث مصادرُها التشريعية والأوصاف المستنبطة من النصوص ومن الإجماع ومن القياس، ومن الأدلة المختلف فيها، وفي المبحث الثاني أذكر أقسام دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها عبر الحس وعبر العقل وعبر العرف، وفي المبحث الثالث أذكر أقسام دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه وكونها وصفاً عارضاً أو لازماً أو مجاوراً أو فعلاً، وفي المبحث الرابع أذكر أقسام دلالة الحال من حيث بنيتُها وكونها وصفاً بسيطاً أو مركباً، وفي المبحث الخامس أذكر أقسام دلالة الحال من حيث الوضع وكونها سبباً لحكم أو شرطاً لحكم، أو مانعاً من حكم، وفي المبحث السادس أذكر أقسام دلالة الحال من حيث بناء الحكم على الوصف الوجودي أو العدمي، وفي المبحث السابع أذكر أقسام دلالة الحال من حيث مراعاةُ المصالح وأمثلة كل ذلك من الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: أقسام دلالة الحال من حيث مصادرُها التشريعية وأمثلتها من الأحوال الشخصية

إن دلالة الحال تتنوع مصادرها التشريعية، فتارة يكون مصدرها النصوص، وتارة يكون مصدرها الإجماع، وتارة يكون مصدرها القياس، وتارة تستنبط من الأدلة الأخرى المختلف فيها.

المطلب الأول: الأوصاف المستنبطة من النصوص

إن من دلالة الحال ما نص الشارع عليها نصاً سواء أكانت النصوص من القرآن أو من السنة النبوية، ويمكن أن يمثَّل لهذا النوع بأقل مدة الحمل، فقد اتفق الفقهاء على أن أقلها ستة أشهر[1]؛ لورود النصوص في ذلك، فأقل مدة يعيش فيها الحمل أمر خفي لا يمكن أن ينضبط، فأقيمت المدة التي هي هنا ستة أشهر -لانضباطها- مقام ذلك الأمر الخفي.

وهناك مسائل كثيرة تتعلق بمدة الحمل، منها ما يتعلق بالطلاق وبثبوت النسب وبالميراث وبالوصية للحمل، ومع الاتفاق على أن أقل الحمل ستة أشهر، إلا أن ثمة خلافاً بين الفقهاء في تحديد بداية هذه الستة أشهر في أغلب المسائل السابقة، مع اتفاقهم على أنه فيما يتعلق بميراث الحمل فإن الستة أشهر تبدأ من وقت وفاة المورث[2].

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 46/6، والمقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت: 520هـ، دار الغرب الإسلامي، ط1، عام 1408هـ- 1988م، 527/1، والحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، ت: 450هـ، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1419هـ- 1999م، 35/7، والمغني لابن قدامة، 121/8

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 50/30، والحاوي للماوردي، 171/8، والمغني لابن قدامة، 384/6

ويستدل على ذلك استنباطاً من قول الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15] وجه الاستدلال: أن الله جعل الثلاثين شهراً مدة للحمل ولفصال الرضاع ولا تخلو هذه المدة من أربعة أحوال:

1-إما أن تكون جامعة لأقلهما، 2-أو لأكثرهما، 3-أو لأكثر الحمل وأقل الرضاع، 4-أو لأقل الحمل وأكثر الرضاع، ولا يجوز أن تكون جامعة لأقليهما؛ لأن أقل الرضاع غير محدد، ولا يجوز أن تكون جامعة لأكثرهما لزيادتها على هذه المدة، ولا يجوز أن تكون جامعة لأكثر الحمل وأقل الرضاع؛ لأن أقله غير محدد، فلم يبق إلا أن تكون جامعة لأقل الحمل وأكثر الرضاع، ثم ثبت أن أكثر الرضاع حولان لقول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: 233] فالباقي وهو ستة أشهر مدة أقل الحمل.

ولخفاء الحمل وتحديد الحد الأدنى له واختلاف الناس فيه أقام الشارع المدة التي هي ستة أشهر التي هي وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف الناس مقام تحقق وجوده من قبيل دلالة الحال.

وورد أن عثمان بن عفان[1] رضي الله عنه أتي بامرأة قد ولدت في ستة أشهر فأمر بها أن ترجم، فقال له علي بن أبي طالب[2]: ليس ذلك عليها إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15] وقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: 233] فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان بن عفان في أثرها فوجدها قد رجمت[3]. فإذا ذهب الحولان من ثلاثين شهراً كان الباقي لحمله ستة أشهر، فعجب الناس من استخراجه ورجع عثمان ومن حضر رضي الله تعالى عنهم إلى قوله فصار إجماعاً[4].

والحكم العام هنا: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

المطلب الثاني: الأوصاف المستنبطة من الإجماع

كما تستنبط دلالة الحال من النصوص قد تستنبط من الإجماع، فقد أجمع الفقهاء على أن الخنثى الذي خفي حاله فلم يعلم أذكرٌ هو أم أنثى؟ فيقام مكان تبوله مقام الحكم بذكورته أو أنوثته لخفائه.

---

[1] سبقت ترجمته ص 54

[2] علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، يكنى أبا الحسن، كان أصغر ولد أبي طالب، قال ابن عباس: "لعليٍ أربع خصال ليست لأحد غيره: هو أول عربي وعجمي صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو الذي كان لواؤه معه في كل زحف، وهو الذي صبر معه يوم فرّ عنه غيره، وهو الذي غسله وأدخله قبره"، وهو رابع الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين، وابن عم النبي وصهره، ولي الخلافة بعد مقتل عثمان بن عفان سنة 35 هـ، قتله عبد الرحمن بن ملجم غيلة في مؤامرة 17 رمضان سنة 40 هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر 1089/3، والأعلام للزركلي 295/4]

[3] أخرجه مالك في الموطأ في الحدود، رقم: 3045، ج1204/5، "ورواه ابن وهب بسند صحيح عن عثمان، وأن المناظر له ابن عباس" [التلخيص الحبير، لابن حجر، 472/3]

[4] ينظر: الحاوي للماوردي، 204/11

فقد أجمعوا على أن الخنثى يرث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجال ورث ميراث الرجال، وإن بال من حيث تبول المرأة، ورث ميراث المرأة[1]، فإن بال من الموضعين فالحكم للأسبق، وإن كانا معاً فهو مشكل عند أبي حنيفة[2]، وعند الصاحبين[3] يعتبر الأكثر، وإن استويا فهو مشكل أيضاً عندهما[4].

وقد ورد أن علياً[5] رضي الله عنه سئل عن المولود لا يدرى أرجل أم امرأة؟ فقال رضي الله عنه: "يورث من حيث يبول"[6]، وهذه إحدى دلالات الحال التي يتبين من خلالها جنس الخنثى وهناك دلائل أخرى هي:

-المني: فإذا احتلم كما يحتلم الرجل فيعدُّ رجلاً.

-اللحية: فإذا خرجت لحيته فهو رجل.

---

[1] الإجماع لابن المنذر، 75

[2] سبقت ترجمته ص 40

[3] أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم القاضي الأنصاري أخذ الفقه عن الإمام أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه، ورد عنه أنه قال: "ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه" ولي القضاء لثلاثة خلفاء المهدي والهادي والرشيد، قال أحمد وابن معين وابن المديني: ثقة، مات ببغداد يوم الخميس وقت الظهر سنة 182هـ. [الجواهر المضية للقرشي، 220/2 -222، وطبقات الفقهاء للشيرازي، 134/1]

محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني، من حرستا من أعمال دمشق، ولد سنة 132هـ، قدم أبوه العراق ونشأ بالكوفة وسمع العلم من الإمام أبي حنيفة والأوزاعي والإمام مالك والثوري ومسعر بن كدام، وروى عنه الإمام الشافعي، مات بالري سنة 187هـ وهو ابن 58 سنة، حضر مجلس أبي حنيفة سنتين ثم تفقه على أبي يوسف، قال الشافعي رحمه الله: حملت من علم محمد وِقْر بعير. [الجواهر المضية لأبي محمد القرشي، 526/1، وطبقات الفقهاء للشيرازي، 135/1- 136]

[4] ينظر: لسان الحكام في معرفة الأحكام، لإبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، عام 1393هـ-1973م، 435، والفتاوى الهندية، تأليف لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط2، عام 1310هـ، 458/6، وكشاف القناع للبهوتي، 469/4

[5] سبقت ترجمته ص 91

[6] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -واللفظ له- كتاب الفرائض جماع أبواب الجد- باب ميراث الخنثى- رقم: 12514، ج 427/6، وقال: "محمد بن السائب الكلبي لا يحتج به"، وابن أبي شيبة في مصنفه- المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، ت: 235هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد- الرياض، ط1، عام 1409هـ، كتاب الفرائض في الخنثى يموت كيف يورث- رقم: 31365، ج277/6، عن عمر رضي الله عنه. قال ابن الملقن بعد سرد حديث البيهقي: "وهذا إسناد ضعيف" [البدر المنير لابن الملقن، 483/2]

-الحيض وتفلك الثديين: أي: استدارتهما فإذا ظهر للخنثى ثدي كثدي المرأة، أو حاض أو حبل، أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة[1].

(فالحكم العام هنا: يحكم بذكورة أو أنوثة الخنثى بحسب مكان تبوله)

المطلب الثالث: الأوصاف المستنبطة من القياس

وقد تكون دلالة الحال مستنبطة من القياس، الذي هو "إثبات الحكم في الشيء بالرد إلى غيره لأجل علة"[2]، أو هو "إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم"[3].

مثاله: القتل مانع للقاتل من الإرث ممن قتل، وهو علة حرمانه حيث أراد استعجال الميراث، والقتل وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف القاتل والمقتول، فلو وجدت هذه العلة في الموصي والموصى له، فقتلَ الموصى له الموصي كان القتل مانعاً له من الوصية بالقياس[4]. وقصد استعجال استحقاق الوصي للوصية أو الوارث للإرث أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فأقيم قتل الوارث مورثه أو الموصى له لوصيه مقام قصد استعجال استحقاق الوصية أو التركة.

وأركان القياس الأربعة متحققة في هذا المثال، فقتل الوارث مورّثه: واقعة ثبتت بنص[5] قوله صلى الله

---

[1] ينظر: الفتاوى الهندية، 458/6، والتاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق المالكي، ت: 897هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1416هـ- 1994م، 619/8، وكشاف القناع للبهوتي، 469/4، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي النجا شرف الدين، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، ت: 968هـ، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د.ت، 111/3

[2] المعتمد في أصول الفقه، لأبي الحسين البَصري، 443/2

[3] علم أصول الفقه للخلاف، 52

[4] تيسير علم أصول الفقه، لعبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، عام 1418هـ- 1997م، 180

[5] ينظر: علم أصول الفقه للخلاف، 53

عليه وسلم: ((ليس للقاتل شيء، وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه، ولا يرث القاتل شيئاً))[1]، وقتل القاتل مورِّثَه هو الأصل، وقتلُ الموصى له الموصيَ هو الفرع، والحرمان من الإرث والوصية هو الحكم، والقتل العمد العدوان الذي يستبطن قصد استعجال شيء قبل أوانه هو العلة.

فـ"من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس إليه ألغي ذلك السبب، وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه..."، كـ"قتل الموصى له الموصي بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين"[2].

ونص الحنفية على أنه إذا قتل الموصى له الموصي فلا شيء له؛ لأنه لا وصية لقاتل[3].

وذكر المالكية أن من أوصى لرجل بوصية ثم قتله الموصى له خطأ فلا تسقط وصيته، فإن قتله عمداً فتبطل وصيته إلا أن يوصي له بعد علمه بقتله؛ لأن الوصية إذا كانت بعد الضرب أو القتل جازت في العمد والخطأ في المال وفي الدية[4].

ولو قتل الموصى له الموصيَ استحق الموصى به في الأصح عند الشافعية[5]؛ لأن في صحة الوصية للقاتل قولين عندهم: أحدهما: أنها جائزة، والثاني: أنها باطلة لأنه مال يُملك بالموت، فاقتضى أن يمنع منه القاتل كالميراث، على أن الميراث أقوى التمليكات، فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية[6].

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه –واللفظ له– كتاب الديات– باب ديات الأعضاء، رقم: 4564، ج 189/4، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، والترمذي في أبواب الفرائض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم– باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، رقم: 2109، 425/4، وقال: "هذا حديث لا يصح لا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل الحديث، منهم أحمد بن حنبل"، والنسائي في السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، ت: 303هـ، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1، عام 1421هـ– 2001م، كتاب الفرائض– توريث القاتل، رقم: 6333، ج 120/6، وابن ماجه في سننه– كتاب الديات– باب القاتل لا يرث– رقم: 2645 ج883/2، وبين الزيلعي أن هذا الحديث أخرجه أبو داود وفيه محمد بن راشد الدمشقي فيه مقال. [ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، لأبي محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، ت: 762هـ، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر– بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية– جدة، ط1، عام 1418هـ– 1997م، 329/4]، وقال ابن حجر: حديث: "ليس للقاتل ميراث" النسائي بهذا اللفظ من رواية عمرو بن شعيب عن عمر مرفوعاً... وهو منقطع ... وقال النسائي: إنه خطأ". [التلخيص الحبير، لابن حجر، 191/3–192]

(2) القواعد لابن رجب، 229–230

(3) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، 684/3

(4) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية– الرياض، ط2، عام 1400هـ– 1980م، 1028/2

(5) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 152– 153

(6) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 191/8

وتبطل الوصية عند الحنابلة إذا قتل الموصى له الموصي[1]، وبينوا أنه إن قتل الموصى له الموصي قتلاً مضموناً بقصاص أو دية أو كفارة ولو خطأ بطلت الوصية؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد منها فالوصية أولى، ومعاملة له بنقيض قصده، وإن أوصى لقاتله فلا تصح الوصية[2].

ولا يعترض على هذا المثال -لكونه في القياس- بأن الحكم ثبت بالنص المنسوب إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((ليس لقاتل وصية)) لأنه حديث موضوع[3]، بل إن ثبوت منع قاتل الموصي من الوصية ثبت بالقياس لا بالنص.

وقد نصت المادة 223 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:

يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة:

أ- قتل الموصى له للموصي قصداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً إذا كان القتل بلا حقٍّ ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة.

ب- تسببه قصداً في قتل الموصي، ويعتبر من التسبب شهادته عليه زوراً إذا أدت إلى قتله.

المطلب الرابع: الأوصاف المستنبطة من الأدلة المختلف فيها

الأدلة المختلف فيها هي: الاستحسان، والمصلحة المرسلة، والعُرف، والاستصحاب، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا.

أولاً: الاستحسان: قد يكون مصدرُ دلالة الحال الاستحسانَ[4]، فقد نص فقهاء الحنفية على أن الواقف إذا وقف أرضاً زراعية، يدخل حق المسيل وحق الشرب وحق المرور والشجر والبناء في الوقف تبعاً بدون ذكرها[5] استحساناً؛ لأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم، ولا يكون الانتفاع بالأرض الزراعية إلا بالشرب والمسيل والطريق، فتدخل في الوقف بدون ذكرها لأن المقصود لا يتحقق إلا بها كالإجارة؛ لأن كلاً من الإجارة والوقف المقصود به الانتفاع، فكما يدخل المسيل والشرب والطريق في إجارة الأراضي بدون ذكرها كذلك تدخل هذه

---

[1] ينظر: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي البركات، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، المعروف بابن تيمية الحراني، ت: 652هـ، مكتبة المعارف- الرياض ط2، عام 1404هـ -1984م، 383/1

[2] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 358/4

[3] أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري- في المرأة تقتل إذا ارتدت، رقم: 4571، ج424/5، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وسبب وضعه كما ذكر الدارقطني، أن فيه مبشراً بن عبيد وهو متروك الحديث يضع الحديث.

[4] "قال الكرخي: الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول" [المحصول، للرازي، 125/6] الاستحسان: هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقدح في عقله رجَّح لديه هذا العدول. [علم أصول الفقه للخلاف، 79]

[5] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 216/5

الحقوق في وقف الأراضي دون ذكرها، والقياس أنها لا تدخل إلا بالنص عليها، إلحاقاً للوقف في هذا بالبيع؛ لأن كلاً منهما إخراج ملك من مالكه[1].

فوقف الأرض وصف ظاهر منضبط يقوم مقام قصد وقف منافعها حكماً.

ثانياً: المصلحة المرسلة: وقد يكون مصدر دلالة الحال المصلحة المرسلة[2]، كالحكم بتوريث زوجة المطلقة طلاق فرار لمنعها من إرثها[3]، فقد ورد أن عثمان بن عفان[4]رضي الله عنه "ورَّث نساء ابن مُكْمِل[5] منه، وكان طلقهن وهو مريض"[6].

وورد أن عبد الرحمن بن عوف[7] رضي الله عنه "طلق امرأته البتة وهو مريض، فورَّثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها"[8].

وإنما فعل هذا من باب المصلحة المرسلة؛ لأن الشارع لم يشهد لهذه المسألة بالاعتبار ولا بالإلغاء، وقصدُ المطلق منعَ زوجته من الإرث أمر خفي، فأقيم كون الطلاق في فترة مرض الموت مقام هذا القصد الخفي، وقد اعتبر

---

[1] ينظر: علم أصول الفقه للخلاف، 80

[2] المصالح المرسلة هي: حكم لا يشهد له أصل من الشرع اعتباراً وإلغاء. [بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) بن أحمد بن محمد الأصفهاني، ت: 749هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية ط1، عام 1406هـ- 1986م، 286/3]

[3] ينظر: علم أصول الفقه، للخلاف، 86

[4] سبقت ترجمته ص 54

[5] عبد الله بن مكمل بن عبد بن عوف بن عبد الحارث بن زهرة بن كلاب، وكان عبد الله من أقران عبد الرحمن بن أزهر وابن عمه، وذكره عمر بن شبة في الصحابة، وذكر أنه اتخذ داراً بالمدينة عند دار القضاء، قال: وأراه الذي توفي في عهد عثمان بعد أن طلق نساءه في مرضه فورثهن عثمان منه، استدركه ابن فتحون، قال: وأكثر ما يأتي في الرواية ابن مكمل غير مسمى، وسماه بعضهم عبد الرحمن، وهو وهم، وإنما عبد الرحمن ابنه، وهو شيخ الزهري. [الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني، 209/4]

[6] أخرجه مالك في الموطأ- كتاب الطلاق- باب طلاق المريض- رقم: 2114، ج823/4 ، قال الشافعي: فيما نقله البيهقي عن الربيع عنه: حديث ابن الزبير متصل، وهو يقول: «ورثها عثمان في العدة» .[البدر المنير لابن الملقن، 122/8] و"مكمل" بضم الميم، وسكون الكاف، وكسر الميم. [جامع الأصول في أحاديث الرسول، لأبي السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، ت: 606هـ، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني- مطبعة الملاح- مكتبة دار البيان، ط1، عام 1969م- 1972م، ج12، ط دار الفكر، تحقيق: بشير عيون، 931/12]

[7] عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف، يكنى أبا محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين، وكان من المهاجرين الأولين، جمع الهجرتين جميعاً، هاجر إلى أرض الحبشة، وهاجر إلى المدينة، وآخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين سعد بن الربيع، وشهد بدراً والمشاهد كلها سنة 31هـ، وقيل: 32هـ، وهو ابن خمس وسبعين سنة بالمدينة، ودفن بالبقيع. [الاستيعاب، لابن عبد البر، 850-844/2]

[8] أخرجه مالك في الموطأ- كتاب الطلاق- باب طلاق المريض- رقم:2113، ج822/4، قال الشافعي: منقطع، قال ابن الملقن: لم يظهر في وجهه انقطاعه، وقد نقل عنه البيهقي إثر هذا أنه قال: في «الإملاء»: «ورث عثمان بن عفان امرأة عبد الرحمن بن عوف -وقد طلقها ثلاثاً- بعد انقضاء العدة». قال: وهو فيما يخيل إلي أثبت الحديثين، وذكر البيهقي ما يؤكد رواية مالك بإسناده، ثم قال: هذا إسناد متصل. [ينظر: البدر المنير لابن الملقن، 122/8، والتلخيص الحبير، لابن حجر، 469/3]

سيدنا عثمان رضي الله عنه[1] أن من المصلحة إغلاق هذا الباب عبر معاملة هذا المطلِّق بنقيض قصده حتى لا يتجرأ الأزواج ويطلقوا زوجاتهم في مرض الموت لحرمانهن من الإرث.

وقد نص الحنفية على أنه إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً، أو طلقة واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة أنها ترث منه استحساناً لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم على ذلك، وفي القياس: لا ميراث لها منه؛ لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد ذلك لارتفاعه بالطلاق، والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو كان طلقها قبل الدخول[2].

وعند المالكية ترث المخالعة زوجها في مرضه إن مات منه، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره، أما هو فلا يرثها إن ماتت في مرضه قبله، ولو كانت مريضة حال الخلع لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه، وكل مطلقة بمرض الموت ترث زوجها إن مات من ذلك المرض دون أن يرثها[3].

ونص الشافعية على أنه يقع الطلاق البائن أو الرجعي في مرض الموت ويتوارث الزوجان ما دامت الزوجة في عدة الطلاق الرجعي لبقاء آثار الزوجية في الرجعة، بخلاف عدة الطلاق البائن لانقطاع آثار الزوجية، وفي المذهب القديم ترثه[4].

ونص الحنابلة على أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً فيتوارثان ما دامت في العدة، سواء كان الطلاق في المرض أو الصحة[5]، والمشهور عن الإمام أحمد[6] أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج[7].

وإن طلبت الزوجة الطلاق في مرضه فأجابها، ففيه روايتان عند الحنابلة: إحداهما: لا ترثه لأنه ليس بفار، والثانية: ترثه لأنه طلقها في مرضه، وكذلك الحكم إن خالعها، أو علق الطلاق على مشيئتها، أو على فعل من

---

[1] سبقت ترجمته ص 54

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 154/6-155

[3] ينظر: الشرح الصغير، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشهير بالدردير، ت: 1201هـ، مع حاشية الصاوي (بلغة السالك لأقرب المسالك) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، ت: 1241هـ، دار المعارف، د.ت، 527/2

[4] ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 477/4-478

[5] ينظر: المغني لابن قدامة، 394/6

[6] الإمام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، ولد في بغداد سنة 164هـ، وكان إمام المحدثين، صنف كتابه المسند، وجمع فيه من الحديث ما لم يتفق لغيره، وقيل: إنه كان يحفظ ألف ألف حديث، وكان من أصحاب الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنهما وخواصه، أخذ عنه الحديث: البخاري ومسلم، ولم يكن في آخر عصره مثله في العلم والورع، توفي سنة 241هـ ببغداد، ودفن بمقبرة باب حرب. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 63/1-65، وسير أعلام النبلاء للذهبي، 187/11]

[7] ينظر: المغني لابن قدامة، 395/6

جهتها لها منه بد ففعلته، أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه؛ لأنه لا فرار منه[1].

وقد نصت المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت". وهذا حكم عام.

ومرض الموت: هو الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة، ولا يزيد على سنة، فيجب أن تتوافر في مرض الموت الشروط الآتية:

1-أن يسبب المرض للمريض عدم القيام بأعماله اليومية.

2-أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة، أي أن يكون من الأمراض المميتة.

3-أن يتصل الموت بهذا المرض خلال سنة، فلو شفي من مرض ألمّ به ثم عاوده مرض آخر فلا عبرة به إلا إذا توافرت في المرض الثاني أعراض مرض الموت، أما إذا مضت سنة على المرض فلا يعتبر مرض موت إلا إذا كان المرض في تطور وازدياد، فيعتبر مضي مدة السنة منذ ازدياد المرض، ويلحق بمرض الموت كل إنسان معافى صحيح في حالة يغلب فيها هلاكه كرجل هاج به البحر وأصبحت سفينته على وشك الغرق، أو من حكم عليه بالإعدام وسيق إلى تنفيذ الحكم[2].

فقصد الزوج حرمان زوجته من الميراث هو قصد خفي، ولكن دل على هذا القصد معنى ظهر في دلالة حال الزوج وهو كونه طلقها في مرض موته.

ثالثاً: العُرف وقد يكون مصدر دلالة الحال العرف[3]، كتعارف مجتمع ما على أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب أنه هدية لا من المهر[4].

فنِيَّةُ الخاطب عند تقديمه الهدية لخطيبته أمر خفي، أقيم العرف باعتباره هدية وليس مهراً مقام النية لخفائها.

(والحكم العام هنا: هدايا الخطبة لا تجري عليها أحكام المهر إن كان العرف يقضي بذلك).

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية على أنه "تجري على الهدايا أحكام الهبة" وهذا مراعاة للعرف في سورية الذي يقضي بذلك.

---

[1] ينظر: المصدر نفسه، 398/6

[2] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الطلاق وآثاره، للصابوني، 53-54

[3] العُرف: هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك. [علم أصول الفقه للخلاف، 89]

[4] ينظر: علم أصول الفقه للخلاف، 89

رابعاً: الاستصحاب وقد يكون مصدر دلالة الحال الاستصحاب[1] فمن عرف أن فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية ما دام لم يقم له دليل على انتهائها، وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده[2].

وذكر الحنفية أنه إذا رأى إنسان رجلاً يدخل على امرأة، وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان يسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح للتوارث، فنحن نشهد أن السيدة عائشة[3] رضي الله عنها كانت زوجة النبي عليه الصلاة والسلام، والسيدة فاطمة[4] رضي الله عنها كانت زوجة سيدنا علي[5] رضي الله عنه، ولم نعاين نكاحهما لأنه تعذر الوقوف على حقيقته، والنكاح يشتهر وقوعاً وبقاءً، أما وقوعاً: فلأنه يكون بمحضر من الشهود وصنع الوليمة لذلك، وأما بقاء: فلأن الناس يرونه يدخل عليها كما يفعل الأزواج، ويقولون فيما بينهم: هذا زوج هذه[6].

وتجوز الشهادة بالتسامع –عند الشافعية– على النسب لتعذر اليقين فيها، إذ مشاهدة الولادة لا تفيد إلا الظن وكذلك الموت على المذهب، لكن لا تصح الشهادة بالتسامع على عتق وولاء ووقف ونكاح وملك في الأصح لتيسر مشاهدتها، والأصح عند المحققين والأكثرين الجواز في الجميع[7].

ويحكم بشهادة الاستفاضة عند الحنابلة في النكاح والوفاة والنسب[8].

فالشهود لم يعاينوا عقد الزواج بأنفسهم، ولكنهم سمعوا بزواج فلان من فلانة ولم يسمعوا بوقوع الطلاق بينهما، فهذه الحال تدل على استمرار حياتهما الزوجية.

(فالحكم العام هنا: تجوز الشهادة على الزواج وبقائه بالتسامع، ما لم يقم له دليل على انتهائه)

---

[1] الاستصحاب: الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه. [غمز عيون البصائر للحموي، 241/1]
أو اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر، يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال. [جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، إعداد: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي، إشراف: حمزة بن حسين الفعر، رسالة ماجستير– كلية الشريعة– جامعة أم القرى، عام: 1421 هـ–2000م، 498/2]

[2] ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، 197، وشرح مختصر خليل للخرشي، 3/ 294، وعلم أصول الفقه للخلاف، 92

[3] سبقت ترجمتها ص 64

[4] فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، سيدة نساء العالمين، كانت هي وأختها أم كلثوم أصغر بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم علي بن أبي طالب بعد وقعة أحد، وكان سنها يوم تزويجها خمس عشرة سنة وخمسة أشهر ونصفاً، وكانت سن علي إحدى وعشرين سنة وخمسة أشهر، وتوفيت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بستة أشهر. [ينظر: الاستيعاب لابن عبد البر، 1893/4–1894]

[5] سبقت ترجمته ص 91

[6] ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة البخاري الحنفي، 301/8–302

[7] ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، 263/10

[8] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 409/6

خامساً: مذهب الصحابي وقد يكون مصدر دلالة الحال قول الصحابي، كحديث السيدة عائشة[1] رضي الله عنها أنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عود المغزل"[2] "فمثل هذا ليس مجالاً للاجتهاد والرأي، فإذا صح فمصدره السماع من الرسول عليه الصلاة والسلام، وهو من السنة وإن كان في ظاهر الأمر من قول الصحابي"[3].

فأكثر مدة يمكن أن يبقى فيها الحمل أمر خفي ويختلف باختلاف النساء، فأقيمت مدة السنتين مقامها لظهورها وانضباطها[4].

(فالحكم العام هنا بناء على قول السيدة عائشة: أكثر مدة الحمل سنتان، ولا يحكم بثبوت النسب بعد هذه المدة) هذا مع بيان أن الراجح ما ذهب إليه القانون من أن أكثر مدة الحمل سنة واحدة فقط، كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى-.

---

[1] سبقت ترجمتها ص 64

[2] أخرجه الدارقطني في كتاب النكاح- باب المهر، رقم: 279 ج 321/3، والبيهقي في السنن الكبرى- كتاب العدد- باب ما جاء في أكثر الحمل- رقم: 15553، ج728/7، "والتي تروي عن عائشة هي جميلة بنت سعد وهي مجهولة لا يدرى من هي، فبطل هذا القول". [البدر المنير لابن الملقن، 227/8] قلت: وقد حاولت البحث عن قول صحت نسبته إلى صحابي فلم أجد.

[3] علم أصول الفقه، للخلاف، 95

[4] لم أجد مثالاً على دلالة الحال في شرع من قبلنا —فيما بحثت-

المبحث الثاني: أقسام دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية

يمكن إدراك دلالة الحال بالحس، وبالعقل، وبالعرف.

المطلب الأول: طريق الإدراك بالحس

الحِس لغة: -بكسر الحاء- من أحسست بالشيء: شعرت به، والإحساس: العلم بالحواس، وهي مشاعر الإنسان كالعين والأذن والأنف واللسان واليد، وحواس الإنسان: المشاعر الخمس وهي الطعم والشم والبصر والسمع واللمس[1]، ولإدراك الحواس الخمس بداية ونهاية، كما أن للإدراك العقلي بداية ونهاية، فنهاية إدراك الحواس هي بداية الإدراك العقلي، وبداية إدراك الحواس هو ارتسام المحسوس في إحدى الحواس الخمس الظاهرة هي:

1-اللمس: وهو قوة سارية في البدن كله بها يدرك الحار والبارد، والرطب واليابس، ونحو ذلك.

2-الذوق: وهو قوة منبثَّة في الأعصاب الموجودة على جسم اللسان يدرك بها الطعم.

3-الشم: وهو قوة مرتبة في زائدتي مقدم الدماغ الشبيهتين بحلمتي الثدي يدرك بها الروائح.

4-السمع: وهو قوة مرتبة في الأعصاب الموجودة على سطح باطن الصماخ يدرك بها الأصوات.

5-البصر: هو قوة مرتبة في العصبتين المجوفتين اللتين تتلاقيان في مقدم الدماغ فيفترقان إلى العينين يدرك بها الألوان والأضواء[2].

ولِحاسَّة البصر النصيب الأوفى من الحواس في مجال الأحوال الشخصية، وذلك كإقامة الخلوة الصحيحة —التي تدرك بالرؤية- مقام الدخول في وجوب كمال المهر و وجوب العدة وثبوت النسب.

ذلك أن الوطء مما يخفى، والخلوة الصحيحة دليل عليه، فأقيمت مقامه[3]، ولا يوجد في إثبات الحرمة بالخلوة والتقبيل واللمس نص ظاهر، بل هو نوع احتياط أخذوا به من قبيل إقامة السبب الداعي إلى الوطء مقام الوطء[4].

قال الكاساني[1]: "واستحقت -أي الزوجة- كمال المهر إن طلقها، وإن لم يوجد منه الوطء المطلق فيتصور في حقه ارتفاع المانع من وطء مثله فتصح خلوته وعليها العدة... لأن الخلوة إذا صحت أقيمت مقام الوطء في حق تأكد المهر ففي حق العدة أولى؛ لأنه يحتاط في إيجابها"[2].

---

[1] ينظر: لسان العرب لابن منظور، مادة حسس، 6/49-50

[2] ينظر: التلويح على التوضيح، للتفتازاني، 2/314-316، ونهاية إدراك الحواس ارتسامه في الحواس الباطنة، والحواس الباطنة خمس: 1-الحس المشترك في مقدم الدماغ، وهو الذي يرتسم فيه صور المحسوسات 2-ثم الخيال، وهو خزانة الحس المشترك 3-ثم الوهم في مؤخر الدماغ يرتسم فيه المعاني الجزئية 4-ثم بعده الحافظة، وهي خزانة الوهم 5-ثم المفكرة في وسط الدماغ تأخذ المدركات من الطرفين وتتصرف فيها، وتركب بينها تركيباً، وتسمى مخيلة أيضاً فهذا نهاية إدراك الحواس. [ينظر: التوضيح مع التلويح، لعبيد الله المحبوبي البخاري، 2/315]

[3] ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا، 346

[4] ينظر: المبسوط السرخسي، 9/117

ولكن هذا مقتصر على الزواج الصحيح، أما إذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول وبعد الخلوة فلا مهر للزوجة؛ لأن الخلوة في النكاح الفاسد لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطء[3].

وقد نص المالكية على أن الخلوة توجب كمال المهر وطِئ أم لا، إلا لوجود مانع كالمرض والإحرام، وعليها العدة[4].

أما عند الشافعية في الجديد فلا تقام الخلوة مقام الوطء[5].

واستدل الشافعية في الجديد على أن الخلوة لا تتعلق بها حكم في كمال المهر، ولا وجوب العدة بالآتي:

1-بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة، 237] وجه الاستدلال: أن المراد بالمس هنا الجماع[6]؛ لأنه مروي في التفسير عن ابن عباس[7] وابن مسعود[8]؛ ولأن المسيس كناية لما يستقبح صريحه وليست الخلوة مستقبحة التصريح فيكني عنها، والوطء مستقبح فكني بالمسيس عنه[9].

2-وقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب، 49] وجه الاستدلال: أن الآية دلت على نفي وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل؛ ولأن تأكد المهر يتوقف على استيفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع

---

(1) أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني الحنفي، ملك العلماء، منسوب إلى كاسان من بلاد الترك، أقام ببخارى واشتغل بها بالعلم على شيخه علاء الدين محمد بن أبي أحمد السمرقندي، وقرأ عليه التحفة في الفقه، وبرع في علمي الأصول والفروع، وزوجه شيخه السمرقندي بابنته فاطمة الفقيهة العالمة، أقام بحلب ودرس بالمدرسة الحلاوية، له: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" و"السلطان المبين في أصول الدين" مات سنة 587 هـ. [ينظر: بغية الطلب في تاريخ حلب، لعمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم، ت: 660هـ، تحقيق: سهيل زكار، دار الفكر، د.ت، د.م، 4347/10-4348، و4353/10، والجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد القرشي، 244/2]

(2) بدائع الصنائع للكاساني، 293/2

(3) ينظر: الهداية للمرغيناني، 205/1

(4) ينظر: الذخيرة للقرافي، 375/4

(5) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، عام 1412هـ- 1991م، 365/8، ومغني المحتاج للشربيني، 79/5

(6) ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 374/4

(7) سبقت ترجمته ص 61

(8) عبد الله بن مسعود كان إسلامه قديماً أول الإسلام، كان سادس ستة، ما على ظهر الأرض مسلم غيرهم، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة هاجر الهجرتين، إلى الحبشة والمدينة، وصلى إلى القبلتين وشهد بدراً وأحداً والخندق وبيعة الرضوان وسائر المشاهد، وشهد اليرموك، وتوفي بالمدينة سنة 32هـ ودفن بالبقيع. [أسد الغابة لابن الأثير، 380/3-386]

(9) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 541/9

واستيفاؤها بالوطء ولم يوجد، ولا ضرورة لها في التوقف؛ لأن الزوج لا يخلو إما أن يستوفي أو يطلق، فإن استوفى تأكد حقها[1].

3-واستدلوا بأنها خلوة خلت عن الوطء فيجب أن لا يكمل بها المهر كالخلوة إذا كان أحدهما محرماً أو صائماً فرضاً؛ ولأن ما لا يوجب الغسل لا يوجب كمال المهر كالقبلة من غير خلوة؛ ولأن ما لا يثبت به حق التسليم في أحد جانبي العقد لا يثبت به حق التسليم في الجانب الآخر، قياساً على تسليم المبيع والعين المستأجَرَة إذا كان دون قبضهما حائل، فلما انتفى عن الخلوة جميع هذه الأحكام عدا تكميل المهر والعدة، انتفى عنها هذان الأمران اعتباراً بسائر الأحكام[2].

وقال الحنابلة: الخلوة تقوم مقام الدخول في أربعة أشياء: تكميل المهر، ووجوب العدة، وملك الرجعة إذا طلقها دون الثلاث، وثبوت الرجعة إن كانت مطلقة بعد الدخول[3].

الأدلة: استدل الجمهور بالأدلة الآتية:

1-بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا(20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء، 21] موضع الاستدلال في الآية قوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ قال الفراء[4]: معناه وقد خلا بعضكم ببعض، وقول الفراء فيما تعلق باللغة حجة[5].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى نهى الزوج عن أخذ شيء مما ساق إليها من المهر عند الطلاق، وبين أن معنى النهي لوجود الخلوة كما قال الفراء، ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة؛ لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن إدراك ما فيه، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه[6].

2- بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها))[7] وهذا نص في الباب.

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 291/2

[2] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 542/9

[3] ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي المرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.ت، 284/8

[4] الفراء أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور، الأسدي الكوفي النحوي صاحب الكسائي، قال ابن الأنباري: لو لم يكن لأهل بغداد والكوفة من النحاة إلا الكسائي والفراء لكفى، وقيل: إنه أمير المؤمنين في النحو، وقيل: عرف بالفراء؛ لأنه كان يفري الكلام، له: "معاني القرآن" و"المذكر والمؤنث" وكتاب "اللغات"، مات الفراء بطريق الحج سنة 207هـ، عن 63 سنة. [ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، 10/118-121، والأعلام للزركلي 146/8]

[5] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 541/9

[6] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 292/2

[7] سبق تخريجه ص 72

3- بما روي عن زرارة بن أوفى[1] رضي الله عنه يقول: ((قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق باباً، وأرخى ستراً فقد وجب عليه المهر))[2].

وجه الاستدلال: أن الحديث لم يذكر حقيقة الدخول بل ما هو مظنة له وهو إرخاء الستور.

4-ولأنها سلمت المبدل إلى زوجها فيجب على زوجها تسليم البدل إليها كما في البيع والإجارة، والدليل على أنها سلمت المبدل: أن المبدل هو ما يستوفى بالوطء وهو المنافع إلا أن المنافع قبل الاستيفاء معدومة فلا يتصور تسليمها، لكنْ لها محل موجود وهو العين وهو متصور التسليم حقيقة، فيقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة كما في الإجارة، وقد وجد تسليم المحل؛ لأن التسليم هو جعل الشيء سالماً للمسلَم إليه وذلك برفع الموانع وقد وجد ذلك منها؛ لأن الكلام في الخلوة الصحيحة وهي عبارة عن التمكن من الانتفاع ولا يتحقق التمكن إلا بعد ارتفاع الموانع كلها، فقد ثبت أنه وجد منها تسليم المبدل، فيجب على الزوج تسليم البدل[3].

مناقشة الأدلة:

1- أجاب الشافعية عن الآية من وجهين:

أحدهما: أن الفراء[4] قد خولف في تفسير الإفضاء، فقال الزجاج[5]: "إنه الغشيان"

وقال ابن قتيبة[6] في غريب القرآن: "هو الجماع"، فقول الفراء محجوج بغيره.

---

[1] زرارة بن أوفى أبو حاجب العامري، الإمام الكبير، قاضي البصرة، سمع: عمران بن حصين، وأبا هريرة، وابن عباس، روى عنه: أيوب السختياني، وقتادة، وبهز بن حكيم، وثقه: النسائي، صح أنه قرأ في صلاة الفجر، فلما قرأ: ﴿فَإِذَا نُقِرَ فِي النَّاقُورِ﴾ [المدثر: 8] خرَّ ميتاً، وكان ذلك في سنة. [سير أعلام النبلاء للذهبي، 4/515-516]

[2] أخرجه الصنعاني في المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2، عام 1403هـ -واللفظ له- كتاب النكاح- باب وجوب الصداق، رقم: 10875، ج6/288، وسعيد بن منصور في سننه، لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية– الهند، ط1، عام 1403هـ- 1982م، رقم: 762، ج1/234، قال ابن الملقن: "وهذا رواه البيهقي من رواية الأحنف بن قيس عنهما، ثم قال: وهذا منقطع فإنه لم يدركهما، وفي «الموطأ» عن يحيى بن سعيد" [البدر المنير لابن الملقن، 7/688]

[3] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 2/292

[4] سبقت ترجمته ص 100

[5] الزجاج أبو إسحاق إبراهيم بن السري بن سهل الزجاج، كان من أكابر أهل العربية، أخذ النحو عن المبرد، كان صاحب اختيار علمَي النحو والعروض، له: كتاب المعاني في القرآن، وكتاب الفرق بين المؤنث والمذكر، والرد على ثعلب في الفصيح، توفي يوم الجمعة في خلافة المقتدر بالله تعالى سنة 311هـ. [نزهة الألباء في طبقات الأدباء، لأبي البركات الأنباري، 183-185]

[6] ابن قتيبة أبو محمد بن عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، ولد بالكوفة سمي الدينوري؛ لأنه كان قاضي دينور، وأخذ عن أبي حاتم السجستاني، وأخذ عنه أبو محمد عبد الله بن جعفر بن درستويه، وكان فاضلاً في اللغة والنحو والشعر متفنناً في العلوم، له:

والثاني: أن الآية التي استدل بها الشافعية مفسرة تقضي على المجمل في هذه الآية.

-وأما الجواب عن حديث كشف الخمار فلا يتعلق به كمال المهر بالاتفاق، لأنهم إن جعلوا كشف القناع كناية في الخلوة فجعله كناية في الوطء أولى.

-وأما الجواب عن حديث زرارة بن أوفى[1] فهو أنه يقتضي أن يكون للزوجة المهر مع العجز، سواء كانت خلوة أو لم تكن فيكون معناه استحقاق دفعه قبل الطلاق.

-وأما الجواب عن قياسهم على الإجارة فينتقض بمن سلمت نفسها في صوم أو إحرام أو حيض، فإن قيل: الصوم والإحرام مانع فلم يتم التسليم، قيل: الجَبُّ والعِنة أبلغ في المنع، ولا يمنع من التسليم الموجب لكمال المهر عندهم بالخلوة، ومع ذلك فلو وطئ في الصيام والإحرام لكمل المهر، فيجوز أن تكون الخلوة لو أوجبت كمال المهر في غير الإحرام موجبة لكماله في الإحرام كالوطء.

-وأما قياسهم الخلوة على الوطء: فالمعنى في الأصل استيفاء حقه بالوطء وليس كذلك الخلوة[2].

2- وأجاب الجمهور عن أدلة الشافعية بأن قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنّ﴾ [البقرة: 237] يحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب، الذي هو الخلوة[3].

وبأن من الصحابة –كعمر وعلي رضي الله عنهما[4]– من قال: إن المراد من المسيس هو الخلوة، فلا تكون الآية حجة على أن فيها إيجاب نصف المفروض لا إسقاط النصف الباقي.

-وأما قولهم: إن تأكد المهر يثبت باستيفاء المستحق فممنوع، بل كما يثبت باستيفاء المستحق يثبت بتسليم المستحق كما في الإجارة، وتسليمه بتسليم محله وقد حصل ذلك بالخلوة الصحيحة، والمراد بالخلوة الصحيحة: أن لا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي[5].

والمانع الحقيقي: كأن يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً يمنع الجماع، أو صغيراً لا يجامع مثله أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو تكون المرأة رتقاء أو قرناء، والمانع الشرعي: أن يكون أحدهما صائماً صوم رمضان أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء، والمانع الطبعي: هو أن يكون معهما شخص ثالث، وسواء كان الثالث بصيراً أو أعمى يقظاناً أو نائماً بالغاً أو صبياً بعد أن يكون عاقلاً رجلاً أو امرأة أجنبية أو زوجته[6].

غريب القرآن، وغريب الحديث، ومشكل القرآن، ومشكل الحديث، توفي سنة 270هـ. [نزهة الألباء في طبقات الأدباء، للأنباري، 159-160]

[1] سبقت ترجمته ص 101

[2] ينظر: الحاوي للماوردي، 543/9

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 249/7

[4] سبقت ترجمة سيدنا عمر ص 23 وترجمة سيدنا علي ص 88، وينظر: مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، ت: 606هـ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط3، عام 1420 هـ، 14/10

[5] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 292/2

[6] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 293/2-295

والخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان بعد عقد النكاح في مكان ما منفردين يأمنان دخول الغير عليهما، ولا يوجد في الزوجة مانع حسي أو شرعي أو طبعي يمنع من مقاربة الزوج لها، وإلا كانت الخلوة فاسدة[1].

الترجيح: من خلال استعراض الأدلة يبدو أن رأي الجمهور هو الراجح، فبالإضافة إلى الأدلة التي استدلوا بها فإن الحال المشاهدة وهي الخلوة أمر ظاهر منضبط، وهي مظنة لوجود الدخول لانتفاء الموانع فأقيم هذا الأمر مقام الوطء؛ لخفائه وتعذر الاطلاع عليه وصعوبة إثباته أخذاً بقاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"، فأقيمت دلالة الحال من إغلاق الأبواب وعدم اطلاع أي إنسان عليهم لظهوره وانضباطه مقام تحقق الدخول.

(فالحكم العام هنا: الخلوة بين الزوجين مع انتفاء الموانع في الزواج الصحيح توجب كمال المهر للمرأة والعدة عليها)

المطلب الثاني: طريق الإدراك بالعقل

العقل لغة: "التثبت في الأمور، والعقل: القلب"[2]، ويطلق على القوة المتهيئة لقبول العلم، ويقال للذي يستنبطه الإنسان بتلك القوة: عقل، والعقل: ضد الحمق، أو هو العلم بصفات الأشياء من حسنها وقبحها وكمالها ونقصانها، أو هو العلم بخير الخيرين وشر الشرين[3]، والعقل والحجا والنهى، كلها معان متقاربة[4].

واسم العقل مشترك يطلق على عدة معان:

1-فيطلق على بعض العلوم الضرورية، 2-ويطلق على الغريزة التي يتهيأ بها الإنسان لدرك العلوم النظرية، 3-ويطلق على العلوم المستفادة من التجربة حتى إن من لم تحنكه التجارب لا يسمى عاقلاً، 4-ويطلق على من له وقار وهيبة وسكينة في جلوسه وكلامه، فيقال: فلان عاقل أي في هدوء، 5-وقد يطلق على من جمع العمل إلى العلم حتى إن المفسد وإن كان في غاية من الكياسة يمنع عن تسميته عاقلاً[5].

وقيل: "هو صفوة الروح، أي: خالص الروح... وقيل: هو نور وضعه الله طبعاً وغريزة يُبصَر به ويُعبَّر به"[6].

وأحسن تعريف للعقل: أنه جوهر خلقه الله في الدماغ وجعل نوره في القلب، تدرك به المغيبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة، والعاقل: الجامع لأموره برأيه، وبالعقل يتم الإمساك عن القبيح وقصر النفس على

---

[1] شرح قانون الأحوال الشخصية، الطلاق وآثاره، للصابوني، 336

[2] لسان العرب لابن منظور 458/11

[3] ينظر: تاج العروس للزبيدي، مادة عقل، 18/30، والمفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ت: 502هـ، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية- دمشق- بيروت، ط1، عام 1412 هـ، 577

[4] ينظر: عمدة القاري للعيني، 370/3-271

[5] ينظر: المستصفى للغزالي، 20

[6] ماهية العقل ومعناه واختلاف الناس فيه، لأبي عبد الله الحارث بن أسد المحاسبي، ت: 243هـ، تحقيق: حسين القوتلي، دار الكندي، دار الفكر- بيروت، ط2، عام 1398هـ، 204

الحسن[1]، وهو مَلَكة يتأتى بها درك المعلومات، والمعروف عن الشافعية أن محله القلب، لقوله تعالى: ﴿لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا﴾ [الحج: 46][2]، والمعروف عن الحنفية أن محله الدماغ[3].

ولتفاوت العقول في الأشخاص، تعذر العلم بأن عقل كل شخص هل بلغ المرتبة التي هي مناط التكليف[4]؟ -"وحق البلوغ أن يُناط بالعلامات الظّاهرة"[5]-، فقدَّر الشارع تلك المرتبة بوقت البلوغ إقامة للسبب الظاهر مقام حكمه، وذلك لحصول شرائط كمال العقل وأسبابه في ذلك الوقت بناء على تمام التجارب الحاصلة بالإحساسات الجزئية والإدراكات الضرورية[6].

وكل خطاب تكليفي عام يخصص بمن هو أهل للتكليف؛ لأن العقل يقضي بأن يوجه الخطاب إلى من هم أهل له، وأن يخص الذي يقتضيه العقل والقوانين الوضعية على هذا أيضاً[7].

ولا يقع طلاق الصبي -وإن كان يعقل- حتى يحتلم عند الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة[8]، استدلالاً بالآتي:

1-بقوله عليه الصلاة والسلام: ((كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون))[9]، وفي لفظ آخر: ((كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله))[10]، وجه الاستدلال: أن النبي عليه الصلاة والسلام استثنى طلاق الصبي -سواء أكان عاقلاً أم غير عاقل- والمجنون والمعتوه من الطلاق الجائز فدل على أن طلاقهم غير جائز.

---

[1] ينظر: عمدة القاري للعيني، 370/3-271

[2] ينظر: المصدر نفسه، 271/3، والأشباه والنظائر للسبكي، 18/2

[3] ينظر: البناية للعيني، 104/8، وعمدة القاري للعيني، 271/3

[4] ينظر: التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني، 319/2

[5] نهاية المطلب لإمام الحرمين، الجويني، 433/6

[6] ينظر: التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني، 319/2

[7] ينظر: علم أصول الفقه، للخلاف، 188

[8] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 487/3، والمدونة، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ت: 179هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م، 83/3، والوسيط للغزالي، 372/5، والمغني لابن قدامة، 381/7

[9] قال ابن حجر: "حديث كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون لم أجده، وإنما روى ابن أبي شيبة عن ابن عباس موقوفاً: لا يجوز طلاق الصبي، وأخرج عن علي بإسناد صحيح: كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه". [الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852 هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة- بيروت، د.ت، 69/2]، قال الزيلعي: "غريب بهذا اللفظ" [نصب الراية للزيلعي، 161/4]

[10] أخرجه الترمذي، عن أبي هريرة، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب ما جاء في طلاق المعتوه- رقم: 1191، ج488/3، وقال: "هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث"، وذكر الزيلعي بلفظ: "كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون"، وقال: "حديث غريب". [نصب الراية للزيلعي، 221/3]

2-وبحديث النبي عليه الصلاة والسلام: ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر))[1]، وجه الاستدلال: أن المراد برفع القلم عدم المؤاخذة[2].

3-ولأن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف والتي مدارها العقل والبلوغ، خصوصاً ما يدور بين الضرر والنفع، والطلاق يستدعي تمام العقل، ولا يكفي عقل الصبي العاقل؛ لأنه لا يبلغ الاعتدال، ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا اعتبار له؛ لأن مدار الطلاق على البلوغ لانضباطه فيتعلق الحكم به[3].

4-ولأن القصد أمر باطني لا يوقف عليه فلا يتعلق الحكم بوجود حقيقته، بل يتعلق بالسبب الظاهر الدال وهو الأهلية، والقصد يكون بالبلوغ والعقل[4].

5-ولأن الصبي غير مكلف، فلا يقع طلاقه كالمجنون[5].

وأكثر الروايات عن الإمام أحمد[6] أنه إذا عقل الصبي الطلاق فطلق يقع طلاقه، أما الصبي الذي لا يعقل

فلا خلاف في أنه لا طلاق له[7]، واستدل بالآتي:

1-بحديث ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))[8] وجه الاستدلال: أن "الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة"[1].

---

[1] أخرجه أبو داود عن عائشة -واللفظ له- كتاب الحدود- باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، رقم: 4398، ج139/4-140، والنسائي، كتاب الطلاق- باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، رقم: 3432، ج156/6، وابن ماجه، كتاب الطلاق- باب طلاق المعتوه والصغير والنائم- رقم: 2041، ج658/1

"رواه أبو حاتم بن حبان في «صحيحه» بإسناد حسن، بل (صحيح) متصل كلهم علماء، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم" [ينظر: البدر المنير لابن الملقن 226/3] "وقال النسائي: ليس في هذا الباب صحيحٌ إلا حديث عائشة فإنه حسن". [فتح الباري شرح صحيح البخاري، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 795هـ، تحقيق: محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرون، مكتبة الغرباء الأثرية- المدينة النبوية، مكتب تحقيق دار الحرمين- القاهرة، ط1، عام 1417هـ- 1996م، 23/8]

[2] ينظر: إبراز الحكم من حديث رُفِعَ القَلم، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: 756هـ، تحقيق: كيلاني محمد خليفة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، عام 1412 هـ- 1992م، 81، وسبل السلام، للصنعاني، 265/2

[3] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 487/4-488

[4] ينظر: عمدة القاري للعيني، 98/24

[5] ينظر: المغني لابن قدامة، 381/7

[6] سبقت ترجمته ص 94

[7] ينظر: المغني لابن قدامة، 380/7

[8] أخرجه ابن ماجه، عن ابن عباس رضي الله عنهما، كتاب الطلاق- باب طلاق العبد، رقم: 2081، ج672/1، و"فيه ابن لهيعة ضعيف" [نصب الراية للزيلعي، 165/4]

وبما أن الصبي العاقل زوج فيقع طلاقه، لكن لم يظهر لي تخصيصهم العاقل عن غيره بهذا الحديث.

2-وبحديث: ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله))[2] فمقصودهم أن الصبي العاقل الذي أوقعوا طلاقه ليس مغلوباً على عقله، لكن يناقشون بأن الصبي في معنى المغلوب على أمره، وبطلان تصرفاته قياساً على عدم تكليفه بالعبادات.

3-ولأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق، فوقع كطلاق البالغ[3].

وذكروا في تحديد سن الصبي العاقل الذي يجوز طلاقه، أنه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة سنة، وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر؛ لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام، وصحة الوصية، فكذلك الطلاق[4].

الترجيح: قول الجمهور أقوى من الرواية المشهورة عن الحنابلة؛ لأن الأصل في تصرفات الصبي الهدر وعدم الاعتبار، وكون الصبي عاقلاً لا يعني استقلاله بالرأي وقدرته على اتخاذ قرار لأن هذا الأمر غير منضبط، فما الذي يحدد كون هذا الصبي عاقلاً أو غير عاقل؟ وتحديدهم العمر ما بين عشر إلى اثنتي عشرة سنة لا دليل عليه، فربَّ صبيٍ يكون عاقلاً في التاسعة، ورب صبيٍ تجاوز الرابعة عشرة وهو ليس بعاقل.

هذا بالنسبة إلى طلاق الصبي أما نكاحه فينعقد إذا كان يطيق الجماع، وللولي الإجازة والفسخ، بخلاف طلاقه فلا ينعقد كما سبق؛ لأن خطاب الوضع هو الخطاب بالأسباب والشروط والموانع والتقادير الشرعية، ولا يشترط فيها التكليف ولا العلم، ولذلك يجب الضمان على الصبيان والمجانين ويقع الطلاق بالإعسار، ويورَّث بالنسب وإن لم يعلم به الوارث؛ لأن ذلك من باب خطاب الوضع، بخلاف خطاب التكليف فإنه يشترط فيه القدرة على المكلف به والعلم به، والطلاق سبب للبينونة والنكاح سبب للإباحة، فينبغي أن ينعقد الجميع في حقه كما أن الإتلاف سبب الضمان، والفرق بين حكم زواج الصبي وطلاقه: أن عقد النكاح سبب إباحة الوطء، وهو أهل للخطاب بالإباحة والندب والكراهة، دون الوجوب والتحريم لأنهما تكليف ومشقة، لاستحقاق العقاب المرفوع عن الصبيان لضعف عقولهم، والطلاق سبب تحريم الوطء، وهو ليس أهلاً للتحريم فلا ينعقد سبباً في حقه مع اشتراك السببين في أنهما خطاب وضع، وأضيف إلى أحدهما تكليف فلا شك أنه انتفى انعقاده في حقه[5].

وكذلك لا يقع طلاق النائم والمجنون والمعتوه القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير، لكن لا يَضرب ولا يَشتم بخلاف المجنون[6]. استدلالاً بالآتي:

---

[1] كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه (حاشية السندي على سنن ابن ماجه)، لأبي الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادي التتوي السندي، ت: 1138هـ، دار الجيل- بيروت، د.ت، 641/1

[2] سبق تخريجه ص 105

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 381/7

[4] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[5] ينظر: الفروق للقرافي، 101/3

[6] ينظر: فتح القدير للكمال بن الهمام، 487/3

1-قال عثمان رضي الله عنه[1]: ((ليس لمجنون ولا لسكران طلاق))[2].

2-وقول علي رضي الله عنه[3]: ((كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه))[4].

3-ولأن المعتوه يلفظ الطلاق ومعه علم ظاهر يدل على فقد قصده بوجه هو معذور فيه، فلا يقع طلاقه كالطفل[5].

4-ولأن الأهلية بالعقل المميز، والمعتوه والمجنون عديما العقل[6].

(والحكم العام هنا: لا يقع طلاق الصبي والنائم والمجنون والمعتوه)

المطلب الثالث: طريق الإدراك بالعرف

"العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة، فالأول: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشَّعر عليه، والأصل الثاني: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف"[7].

واصطلاحاً: هو "ما استقر النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[8].

أما العادة لغة: فهي "الدَّيْدَن يعاد إليه"[9]، واصطلاحاً: هي "ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[10]، أو هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، فإذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية -وهي التي يحكم فيها العقل بهذا التكرار- لم يكن من قبيل العادة بل من قبيل التلازم العقلي[1].

---

[1] سبقت ترجمته ص 54

[2] أخرجه البخاري معلقاً، كتاب الطلاق- باب الطلاق في الإغلاق والكره، والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، 45/7، وهذا من قبيل المعلق الصحيح لأنه أتى بها بصيغة الجزم "قال" لا التمريض "قيل" [ينظر: للتوسع تغليق التعليق على صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، وتحرير علوم الحديث، لعبد الله بن يوسف الجديع، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، عام 1424هـ- 2003م، 852/2]

[3] سبقت ترجمته ص 88

[4] أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم "قال"، كتاب الطلاق- باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، 45/7، قال البيهقي: "موقوف ولم يصح مرفوعاً" [السنن الصغير، لأبي بكر أحمد ابن الحسين بن علي ابن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي- باكستان، ط1، عام 1410هـ- 1989م، كتاب النكاح- باب طلاق السكران، رقم: 2691، ج124/3]

[5] ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، ت: 558هـ، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج- جدة، ط1، عام 1421هـ- 2000م، 68/10-69

[6] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 487/3

[7] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة عرف، 281/4

[8] كتاب التعريفات، للجرجاني، 149

[9] لسان العرب لابن منظور، مادة عود، 216/3

[10] التعريفات للجرجاني، 146

والفرق بين العرف والعادة أن العادة أعم من العرف؛ لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف، فبينهما عموم وخصوص مطلق[2].

والعرف يقسم من حيث عمومه وخصوصه إلى ثلاثة أقسام:

الأول: العرف العام وهو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين، وهو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قَبِله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس، كما إذا قال شخص لامرأته: "إن وضعت قدمك في دار فلان فأنت طالق" فتطلق سواء دخلت تلك الدار ماشية أو راكبة، أما لو وضعت قدمها في الدار دون أن تدخلها فلا يقع؛ لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول.

الثاني: العرف الخاص: وهو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء، كاستعمال علماء النحو لفظة الرفع وعلماء الأدب كلمة النقد، وكمصطلح الطعن عند القانونيين.

الثالث: العرف الشرعي: وهو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية كالصلاة والزكاة والحج، فباستعمالها في المعنى الشرعي أهمل معناها اللغوي[3]، وكذلك الوقف.

ويقسم من حيث وقوعه في الخارج إلى قسمين:

الأول: العرف العملي[4]: كما سبق من أن تعارفَ مجتمعٍ ما على أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر[5]؛ لأن نِيَّة الخاطب عند تقديمه الهدية أمر خفي، فأقيم العرف باعتباره هدية وليس مهراً مقام النية لخفائها.

الثاني: العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه[6]،كما لو قال العاقد: زوَّجتكَ على مهر معجَّلُه مئتا ألف ليرة، فتحمل على الليرة السورية إن أجري العقد في سورية، وعلى التركية إن أجري في تركية، فإطلاق لفظ الليرة يتناول عملة عدة دول، لكن عرف الدولة الذي أجري فيه العقد يقوم مقام النص على تحديد نوع هذه الليرة.

---

[1] ينظر: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، للزرقا، 871

[2] ينظر: المصدر نفسه، 874، والعموم والخصوص عند المناطفة نوعان: مطلق ووجهي: فالعموم والخصوص المطلق: عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائماً، والآخر أخص دائماً كالمثال هنا.

والوجهي : عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه، كالنسبة بين مفهومي "الأبيض" و"الملبوس"، فالأبيض أعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره، والملبوس أعم من وجه لوجوده في الأبيض وغيره. [ينظر: المصدر والموضع نفسه]

[3] ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، 45/1، ومجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ت: 1252هـ، د.ط، 114/2، والأشباه والنظائر لابن نجيم، 79، مع تعديل في مثال وضع القدم من حلف اليمين إلى الطلاق.

[4] ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، 45/1-46

[5] ينظر: علم أصول الفقه للخلاف، 89

[6] ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، 45/1-46

ويمكن أن يُمثَّل أيضاً للعرف بصيغة عقد الزواج، فمع إجماع الفقهاء على انعقاد الزواج بصيغة التزويج والنكاح إلا أنهم اختلفوا فيما إذا تعارف الناس على صيغةٍ بغير هذين اللفظين، كلفظ "أعطيتك بنتي" أو "جوزتك بنتي" وأكثر من توسع في ذلك الحنفية، وهاك التفصيل:

أولاً: نص الحنفية على أن الزواج ينعقد بلفظي النكاح والتزويج وغيرهما، كلفظ الهبة والصدقة والتمليك والجَعل، نحو: جعلت بنتي لك بألف، لقوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50] وجه الاستدلال: أنها جاءت عطفاً على المحللات في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: 50] والأصل عدم الخصوصية بالنبي صلى الله عليه وسلم حتى يقوم الدليل عليها[1].

"ولو أضاف الهبة إلى الأَمَة، بأن قال رجل: وهبت أَمتي هذه منك، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلاً ومعجلاً ونحو ذلك، ينصرف إلى النكاح.

وإن لم يكن الحال دليلاً على النكاح: فإن نوى النكاح فصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف إلى النكاح بقرينة النية، وإن لم ينوِ ينصرف إلى ملك الرقبة"[2].

والصحيح عند الحنفية أنه ينعقد بلفظ: "بعت نفسي منك بكذا" أو "اشتريتك بكذا"، وأما القرض فقيل: ينعقد به لثبوت ملك العين به، وقيل: لا لأنه في معنى الإعارة، ولا ينعقد بلفظ الإجارة في الصحيح؛ لأنها لا تنعقد إلا مؤقتة والنكاح يشترط فيه نفي التوقيت، ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت، لكن إذا قيدت بالحال يصح كأن قال: أوصيت لك بابنتي الآن.

ولا ينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع؛ لعدم تمليك المتعة في كل منها، ولا ينعقد بلفظ الإقالة والخلع لأنهما لفسخ عقد ثابت[3].

ثانياً: وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يصح العقد إلا بلفظي النكاح والزواج.

ونص المالكية على أن الزواج ينعقد بصيغة أنكحتُ وزوّجتُ، ولو لم يسم لها مهراً، ويصح بلفظ "وهبت لك ابنتي" مثلاً أو "تصدقت عليك بها بكذا"، مع تسمية مهر فإن لم يسم المهر فلا ينعقد، وهكذا كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كـ"بعت لك ابنتي بمهر قدره كذا، أو ملكتك إياها، أو أحللت وأعطيت ومنحتك إياها بكذا"[4].

وإلى قريب من هذا ذهب الشافعية والحنابلة حيث قالوا بعدم انعقاد الزواج إلا بلفظي النكاح أو الزواج؛ لأن الله تعالى سمّى النكاح في كتابه باسمين: النكاح والتزويج، قال تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾

---

[1] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 193/3

[2] بدائع الصنائع للكاساني، 231/2

[3] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 195/3-197

[4] ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، 220/2-221

[الأحزاب: 37]، وقال عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: 22]، وينعقد عند الشافعية بلفظ الهبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم، بأن تهب نفسها له بلا مهر[1].

ويعترض على هذا القول بحديث سهل بن سعد رضي الله عنه[2]، قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت لك من نفسي، فقال رجل: زوِّجْنيها، قال: ((قد زوجناكها بما معك من القرآن))[3]، وفي رواية قال: ((اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن))[4] وفي رواية قال: ((اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن))[5]. وأجاب الحنابلة عنه بأنه إما أن يكون قد جمع بين الألفاظ، أو يحمل على أن الراوي روى بالمعنى، ظناً منه أنها بمعنى واحد ويكون خاصاً به، وعلى كل تقدير لا يبقى حجة، ويصح الإيجاب من الولي بلفظ: "زُوِّجتَ" -بضم الزاي وفتح التاء- المبني للمجهول[6].

الترجيح: قول الحنفية أرجح من قول الجمهور -والله أعلم-؛ لأن العرف في الشرع له اعتباره،

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار[7]

ولأن "العرف قاض على الوضع"[8] فينبغي أن تصح هذه الصيغة لدلالتها على الرضا بالزواج عرفاً؛ لأن الرضا أمر خفي فأية صيغة تدل على الرضا ينبغي أن تصح، فأقيمت الصيغة الدالة على الرضا مقام الرضا لخفائه.

جاء في الوسيط: " وسبب اعتبارها -أي الصيغة- الاستدلال بهما على الرضا، فإن الأصل هو التراضي ولكن الرضا خفي فيناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه"[9].

وينعقد الزواج عند الحنفية والشافعية بلفظ "جوزت" -بتقديم الجيم-[10] أو "زوزت" -بالزاي بدل الجيم- إذا قصد به العاقد معنى النكاح؛ لأن العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ، فهذا التعليل يدل على أن كل ما أفاد معنى النكاح يعطى حكمه، هذا إذا كان بلفظ النكاح أو التزويج أو ما وضع لتمليك العين للحال، ولا شك أن

---

[1] ينظر: مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، ت: 264هـ، دار المعرفة- بيروت، عام: 1410هـ-1990م، 8/267-268، وكشاف القناع للبهوتي، 5/37-38

[2] سبقت ترجمته ص 62

[3] أخرجه البخاري، كتاب الوكالة- باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، رقم: 2310، ج3/100-101

[4] أخرجه البخاري، كتاب فضائل القرآن- باب القراءة عن ظهر القلب، رقم: 5030، ج6/192، ومسلم، كتاب النكاح- باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير واستحباب كونه خمسمئة درهم لمن لا يجحف به- رقم: 76، ج2/1040

[5] أخرجه البخاري، كتاب النكاح- باب التزويج على القرآن وبغير صداق، رقم: 5149، ج7/20

[6] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 5/37-38

[7] مجموعة رسائل ابن عابدين، 2/114

[8] بدائع الصنائع للكاساني، 5/133

[9] الوسيط للغزالي، 3/8

[10] ينظر: حاشية ابن عابدين، 3/20-21، وأسنى المطالب لزكريا الأنصاري، 3/118، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، 7/219

لفظ "جوزت" أو "زوزت" لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزويج، ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العرف، فيحمل كلام كل عاقدٍ وحالفٍ وواقفٍ على عرفه، وإذا وقع الطلاق بالألفاظ المصحفة ولو من عالم وإن لم تكن متعارفة فيصح النكاح من العوام بالألفاظ المصحفة المتعارفة بالأولى[1].

ولو قال الولي: جوزتكها، فقال الزوج: تجوزت يصح العقد، لأن الخطأ في الصيغة إذا لم يخل بالمعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب والتذكير والتأنيث[2]، ولا فرق في انعقاد النكاح بهذه الألفاظ بين من لا يحسن تلك الألفاظ المعدول عنها وبين من يحسنها، كما يصح العقد لو ترجمه بلغته[3].

ولا يصح النكاح عند الحنابلة بلفظ: "جوزتك" بتقديم الجيم، لكنهم أفتوا بصحة عقد من لم يقدر أن يقول إلا: قبلت تجويزها، لأنه لو قال: "جوزتي طالق" فإنها تطلق[4].

والراجح –والله أعلم– قول الحنفية والشافعية للمبررات المذكورة في الترجيح السابق.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بقول الحنفية حيث نص في المادة 6 على أنه: يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً. وهذا حكم كلي عام .

---

[1] ينظر: حاشية ابن عابدين، 3/20-21

[2] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 7/219، وحاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب، 3/118

[3] ينظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب، 3/118

[4] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 5/37-38

المبحث الثالث: أقسام دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: كونها وصفاً عارضاً

العرَض: الموجود الذي يحتاج في وجوده إلى موضع أي محل يقوم به، كاللون يحتاج في وجوده إلى جسم يحله ويقوم به.

والعَرَض: "ما يعرض في الجوهر[1]، مثل الألوان والطعم والذوق واللمس وغيرها، مما يستحيل بقاؤه بعد وجوده"[2]، والعارض: البادي عرضه، ويطلق على السحاب نحو قوله تعالى: ﴿هَذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا﴾ [الأحقاف: 24]، ويطلق على ما يعرض من المرض، فيقال: به عارض من سقم، وهذا المعنى هو المراد هنا[3].

وهو عبارة عن معنى زائد على الذات، وهذا الأمر عَرَض: أي: عارض زائل، ويطلق على ما لا يثبت ولا يدوم[4].

والعَرَض إما أن يكون: 1-سريع الزوال كالحمرة عند الخجل والصفرة عند الوجل، 2-أو بطيء االزوال كالصبا والشباب والكهولة[5]، "فإن هذه صفات عرضية لمراحل عمر الإنسان تزول ولكن ببطء"[6].

ومن الأوصاف العارضة: عوارض الأهلية كالنوم، والسهو، تعترض الإنسان ثم تزول وتفارق[7]، وطلاق النائم لا يقع باتفاق المذاهب الأربعة[8].

ومثال كون دلالة الحال وصفاً عارضاً مرض الموت، والمرض في اللغة: السقم نقيض الصحة[9]، أو هو "ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص"[10]، و"الموت والمَوَتَان لغة ضد الحياة"[11].

---

[1] "الجوهر: ماهية إذا وجدت في الأعيان كانت لا في موضع" [التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد عبد الرؤوف ابن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، ت: 1031هـ، عالم الكتب- القاهرة، ط1، عام 1410هـ-1990م، 132]

[2] التعريفات، للجرجاني، 148- 149، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي، 239

[3] ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، 240

[4] ينظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي، 624-625

[5] ينظر: المصدر نفسه، 627

[6] المهذب في علم أصول الفقه للنملة، 81/1

[7] ينظر: المصدر نفسه، 81/1

[8] ينظر: المبسوط للسرخسي، 176/6، والتلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التغلبي البغدادي المالكي، ت: 422هـ، تحقيق: أبو أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1425هـ-2004م، 125/1، والحاوي للماوردي، 423/10، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة المقدسي، 110/3

[9] لسان العرب لابن منظور، مادة مرض، 231/7

[10] التعريفات للجرجاني، 211

[11] لسان العرب لابن منظور، 90/2، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري، مادة موت، 266/1

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للموت عن المعنى اللغوي فهو "مفارقة الروح الجسد"[1].

والمريض مرض الموت عند الحنفية هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش، أما إذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك محموم فهو بمنزلة الصحيح، ومرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالباً.

والمريض بالفالج والسل والنقرس[2] ونحوها إذا طال به مرضه فهو في حكم الصحيح؛ لأن ذلك إذا طال لا يخاف منه الموت غالباً فلا يكون مرض الموت، إلا إذا تغير حاله ومات من ذلك التغير فيكون حال التغير في مرض الموت؛ لأنه إذا تغير يخشى منه الموت غالباً فيكون مرض الموت.

أما الواقف في جبهات القتال، ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقتل، فهو كالصحيح؛ لأنه ليس الغالب من هذه الأحوال الموت فإن الإنسان قد يتخلص منها لكثرة أسباب الخلاص، أما لو قدم ليقتل أو خرج من الصف للمبارزة فهو كالمريض؛ لأن الغالب من هذه الحالة الهلاك.

ولو كان في السفينة فهو كالصحيح إلا إذا هاجت الأمواج فيصير في حكم المريض في تلك الحالة؛ لأنه يخشى عليه منها الموت غالباً، والمرأة إذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المريض إذا ماتت في تلك الحال؛ لأن الغالب منه خوف الهلاك[3].

وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالكتابية مع المسلم، فطلقها ثلاثاً في مرضه ثم صار في حال يتوارثان لو لم يقع الطلاق لا ترثه؛ لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فاراً فلا يتهم[4].

والمختار للفتوى عندهم أن المرض إذا كان الغالب منه الموت، كان مرض الموت سواء كان صاحب فراش أم لم يكن[5].

وعرف المالكية مرض الموت بأنه "المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به"[6]، أو "المرض الذي يعقبه الموت ولو خفيفاً"[7]. وعدُّوا من قبيل المرض المخوف كل ما لا يؤمن فيه الموت كالحمى الحادة والسل، وما يقول الأطباء: إنه سبب الهلاك غالباً.

---

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ت: 1004هـ، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي الأقهري ت: 1087هـ، ومعه حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي، ت:1096هـ، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأخيرة، عام 1404هـ-1984م، 210/1

(2) النقرس: ورم في المفاصل لمواد تنصب إليها. [مفاتيح العلوم، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن يوسف، الكاتب البلخي الخوارزمي، ت: 387هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ط2، د.ت، 189]

(3) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 224/3، والاختيار لتعليل المختار للموصلي، 144/3

(4) ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي، 144/3

(5) ينظر: الفتاوى الهندية، 176/4

(6) البهجة في شرح التحفة، للتسولي، 99/1

(7) حاشية الصاوي، 110/4

أما المفلوج والمجذوم إن لزما الفراش فلهما حكم المريض مرض الموت وإلا فلا، ويلحق بالمرض المخوف الحامل في ستة أشهر، والمحبوس للقتل في قصاص أو حد، والحاضر في صف القتال؛ لأن هؤلاء يغلب في حقهم الموت كالمرض المخوف[1].

واختلفت عبارات الشافعية في تعريف المرض المخوف فقيل: إنه "الذي يخاف فيه الموت لكثرة من يموت به"[2].

وقيل: "كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل: كل ما اتصل به الموت... وقيل: كل ما لا يتطاول بصاحبه معه الحياة... ولا يشترط في كونه مخوفاً غلبة حصول الموت به بل عدم ندرته"[3].

وذكروا أن من المرض المخوف: الحمى -إذا تطاولت- والرعاف الدائم أو الخاصرة أو القولنج[4].

وذكر الحنابلة من أمثلة المرض المخوف: الطاعون، والرعاف الدائم، والإسهال المتواتر، والحمى المطبقة، والسل في انتهائه، والفالج في ابتدائه، ونحوها، والأمراض الممتدة إن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة، وإلا فلا، فإن أشكل شيء من هذه الأمراض، رجع إلى قول عدلَين من أهل الطب، لأنهم أهل الخبرة به[5].

وعدّ الحنابلة في حكم المريض: الواقف بين الصفين عند التحام الحرب، ومن قُدِّم ليُقتل، وراكب البحر عند هيجانه، ومن وقع الطاعون ببلده إذا اتصل بهم الموت، وما قال طبيبان عدلان: إنه مخوف[6].

ونصت المادة (1595) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن، وإذا امتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه ويتغير حاله، أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت"[7].

---

[1] ينظر: الذخيرة للقرافي، 137/7

[2] تحرير ألفاظ التنبيه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم- دمشق، ط1، عام 1408هـ، 241

[3] تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، 31/7

[4] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 320/8

القولون: هي المعي الذي يحدث فيه القولنج ومنه اشتق. [مفاتيح العلوم للخوارزمي، 183]

[5] ينظر: الكافي لابن قدامة المقدسي، 272/2

[6] ينظر: العدة شرح العمدة، لأبي محمد بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي، ت: 624هـ، دار الحديث، القاهرة، عام 1424هـ- 2003م، 317

[7] مجلة الأحكام العدلية، 314

الترجيح: والذي يترجح لي أن مرجع معرفة ضابط مرض الموت هو الطب، خصوصاً أن التشخيص الطبي لم يعد يبنى على الظن، بل في أعم الأحوال بات يرقى إلى درجة اليقين والقطع أو غلبة الظن، والأمراض التي عددها الفقهاء سابقاً تلائم العصر الذي كانوا فيه، فما كان مميتاً في وقتهم قد لا يكون مميتاً في وقتنا.

ورتَّب الفقهاء على مرض الموت أحكاماً خاصة فيما يتعلق بهبة المريض مرض الموت وكفالته ووقفه وإقراره، وطلاقه من حيث ثبوت التوارث بين الزوجين، فإذا طلق الرجل امرأته في مرض الموت فهذا الطلاق يقوم مقام قصده حرمانها من الإرث فيعامل بنقيض قصده، كما سبق بيان ذلك آنفاً.

المطلب الثاني: كونها وصفاً لازماً

"اللازم: ما يمتنع انفكاكه عن الشيء"[1]، والوصف الملازم هو: القائم بالشيء غير المنفك عنه[2]، والوصف غير اللازم: هو الذي ينفك عن الموصوف[3].

والملازمة واللزوم والتلازم في الاصطلاح: "كون أمرٍ مقتضياً لآخر، بمعنى أنه يكون بحيث لو وقع يقتضي وقوع أمر آخر، كطلوع الشمس للنهار، والنهار لطلوع الشمس"[4].

فمن أمثلة الأوصاف الملازمة: ما يلازم للذكورة من الأوصاف:

1-نبات اللحية للخنثى عند بلوغه.

2- أو أن يكون له ثدي مستو؛ لأن عدم نبات الثديين يكون دليلاً شرعياً على أنه رجل.

3- أو قدرته على الوصول إلى النساء.

4- أو الاحتلام كما يحتلم الرجال[5].

5-أوإحبال الخنثى لغيره فحكمه حكم الرجال[6].

---

[1] التعريفات للجرجاني، 190، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي 287

[2] ينظر: التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 330

[3] ينظر: المهذب للنملة، 2022/5

[4] دستور العلماء، للأحمد نكري، 228/3

[5] ينظر: المبسوط للسرخسي، 112/30، ومجمع الأنهر لشيخي زاده، 729/2، والكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، 1050/2، والقوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ت: 741هـ، د.ط 260، والأشباه والنظائر للسيوطي، 241- 242، وفتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير) (وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، ت: 505 هـ)، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، ت: 623هـ، دار الفكر، د.ت، 86/2، وروضة الطالبين للنووي، 78/1، والمبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، ت: 884هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1418هـ- 1997م، 403/5، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لأبي النجا الحجاوي، 111/3

[6] ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 242

وأمثلة الأوصاف الملازمة للأنوثة:

1- ظهور ثدي له كثدي المرأة فيحكم بأنوثته.

2- أو الولادة تفيد القطع بأنوثة الخنثى، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها[1].

3- أو نزول لبن للخنثى من ثديه.

4-أو حبل الخنثى أو حيضه[2].

5-وإمكان الوصول إلى الخنثى من الفرج فحكمه حكم النساء؛ لأن هذه من علامات النساء[3].

وإن لم يظهر شيء من هذه العلامات أو تعارضت كما إذا حاض ونبتت له لحية، أو يأتي ويؤتى فهو مشكل[4].

وقال أبو حنيفة[5] والشافعية: للخنثى من الميراث أقل النصيبين وأسوأ الحالين وبه يفتى، فيعمل باليقين في حقه وحق غيره ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين حاله[6]، وقال الصاحبان والمالكية والحنابلة يرث الخنثى إذا أشكل أمره نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى[7].

---

[1] ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 241

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 112/30، ومجمع الأنهر لشيخي زاده، 729/2، والكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، 1050/2، والقوانين الفقهية، لابن جزي، 260، والأشباه والنظائر للسيوطي، 241- 242، وفتح العزيز للرافعي، 86/2، وروضة الطالبين للنووي، 78/1، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 403/5، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي النجا الحجاوي، 111/3

[3] ينظر: الهداية للمرغيناني مع فتح القدير، 517/10

[4] ينظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده، 729/2

وقد ذكر الفقهاء أوصافاً أخرى لتحديد الذكورة أو الأنوثة في الخنثى لكنها لا تتصف باللزوم باطراد، كالميل فإن مال إلى الرجل فهو امرأة، وإن مال إلى النساء فهو رجل، وإن قال: أميل إليهما ميلاً واحداً، ولا أميل إلى واحد منهما فهو مشكل، ويستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإنها تقدم عليه، وكظهور الشجاعة والفروسية ومصابرة العدو. [ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 242]

[5] سبقت ترجمته ص 40

وقد ذكر الفقهاء أوصافاً أخرى لتحديد الذكورة أو الأنوثة في الخنثى لكنها لا تتصف باللزوم باطراد، كالميل فإن مال إلى الرجل فهو امرأة، وإن مال إلى النساء فهو رجل، وإن قال: أميل إليهما ميلاً واحداً، ولا أميل إلى واحد منهما فهو مشكل، ويستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإنها تقدم عليه، وكظهور الشجاعة والفروسية ومصابرة العدو. [ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 242]

[6] ينظر: حاشية ابن عابدين، 730/6 ، ونهاية المحتاج للرملي، 31/6-32

[7] ينظر: المبسوط للسرخسي، 92/30، والكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر القرطبي، 1050/2، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 309/2

فكل وصف من هذه الأوصاف ملازمة للأنوثة لا تنفك عن وصف الأنوثة، فالولادة صفة مختصة بالنساء وهكذا باقي الأوصاف، ولست أعني بالملازمة عدم انفكاك الوصف مطلقاً، بمعنى التصاقه بالخنثى على مدار اليوم والليلة كالحيض مثلاً، بل انفراد الرجال مثلاً بهذا الوصف وملازمته لوصف الرجولة، أو انفراد النساء بهذا الوصف وملازمته لوصف الأنوثة.

المطلب الثالث: كونها وصفاً مجاوراً

"الجار: المجاور في السكن... وجاوره مجاورة وجواراً... والاسم الجُوار -بالضم- إذا لاصقه في السكن... والجار الذي يجاورك بيتَ بيتَ"[1].

قد تكون دلالة الحال وصفاً مجاوراً للموصوف، أي يمكن انفكاكها عنه[2].

ومثال ذلك: منعُ القانون من إجراء عقود الزواج خارج المحكمة، فالنهي عن العقد العرفي لا لذاته بل لمعانٍ مجاورة منها: عدم إجراء الفحوصات الطبية -في الأغلب- وعدم ضمان حق الزوجين خاصة الزوجة، فقد يعقد الزوج عليها عقداً عرفياً ثم يسافر ولا يُدرى مكانه وقد تكون حاملاً منه، مما يسبب للزوجة الكثير من المتاعب في إثبات الزواج وإلحاق الولد بأبيه، وطلبها للتفريق وطلبها للنفقة وللميراث، فالعقد العرفي في القانون منهي عنه لمعنى مجاور يتمثل في المفاسد المترتبة عليه.

وإن تسجيل الزواج في سجلات المحكمة الشرعية، أو تقرير الفحص الطبي، كل منهما وصف ظاهر منضبط مناسب، وقد أقيم إجراء العقد داخل المحكمة وتسجيله في السجلات الرسمية مقام الاعتراف بنسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم، وإجراء العقد داخل المحكمة ليس وصفاً ملازماً للعقد، بل يمكن انفكاكه عنه إذ يتصور إجراؤه خارج المحكمة، وأقيم تقرير الفحص الطبي مقام خلو الخاطبين من الأمراض المؤثرة في الحياة الزوجية، وهو ليس ملازماً للعقد لا ينفك عنه بل مجاور للعقد فيصح العقد بدونه، لكن هذه الوثيقة دلالة على أن حال الزوجين ملائم لاستمرار الحياة الزوجية من الناحية الصحية.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 40 على أنه:

لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات، على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

وإنما اعتبر هذا الوصف مجاوراً؛ لأن الفحص الطبي قد يوجد ولا زواج، وقد يوجد الزواج دون فحص طبي، لكن لا يمكن الحكم ببطلان العقد العرفي؛ لأن النهي عن الشيء لمعنى مجاور لا يوجب فساده بخلاف النهي عنه لوصف لازم، جاء في فتح القدير "والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم"[3].

---

[1] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، 114/1

[2] ينظر: التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 330

[3] فتح القدير، للكمال بن الهمام، 484/6

المطلب الرابع: كونها فعلاً

"الفعل: كناية عن كل عمل"[1]، وهو الهيئة العارضة للمؤثر في غيره بسبب التأثير أولاً، كالهيئة الحاصلة للقاطع بسبب كونه قاطعاً، وفي اصطلاح النحاة: ما دل على معنى في نفسه مقترن بأحد الأزمنة الثلاثة[2].

وعند المتكلمين هو "صرف الممكن من الإمكان إلى الوجود"[3].

والمعنى المراد هنا للفعل هو العمل.

ومثال كون دلالة الحال فعلاً: قتل الوارث مورِّثَه عمداً، فالقتل العمد فعل وهو وصف ظاهر منضبط مناسب، يقوم مقام نية القاتل استعجال استحقاق التركة التي هي أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه.

ولا يرِث القاتلُ من مال قتيله ولا من ديته شيئاً، إذا قتله عمداً عدواناً بالإجماع[4].

لكن ما هو القتل المانع من الميراث؟

اتفق الفقهاء على أن القتل العمد مانع من الميراث، واختلف الفقهاء في القتل الموجب للمنع من الميراث على التفصيل الآتي:

أولاً: نص الحنفية على أن القتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة، وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان؛ لأن الحرمان من الإرث عقوبة فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص والكفارة[5].

وأعملوا القاعدة الفقهية القائلة: "من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه" فإذا قتل شخص مورثه قتلاً يوجب القصاص أو الكفارة فيحرم من الميراث؛ لأنه بقتله مورثه تعجل الوقت الذي يرثه به فيعاقب بالحرمان ولا يكون وارثاً للمورث، وأيضاً لو أوصى شخص لآخر بمال فقتل الموصى له الموصيَ على ما ذُكر فيحرم من المال الموصى به، وقيد الحنفية القتل الذي يوجب الحرمان من الإرث بالذي يوجب القصاص أو الكفارة؛ لأن القتل الذي لا يوجب ذلك غير مانع من الميراث، فالقتل الذي يوقعه الصبي أو المجنون، والقتل بسبب وقتل الزوجة أو إحدى المحارم من ذوات الرحم بسبب الزنى لا يوجب الحرمان من الإرث، لكن يستثنى من هذه القاعدة: ما لو قتل الدائن مدينه الذي تأجل ما عليه من الدين إلى سنة قبل حلول الأجل فيحل الأجل بموت المدين كما هو معلوم للقاتل حالاً استيفاء دينه من تركة المقتول[6].

ونصوا على أن إطلاق الحرمان من الميراث مقيد بأن لا يكون القتل بحق في نفس الأمر، كما لو قتل رجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغي، أو قتل رجل من أهل البغي رجلاً من أهل العدل، وقال الباغي القاتل:

---

[1] لسان العرب لابن منظور، مادة فعل، 528/11

[2] ينظر: التعريفات للجرجاني 168، والتوقيف على مهمات التعاريف للمناوي، 262

[3] كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي، 1280/2

[4] ينظر: الإجماع لابن المنذر، 74

[5] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 570/8-571

[6] درر الحكام، لعلي حيدر، 99/1

قتلته وأنا على الحق فيرثه، وإن قال: قتلته وأنا على الباطل فلا يرث عند أبي حنيفة[1] ومحمد[2]، وقال أبو يوسف[3]: لا يرث الباغي في الحالتين[4].

استدل الحنفية:

1- بأن حرمان الإرث جزاء الجريمة ولا جريمة في القتل الواجب أو الجائز فلا يحرم، وقتل الباغي واجب فلا إثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذلك لا يحرم الإرث؛ لأن حرمانه من باب العقوبة، وكذلك الباغي لا يحرم لأنه أتلف ما أتلف عن تأويل فاسد، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا انضمت إليه منعة كتأويل أهل الحرب والمرتدين.

2- وبأن الأحكام لا بد فيها من الالتزام ولا التزام منه لاعتقاده الإباحة، ولا التزام من الإمام لعدم الولاية بمنعتهم[5].

والقتل تسبباً لا يمنع من الميراث عندهم، كما إذا مات المورث بسقوطه في بئر كان حفره الوارث ولو في محل لا حقَّ له في الحفر فيه، فإنه لا يمنع الإرث ولا الوصية، لعدم ظهور معنى الاستعجال السابق فيه وعدم المباشرة، وبخلاف ما إذا كان القتل بحق، كما إذا قتل مورثه قصاصاً، أو بلا حق ولكن عن تأويل، كالخوارج والبغاة إذا كانوا متأولين وصار لهم منعة[6].

---

[1] سبقت ترجمته ص 40

[2] سبقت ترجمته ص 89

[3] سبقت ترجمته ص 89

[4] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي 296/3، وغمز عيون البصائر للحموي، 451/1

[5] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي 296/3، وغمز عيون البصائر للحموي، 451/1

[6] ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، 473

واشترطوا لحرمان الميراث ثلاثة شروط: 1- المباشرة سواء كانت عمداً أم خطأ[1] 2- أن يكون القتل بغير حق 3- أن يكون المباشِر مخاطباً فلا يحرم الصبي والمجنون[2].

وذكر ابن عابدين[3]: أنه إذا شهد شخص بأن فلاناً قتل فلاناً عمداً فقضى القاضي بالقتل فقُتِل، ثم رجعا عن الشهادة فتجب عليهما الدية لا القصاص؛ لأن القتل منهما ليس مباشرة ولا تسبباً لأن السبب ما يفضي إليه غالباً ولا يفضي بالشهادة هنا؛ لأن العفو مندوب إليه، وتجب الدية في مال الشاهدين لا على عاقلتهما، والدية التي تكون على الشاهدين تكون في مالهما في ثلاث سنين ولا كفارة عليهما، ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدي المشهود عليه فإنهما يرثانه ويرث الشاهدان المشهودَ عليه لو كانا وارثين له[4].

ثانياً: ونص المالكية على أن قاتل العمد على وجه الظلم والعدوان مانع من الميراث مطلقاً فلا يرث لا من المال ولا من الدية، وأما قاتل الخطأ فيرث من المال دون الدية فيعطيها كاملة ولا يرث منها شيئاً ويرث من غيرها إن كان، وأما قاتل العمد على وجه شرعي فإنه يرث[5].

ولو كان القتل عمداً غير عدوان، نحو أن يقتل الحاكم ولده قصاصاً، فهذا يورث عند المالكية[6].

---

[1] ذلك أن القتل عند الحنفية على خمسة أنواع: عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب:

1- **العمد**: وهو ما يكون فيه تعمد ضرب بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح، كالمحدد من الخشب والنار، وموجب ذلك الإثم والقود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا، ويحرم من الميراث.

2- **شبه العمد**: وهو عند أبي حنيفة: أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد، وشبه العمد: أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً وموجب ذلك على القولين الإثم والكفارة والدية مغلظة على العاقلة ويتعلق به حرمان الميراث.

3- **الخطأ**: وهو على نوعين: أ-خطأ في القصد: وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم. ب- وخطأ في الفعل: وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه، ويحرم من الميراث.

4- **ما أجري مجرى الخطأ**: مثل النائم الذي ينقلب على رجل فحكمه حكم الخطأ في الشرع، فيحرم من الميراث.

5- **القتل بسبب**: كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه، وموجبه: إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث؛ لعدم قتل المتسبب حقيقة. [ينظر: متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، لبرهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ت: 593هـ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د.ت، 239، وحاشية ابن عابدين 508/5]

[2] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 557/8

[3] سبقت ترجمته ص 12

[4] ينظر: حاشية ابن عابدين، 508/5

[5] ينظر: شرح ميارة الفاسي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، ت: 1072هـ، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1420هـ- 2000م، 521/2، ومنح الجليل لعليش، 691/9

[6] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 422/6

وحكم الوصية للقاتل عندهم كحكم الإرث[1].

وقالوا: إذا عَلِم الموصي بأن الموصى له هو الذي ضربه عمداً أو خطأ صح الإيصاء منه، وتكون الوصية في الخطأ في المال والدية، وفي العمد في المال فقط، فإن لم يعلم الموصي فعندهم تأويلان في صحة إيصائه وعدمها[2].

ثالثاً: وقال الشافعية: كل قاتل يطلق عليه اسم القتل صغيراً كان أم كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، عامداً أو خاطئاً، محقاً أو مبطلاً لا يرث، واستدلوا الأدلة الآتية:

1) بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: ((ليس للقاتل شيء، وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه، ولا يرث القاتل شيئاً))[3]. ويناقَشون بأن هذا الحديث منقطع.

2) وبأن موانع الإرث يستوي فيها الصغير والكبير والمجنون والعاقل.

3) وبأنه قتل مضمون فوجب أن يمنع الإرث كالبالغ العاقل.

4) ولأن كل فعل لو صدر عن الكبير قطع التوارث فإذا صدر عن الصغير وجب أن يقطع التوارث[4].

ولا يخلو حال القتل من أن يكون عن سبب أو مباشرة:

أولاً: فإن كان عن سبب فعلى نوعين:

1- أن لا يوجب الضمان، كرجل حفر بئراً في ملكه فسقط فيها أخوه فإذا مات لم يسقط ميراثه بشيء منها؛ لأنه غير منسوب إلى القتل لا اسماً ولا حكماً.

2- أن يكون السبب موجباً للضمان كوضعه حجراً في طريق أو حفر بئر في غير ملك، فإذا مات بسبب ذلك ذو قرابته فلا يرث عندهم.

ثانياً: أن يكون القتل مباشرة، فهذا على نوعين:

1- أن يكون بغير حق فيكون مانعاً من الميراث في جميع الأحوال من عمد أو خطأ في صغر أو كبر في عقل أو جنون.

2- أن يكون بحق كالقصاص وما في معناه، فهذا على نوعين:

أ- أن يكون قتلاً وهو مخير في فعله وتركه كالقود إذا أوجب له فلا يرث به.

ب- أن يكون قتلاً واجباً كالحاكم والإمام إذا قتل أخاه قوداً لغيره، فمذهب الشافعي[5] لا ميراث له اعتباراً بالاسم[6].

---

[1] ينظر: المدونة الكبرى، للإمام مالك، 347/4

[2] ينظر: حاشية الدسوقي، 426/4

[3] سبق تخريجه ص 91

[4] ينظر: الحاوي للماوردي، 85/8-86

[5] سبقت ترجمته ص 32

[6] ينظر: الحاوي للماوردي، 86/8

فعندهم أن كل قاتل لا يرث من مقتوله وإن قتله بحق كقود أو دفع صائل، سواء أكان بسبب أم شرط أم مباشرة، وإن كان مكرهاً أو حاكماً أو شاهداً أو مزكياً؛ لأنه لو ورث لاستعجل الورثة قتل مورثهم فيؤدي إلى خراب العالم، فاقتضت المصلحة منع إرثه مطلقاً نظراً لمظنة الاستعجال[1].

رابعاً: وذهب الحنابلة إلى أن القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق كالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجراه كالقتل بالسبب، وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة[2]؛ لأن القتل بحق القاتل غير متهم فيه، ولا يأثم فيه، فأشبه القتل في الحد، وحرمانه من الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم، ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم[3].

وقالوا: من انفرد بقتل مورثه أو شارك فيه مباشرة أو تسبباً كحفر بئر تعدياً فلا يرثه، وإن قتل بحق قوداً أو حداً أو كفراً، أو قتل العادل الباغي أو قتل الباغي العادل فيرثه؛ لأنه فعل مأذون فيه فلا يمنع من الميراث[4].

وسبب الخلاف: معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للمصلحة، فالمصلحة تقتضي أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى القتل، واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع[5].

الترجيح: القول الراجح مذهب الجمهور عدا الشافعية؛ لأن ما ذكره الشافعية من وجه المصلحة غير قوي؛ لأن القتل الذي يستعجل به الوارث لحصوله على الإرث لا يكون قتلاً بحق بل يكون عدواناً، بل المصلحة توريثه فما ذنب القاضي الذي حكم بقتل ابنه مثلاً أن يحرم من الميراث وقد قضى بالعدل؟! وقد اقترب اجتهاد محكمة النقض من هذا حيث نص على أن: "القتل المانع من الإرث هو القتل العمد لا القتل الذي يشمله العذر" (القرار رقم 99/92 تاريخ 1971/2/28 المحامون لعام 1971 ص 130)[6].

رأي القانون: نص القانون في المادة 264 على أنه "يمنع من الإرث ما يلي:

أ- موانع الوصية المذكورة في المادة 223

---

[1] ينظر: نهاية المحتاج للرملي، 28/6

[2] ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع، لأبي الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: 682 هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ت، 377/9، و219/7

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 366/6

[4] ينظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد- مؤسسة الرسالة، د.ت، 502

[5] ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 360/2

[6] قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /59/ لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، و أسبابه الموجبة مع بعض الاجتهادات عن محكمة النقض السورية، إعداد وتنسيق: ممدوح عطري، مؤسسة النوري، دمشق، عام 2011م، 113

ب- اختلاف الدين بين المسلم وغيره.

جـ- لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين"[1].

وقد نصت المادة 223 على أنه:

يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة:

أ- قتل الموصى له للموصي قصداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة.

ب- تسببه قصداً في قتل الموصي، ويعتبر من التسبب شهادته عليه زوراً إذا أدت إلى قتله.

فحال من يقتل الموصي قصداً تقوم مقام رغبته في استعجاله الحصول على الوصية، فيعامل بنقيض قصده ويحرم من الوصية.

---

(1) وقد أحسن القانون إذ منع إرث الأجانب، حتى لا تنقل الثروة إلى خارج البلاد، لكن كان الأولى أن يقصرها على بلاد غير المسلمين؛ لأن في نقل الأموال إليهم تقوية لهم علينا.

المبحث الرابع: أقسام دلالة الحال من حيث بنيتُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية

قد تكون دلالة الحال وصفاً بسيطاً وقد تكون وصفاً مركباً.

المطلب الأول: كونها وصفاً بسيطاً

يقال: "بسط الشيء: نشره... وانبسط الشيء على الأرض"[1] والبسيط أيضاً: "ضد المركب وما لا تعقيد فيه"[2]، ويطلق على كل شيء لا يتصور فيه تركيب وتأليف ونظم[3].

ودلالة الحال البسيطة: هي التي لم تتركب من أجزاء[4].

وبناء الحكم على الوصف البسيط راجح على بنائه على الوصف المركب؛ لأن البسيط متفق عليه؛ ولأن الاجتهاد فيه أقل فيبعد عن الخطأ بخلاف المركب، وقال القرافي[5] وإمام الحرمين الجويني[6]: هما سيان، وقيل: إن دلالة الحال الكثيرة الأوصاف أولى[7].

ومعظم الأمثلة السابقة لدلالة الحال من قبيل الوصف البسيط، كقيام الصيغة في العقود مقام التعبير عن الإرادة الخفية.

المطلب الثاني: كونها وصفاً مركباً

---

[1] لسان العرب، لابن منظور، مادة بسط، 259/7

[2] المعجم الوسيط، مادة بسط، 56/1

[3] ينظر: تاج العروس، لمرتضى الزبيدي، مادة بسط، 143/19

[4] ينظر: الإبهاج لابن السبكي، 139/3

[5] سبقت ترجمته ص 28

[6] الجويني هو: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف العلامة إمام الحرمين ضياء الدين أبو المعالي الجويني، رئيس الشافعية بنيسابور ولد في محرم سنة 410هـ، من تصانيفه: "غياث الخلق في اتباع الحق" يحث فيه على الأخذ بمذهب الشافعي دون غيره، وكتاب "البرهان في أصول الفقه"، و"التلخيص مختصر التقريب والإرشاد في أصول الفقه"، توفي في ربيع الآخر سنة 478هـ ودفن بداره ثم نقل بعد سنين فدفن بجانب والده. [طبقات الشافعية، لأبي بكر تقي الدين بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، ابن قاضي شهبة، ت: 851هـ، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب- بيروت، ط1، عام 1407 هـ، 255/1-256]

[7] ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول، لأبي محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، ت: 772هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1420هـ- 1999م، 390، والتقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 230/3

"التركيب: إثبات الشيء في الشيء، كتركيب الفص في الخاتم"[1]، والتركيب أيضاً: "جمع الحروف البسيطة ونظمها لتكون كلمة"[2].

والتركيب في علم الفلسفة: تأليف الشيء من مكوناته البسيطة ويقابله التحليل[3].

ويقسم المركب إلى مركب جملة ومركب غير جملة.

أولاً: المركب الجملة: هو اللفظ الذي وضع لإفادة نسبة، أي إسناد إحدى الكلمتين إلى الأخرى لإفادة المخاطب معنى يصح السكوت عليه، مثل: زيد قائم، فيخرج عنه المركب الإضافي، مثل: غلام زيد؛ لأنه لم يُفِد المخاطب معنى يصح السكوت عليه.

والجملة لا تتألف إلا من اسمين، أو من فعل واسم؛ لأن الجملة تتضمن الإسناد، والإسناد يقتضي مسنداً ومسنداً إليه[4].

ثانياً: المركب غير الجملة: هو المركب الذي لم يوضع لإفادة نسبة، ويسمى مفرداً[5].

وتكون الصفة من قبيل الوصف المركب، ودلالة الحال المركبة: وهي التي لها أجزاء كالقتل العمد العدوان، بوصفه مانعاً للقاتل من إرث ودية قاتله[6].

فهو مركب من ثلاثة أوصاف: القتل جزء، والعمدية جزء، والعدوان جزء، ودلالة الحال مركبة من الصفات الثلاث، وقد سبق تفصيل الأحكام الفقهية للعمد العدوان، وهذه الأوصاف الثلاثة أوصاف ظاهرة ومنضبطة ومناسبة للحكم بالحرمان من الإرث.

---

[1] شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، لنشوان بن سعيد الحميري اليمني، ت: 573هـ، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري، ومطهر بن علي الإرياني، ويوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر، لبنان- بيروت، دار الفكر، سورية- دمشق، ط1، عام 1420هـ- 1999م، 2618/4

[2] التعريفات للجرجاني، 56

[3] المعجم الوسيط، مادة ركب، 368/1

[4] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء الأصفهاني، 155/1، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب- لبنان- بيروت، ط1، عام 1419هـ- 1999م، 354/1

[5] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء الأصفهاني، 157/1، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين السبكي، 354/1

[6] ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي، 139/3

المبحث الخامس: أقسام دلالة الحال من حيث الوضع وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: كونها سبباً لحكم

السبب: كل ما يتوصل به إلى غيره، وهو من السبب وهو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء، ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء[1].

واصطلاحاً: هو الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، فالقيد الأول للاحتراز من الشرط فإنه لا يلزم من وجوده شيء إنما يؤثر عدمه في العدم، والقيد الثاني: احتراز من المانع فإن المانع لا يلزم من عدمه شيء إنما يؤثر وجوده في العدم، والقيد الثالث: احتراز من مقارنة وجود السبب عدم الشرط أو وجود المانع فلا يلزم الوجود أو إخلافه بسبب آخر حالة عدمه فلا يلزم العدم[2].

أو "هو جعل وصف ظاهر منضبط مناطاً لوجود حكم، أي: يستلزم وجودُه وجودَه"[3].

فخطاب الوضع قد يكون متعلَّقُه سبباً لخطاب التكليف، ككون الطلاق سبباً لتحريم الاستمتاع بالزوجة، فالخطاب بتحريم الاستمتاع بسبب الطلاق[4]، وككون الطلاق سبباً لوجوب العدة، فهو من قبيل خطاب الوضع، والمطلقة لو كانت مجنونة ثبت حكم العدة في حقها وإن لم تكن مكلفة[5].

ففيما يتعلق بطلاق الأخرسس فإن إشارته بالطلاق وصف ظاهر منضبط ومناسب للحكم بتحريم الزوجة ولوجوب العدة، حيث أقيمت إشارة الطلاق مقام إرادة الزوج الخفية بتحريم زوجته عليه وربط الحكم بها، فيلزم من وجود إشارة الطلاق تحريم الزوجة ومن عدم وجودها عدم التحريم وعدم وقوع الطلاق.

جاء في شرح المجلة: "فلو طلق شخص زوجته في قلبه أو باع فرسه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر"[6].

---

[1] ينظر: تاج العروس، لمرتضى الزَّبيدي، 38/3، ومختار الصحاح للرازي، 326، ، ولسان العرب لابن منظور، 458/1، مادة "سبب"

[2] ينظر: الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ت: 684هـ، وبحاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط، ت: 723هـ، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، عام 1418هـ- 1998م، 105/1-106، والإبهاج في شرح المنهاج، لتقي الدين السبكي، 205/1-206، وأصول السرخسي، 301/2، والتعريفات للجرجاني، 154

[3] إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ت: 1250هـ، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط1، عام 1419هـ-1999م، 27/1

[4] ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي، 179/1، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي، 278/1، والفروق للقرافي، 101/3، والذخيرة للقرافي، 206/4، والتاج والإكليل للعبدري، 438/1، والمغني لابن قدامة، 523/7

[5] ينظر: كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري، 207/2، والتلويح على التوضيح للتفتازاني، 237/1، والبحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 296/3

[6] درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، 19/1

المطلب الثاني: كونها شرطاً لحكم

الشَرَط بفتحتين لغة: العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها، وأشْرَطَ فلان نفسَه لأمر كذا أي: أعلمها له، ومنه سمي الشُرَط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامةً يُعرفون بها[1]، و"الشرْط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[2].

واصطلاحاً: "هو الذي يتوقف الحكم على وجوده"[3]، ويلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره، فالقيد الأول: احتراز من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء، والقيد الثاني: احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود، والقيد الثالث: احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب فيلزم الوجود، ولكن ليس ذلك لذاته بل لأجل السبب أو قيام المانع فيلزم العدم لأجل المانع لا لذات الشرط، والقيد الرابع: احتراز من جزء العلة فإنه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم غير أنه مشتمل على جزء المناسبة، فإن جزء المناسب مناسبة[4].

أو هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل: هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم ذلك، أو يستلزم عدم السبب، لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب[5].

مثال كون دلالة الحال شرطاً: تحقق حياة الوارث بعد موت المورث[6]، أو إلحاقه بالأحياء تقديراً،

---

[1] ينظر: مختار الصحاح، للرازي، 354، ولسان العرب لابن منظور، 329/7، مادة شرط

[2] تاج العروس، لمرتضى الزَّبيدي، مادة شرط، 404/19

[3] ينظر: قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي، ت: 489هـ، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1418هـ-1999م، 112/1، وتخريج الفروع على الأصول، لأبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار الزَّنْجاني، ت: 656هـ، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط2، عام 1398هـ، 352

[4] ينظر: الفروق للقرافي، 105/1-106

[5] ينظر: أصول السرخسي، 302/2-303، وإرشاد الفحول للشوكاني، 27/1، والإبهاج للسبكي، 205/1-206، والتعريفات للجرجاني، 166

[6] شروط الإرث ثلاثة ذكرت واحداً في المتن وبقي شرطان هما:

الأول: تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى حكماً كما في المفقود إذا حكم القاضي بموته، أو تقديراً كما في الجنين الذي انفصل بجناية على أمه توجب غرة.

الثاني: العلم بالجهة المقتضية للإرث من زوجية أو قرابة أو ولاء، وتعين جهة القرابة من بنوة أو أبوة أو أمومة أو أخوة أو عمومة، والعلم بالدرجة التي اجتمع الميت والوارث فيها.

ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 577/8، وبلغة السالك للصاوي، 400/4، وحاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي، ت: بعد 1302هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوريع، ط1، عام 1418هـ- 1997م، 223/3، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر، بيروت، د.ت، 382/2، وكشاف القناع للبهوتي، 405/4، والموسوعة الكويتية، مصطلح إرث، 22/3

كالحمل إذا انفصل حياً حياة مستقرة بوصفه شرطاً من شروط الإرث [1]، ذلك أن الحمل يرث من التركة بشرطين:

1- إذا علم بأنه كان موجوداً في البطن عند موت المورث.

2- انفصاله حياً[2].

فالحمل خفي في بطن أمه لا تدرى حياته أو وفاته؛ ولأنه لا يمكن ضبط هذا الأمر فأقيمت المدة -التي هي وصف ظاهر منضبط مناسب للحكم- التي يولد فيها الحمل مقام تحقق حياته عند موت مورثه لخفائها وفق التفصيل الآتي:

ذكر الحنفية أنه يعلم وجود الحمل في البطن إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ موت المورث؛ لأن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا يرث الحمل إذا كان النكاح قائماً بين الزوجين، وإن كانت معتدة فحينئذ إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ وقعت الفرقة بموت أو طلاق فيرث، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ موت المورث فيرث إذا انفصل حياً، وضابط انفصاله حياً أن يستهل صارخاً، أو يعطس، أو يتحرك بعض أعضائه بعد الانفصال، فإن خرج بعضُه فتحرك: فإن خرج أكثره فتحرك عضو من أعضائه فهذا دليل على أنه حي، وإن خرج أقلُّه فلا يكون دليل كونه حياً.

وإنما يشترط في التوريث انفصال الولد حياً؛ لأنه لا يمكن معرفة حقيقة حال الحمل عند موت المورث، فإذا انفصل واستهل فهو دليل حياته، فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما[3] قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((إذا استهل الصبي صلي عليه وورث))[4].

وإذا كان الخارج بعضه فإن خرج أكثره فحكم الأكثر حكم الكل، وإن كان الخارج أقله فكأنه لم يخرج منه شيء بعد لأن الأقل تبع للأكثر[5].

---

[1] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 577/8، وبلغة السالك للصاوي، 400/4، وحاشية إعانة الطالبين للبكري، 223/3، والإقناع للشربيني، 382/2، وكشاف القناع للبهوتي، 405/4، والموسوعة الكويتية، مصطلح إرث، 22/3

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 50/30، وأسنى المطالب لزكريا الأنصاري، 18/3-19، والإقناع لأبي النجا الحجاوي، 108/3، والمغني لابن قدامة، 384/6

[3] جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري، من بني سلمة، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صغير، ولم يشهد الأولى، شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم ثماني عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي رضي الله عنه، وتوفي سنة 74هـ، وقيل: سنة 78هـ بالمدينة، عن 94 سنة. [الاستيعاب لابن عبد البر، 219/1-220]

[4] أخرجه ابن ماجه في سننه -واللفظ له- كتاب الجنائز- باب ما جاء في الصلاة على الطفل- رقم 1508، ج483/1، والحاكم في المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، ت: 405هـ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1411هـ- 1990م- كتاب الفرائض- حديث: 8023، ج 388/4، وقال الذهبي: " على شرط البخاري ومسلم" "قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه". [البدر المنير لابن الملقن 234/5] وذكره البخاري في "صحيحه" تعليقاً من قول الزهري: " يصلى على كل مولود متوفى... إذا استهل صارخاً صلي عليه، ولا يصلى على من لا يستهل، من أجل أنه سقط"، صحيح البخاري- كتاب الجنائز- باب إذا أسلم الصبي فمات- حديث: 1358، ج 94/2

[5] ينظر: المبسوط للسرخسي، 50/30- 52

وذهب الشافعية[1] إلى أنه لا يرث إلا إذا ولد كله حياً، وهو ما يفهم من نص المادة 300 من القانون[2].

وقد نص عليه القانون في المادة 260 منه على أنه:

1- يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي.

2-يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً، ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة 236

ونصت المادة 236 من القانون على أنه:

1- تصح الوصية للحمل المعين وفقاً لما يلي:

أ- إذا أقر الموصي بوجود الحمل حين الإيصاء يشترط أن يولد حياً لسنة فأقل من ذلك الحين.

ب- إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حياً لسنة فأقل من ذلك الحين.

ج- إذا لم يكن الموصي مقراً ولا الحامل معتدة يشترط أن يولد حياً لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية.

د- إذا كانت الوصية لحمل من شخص معين يشترط مع ما تقدم أن يثبت نسب الولد من ذلك الشخص.

2- توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

المطلب الثالث: كونها مانعاً من حكم

المانع: المنع ضد الإعطاء، والمانع في أسماء الله عز وجل هو الذي يمنع من استحق المنع، وقيل: يمنع أهل دينه أي: يحوطهم، والموانع: جمع مانع[3].

والمانع اصطلاحاً: هو الذي يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، فالقيد الأول: احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود، والقيد الثاني: احتراز من الشرط، والقيد الثالث: احتراز من مقارنة عدمه لعدم الشرط فيلزم العدم أو وجود السبب، فيلزم الوجود لكن بالنظر لذاته لا يلزم شيء من ذلك، بعد هذا يتبين لنا أن المعتبر من المانع وجوده ومن الشرط عدمه ومن السبب وجوده وعدمه[4].

ومثال كون دلالة الحال مانعاً: وصف العمد العدوان الذي يحرم من الميراث، ويُعرف القاتل عمداً بالآلة التي قتل بها لأنها تقوم مقام قصد القتل.

---

[1] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، مع حواشي الشرواني والعبادي، 423/6، ونهاية المحتاج للرملي، 30/6

[2] حيث نصت على أنه "إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً ثابت النسب منه بالشرائط المبينة لثبوت النسب في هذا القانون".

[3] ينظر: مختار الصحاح، للرازي، 642، ولسان العرب لابن منظور، 343/8، وتاج العروس للزبيدي، 218/22- 222 مادة منع

[4] ينظر: الفروق للقرافي، 106/1، وإرشاد الفحول للشوكاني، 27/1، والإبهاج للسبكي، 206/1، والتعريفات للجرجاني، 250

ويشترط في آلة القتل أن تفرق الأجزاء؛ لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله، ودليله استعمال القاتل آلته فأقيم الدليل مقام المدلول؛ لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في الأحكام الشرعية، ولا يقبل قول القاتل إنه لم يقصد قتله، بخلاف ما لو أقر وقال: أردت قتل غير المقتول فيحمل على الأدنى وهو القتل الخطأ[1].

[1] ينظر: حاشية ابن عابدين، 527/6، والأشباه والنظائر لابن نجيم، 22، والتقرير والتحبير لابن أمير حاج، 114/1

المبحث السادس: أقسام دلالة الحال من حيث بناء الحكم على الوصف الوجودي أو العدمي وأمثلتها من الأحوال الشخصية

المطلب الأول: بناء الحكم العدمي على الوصف الوجودي

أبدأ أولاً ببيان تعريف مصطلحي الوجودي والعدمي.

أولاً: العدم لغة: "الفقر"[1]، "والعَدَمُ والعُدْمُ والعُدُمُ: فقدان الشيء وذهابه، وغلب على فقد المال وقلَّته"[2]، وهو ضد الوجود، فهو عبارة عن لا وجود، والعدم المطلق: هو الذي لا يضاف إلى شيء، وهو لا يتصور أصلاً فلا يتحقق لا ذهناً ولا خارجاً، ويقابله الوجود بالمعنى الأعم، فيتحقق ذهناً وخارجاً.

والعدم المقيد: ما يضاف إلى شيء نحو: عدم كذا، والعدم المحض: هو الذي لا يوصف بكونه قديماً ولا حادثاً ولا شاهداً ولا غائباً[3].

ثانياً: الوجود لغة: الظفر بالشيء، يقال: وجد مطلوبه يجِده –بالكسر– وجوداً، وأوجده الله مطلوبه أي: أظفره به، والوجد –بفتح وضم وكسر الواو– اليسار والسعة، ووجد الشيءَ عن عدم، فهو موجود[4].

والوجود الخارجي: عبارة عن كون الشيء في الأعيان.

والوجود الذهني: عبارة عن كون الشيء في الأذهان[5].

والوصف الوجودي عند الفقهاء: ما لا يكون العدم داخلاً في مفهومه، والعدمي بخلافه، كعدم كذا[6].

---

[1] مختار الصحاح للرازي، مادة عدم، 203

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة عدم، 392/12

[3] ينظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي، 655

[4] ينظر: لسان العرب لابن منظور، 445/3-446، ومختار الصحاح للرازي، 333 مادة وجد

[5] ينظر: الكليات لأبي البقاء الكفوي، 925

[6] ينظر: الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، لحسن بن عمر بن عبد الله السيناوني المالكي، ت: بعد 1347هـ، مطبعة النهضة، تونس، ط1، عام 1928م، 126/2

يصح تعليل الحكم الوجودي بالوصف الوجودي والحكم العدمي بالوصف العدمي إجماعاً.

أما تعليل الحكم الوجودي بالوصف العدمي ففيه خلاف، ومذهب الجمهور الجواز خلافاً للحنفية المانعين وهو مذهب الآمدي وابن الحاجب وابن السبكي.

أما تعليل الحكم العدمي بالوصف الوجودي فهو بناء الحكم على المانع، واختلف الأصوليون هل من شرط التعليل بالمانع وجود المقتضي أو ليس من شرطه؟ والأكثر على أن وجود المقتضي شرط لأن الحكم إذا لم توجد العلة فيه يكون انتفاؤه لانتفائها لا لوجود المانع، وما عليه الجمهور من صحة التعليل بالمانع اشتراط بيان وجود المقتضي، وهو اختيار الآمدي وخالف الحنفية ورأوا صحة تعليل الحكم العدمي بالوصف الوجودي من غير توقف على وجود المقتضي، وبه قال الفخر الرازي والبيضاوي وابن السبكي وابن الحاجب والقرافي. [ينظر: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني، ت:771هـ، تحقيق: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، عام1419هـ- 1998م، 673-675] [وينظر أيضاً: مذكرة في أصول الفقه، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني ا لشنقيطي، ت: 1393هـ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، عام 2001م، 334- 335]=

ومثال بناء الحكم العدمي على الوصف الوجودي: الحكم بعدم الميراث بسبب الكفر.

والكفر لغة: ضد الإيمان، ويطلق على جحود النعمة وهو ضد الشكر، والكَفر -بالفتح- التغطية، والكافر الليل المظلم؛ لأنه ستر بظلمته كل شيء، وكل شيء غطى شيئاً فقد كفره، ومنه سمي الكافر؛ لأنه يستر نعم الله عليه، والكافر الزارع لأنه يغطي البذر بالتراب[1].

وشرعاً هو: "إنكار ما علم ضرورة أنه من دين محمد صلى الله عليه وسلم كإنكار وجود الصانع ونبوته عليه الصلاة والسلام وحرمة الزنى ونحوه"[2].

وألفاظ الكفر أقسام:

الأول: ما يتعلق بالله تعالى، كما إذا وصف الله تعالى بما لا يليق به، أو سخر باسم من أسمائه أو بأمر من أوامره، أو أنكر صفة من صفات الله تعالى.

الثاني: ما يتعلق بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام فمن لم يقر ببعض الأنبياء، أو لم يرضَ بسنة من سنن المرسلين عليهم الصلاة والسلام فقد كفر.

الثالث: ما يتعلق بالقرآن والأذكار والصلاة ونحوها، كما إذا أنكر آية من القرآن واستخف بالقرآن أو بالمسجد[3].

ويشمل الكفرُ الردةَ، والارتداد لغة: الرجوع، ومنه المرتد، والرِّدة -بالكسر- اسم من الارتداد[4].

"وشرعاً: قطع الإسلام بِنِيَّة أو قول أو فعل مكفر"[5]، أو الرجوع عن الإسلام إلى الكفر وقطع الإسلام ويحصل تارة بالقول وتارة بالفعل وتارة بالاعتقاد[6].

ومثال الكفر بالفعل: رمي المصحف في القاذورات أو السجود للصنم، أو التردد للكنائس في أعياد النصارى بزيهم، أو إنكار ما علم من الدين بالضرورة[7].

ويتضح من التعريفين من الردة تكون بعد الإسلام أما الكفر فيكون ابتداء.

= قلت: وما كان في العلة من خلاف يمكن أن ينسحب على دلالة الحال، فيمكن أن يقال: يصح بناء الحكم الوجودي على الوصف الوجودي، وبناء الحكم العدمي على الوصف العدمي إجماعاً، أما بناء الحكم الوجودي على الوصف العدمي، وبناء الحكم العدمي على الوصف الوجودي ففيه خلاف، والراجح جواز بناء الأحكام على هذه الأنواع الأربعة، كما سيتبين من الأمثلة.

[1] ينظر: مختار الصحاح للرازي، مادة كفر، 271

[2] المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، 84/3

[3] ينظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده، 690/1-692

[4] ينظر: مختار الصحاح للرازي، مادة ردد، 121

[5] التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، 176

[6] ينظر: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر تقي الدين بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني الشافعي، ت: 829هـ، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير- دمشق، ط1، عام 1994م، 493، وروضة الطالبين للنووي، 65/10، ومغني المحتاج للشربيني، 427/5

[7] ينظر: الفروق للقرافي، 115/4-116، والذخيرة للقرافي، 13/12، والوسيط في المذهب للغزالي، 425/6

فالكفر من حيث إنه قول أو فعل وصف ظاهر منضبط أقيم مقام التعبير عما في الباطن الذي هو الاعتقاد الخفي، فإذا صدر من الوارث أو المورِّث قول أو فعل مكفِّر حكم بكفره وقطع التوارث بينهما، فالحكم العدمي عدم استحقاق الإرث، بني على وصف وجودي وهو الكفر الذي يدل على حال الكافر.

قال الزركشي[1]: "لما كان عدم التصديق -يعني الإيمان بالله ورسوله عليه الصلاة والسلام- باطناً لا يُطلَع عليه، جعل الشرع له مُعرِّفات يدور الحكم الشرعي عليها"[2].

ودليل منع التوريث عند اختلاف الدين حديث النبي عليه الصلاة والسلام: ((لا يرث المسلمُ الكافرَ، ولا الكافرُ المسلمَ))[3].

أما مال المرتد، فلا خلاف في أن المرتد إن عاد وأسلم أن أمواله تبقى على حكم ملكه السابق، وأنه إن مات المرتد أو قتل على ردته فينتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين، ويكون ما اكتسبه في حال ردته فيئاً عند أبي حنيفة[4]، وقال أبو يوسف[5] ومحمد[6]: كلاهما لورثته[7].

وعند المالكية يكون ماله فيئاً غير موروث قبل الردة أو بعدها[8].

وقال الشافعية: إن ماله لا يورث بل يكون فيئاً لبيت المال، سواء في ذلك ما اكتسبه في حال إسلامه أو في حال ردته، وسواء قلنا: إن ملكه يزول أو لا يزول أو موقوف[9].

وذهب الحنابلة قريباً من مذهبهم حيث نصوا على أن المرتد لا يرث أحداً بقرابة لاختلاف دين مورثه لأنه لا يقر على ردته، ولا يورث عنه شيء مما اكتسبه حال الإسلام أو الردة بل يكون فيئاً، ويكون ملكه موقوفاً فإن أسلم ثبت ملكه وإن قتل أو مات كان ماله فيئاً[1].

---

[1] محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين أبو عبد الله المصري الزركشي ولد سنة 745هـ، أخذ عن الشيخين جمال الدين الإسنوي وسراج الدين البلقيني، ورحل إلى حلب وسمع الحديث بدمشق، كان فقيهاً أصولياً أديباً، ودرس وأفتى، له: تكملة شرح المنهاج الإسنوي والنكت على البخاري والبحر في الأصول، وشرح جمع الجوامع للسبكي، وتخريج أحاديث الرافعي، توفي في رجب سنة 794 هـ. [ينظر: طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة، 3/167-168]

[2] المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، 3/85

[3] أخرجه البخاري -واللفظ له- عن أسامة بن زيد- كتاب الفرائض- باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، رقم:6764، ج8/156، ومسلم- كتاب الفرائض، رقم: 1614، ج 3/1233

[4] سبقت ترجمته ص 40

[5] سبقت ترجمته ص 89

[6] سبقت ترجمته ص 89

[7] ينظر: فتح القدير، للكمال بن الهمام، 6/75

[8] ينظر: التلقين للتغلبي، 2/195، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، ت: 1125هـ، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، 2/201

[9] ينظر: المجموع للنووي، 16/59

والراجح قول أبي حنيفة[2]؛ لأن ما اكتسبه المرتد قبل ردته حق له شأنه شأن كل المسلمين، فلا يعاقب على ما اكتسبه حال الإسلام، والخلاصة: أن اختلاف الدين بين الوارث والمورث مانع من الإرث.

المطلب الثاني: بناء الحكم العدمي على الوصف العدمي

قد يكون الحكم عدمياً ويبنى على وصف عدمي أيضاً، ومثاله: عدم صحة الوصية الزائدة عن الثلث لعدم إجازة الورثة، فعدم إجازة الورثة وصف ظاهر منضبط أقيم مقام إرادتهم الباطنة بعدم رضاهم إجازةَ ما زاد عن الثلث وهي تدل بذلك على حال الورثة.

فإن أوصى إنسان بأكثر من الثلث، فتلزم الوصية في الثلث، وتكون الزيادة عليه موقوفة على إجازة الورثة وردّهم، وتكون الإجازة بقول المورث بلفظ: أجزت أو أمضيت أو نفذت[3].

ويستدل لعدم صحة الوصية الزائدة عن الثلث بالآتي:

1-منعه عليه الصلاة والسلام لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه[4] من أن يزيد في الوصية على ثلث ماله وقوله له: ((الثلث والثلث كبير -أو كثير- إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))[5].

2-عن أبي هريرة رضي الله عنه[6] قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم))[1]، وجه الاستدلال: أنه يدل على أنه لا شيء للموصي في الزائد على الثلث[2].

---

[1] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 182/6، ومختصر الخرقي من مسائل الإمام أحمد بن حنبل، لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي، ت: 334هـ، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، عام 1403هـ، 123

[2] سبقت ترجمته ص 40

[3] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 335/7، والفواكه الدواني للنفراوي، 133/2، والقوانين الفقهية لابن جزي، 266، والحاوي الكبير للماوردي، 213/8، والروض المربع للبهوتي، 468-469

[4] سعد بن أبي وقاص، كان سابع سبعة في الإسلام أسلم وهو ابن تسع عشرة سنة، وشهد بدراً والحديبية وسائر المشاهد، وهو أحد الستة الذين جعل عمر فيهم الشورى، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله، اختلف في وقت وفاته، فقال الواقدي: توفي سنة 55هـ وهو ابن بضع وسبعين سنة، وقال أبو نعيم: مات سعد بن أبي وقاص سنة 58هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر، 606/2-610]

[5] أخرجه البخاري -واللفظ له- في كتاب الجنائز- باب رثاء النبي سعد بن خولة، رقم: 1295، ج81/2، ومسلم- كتاب الوصية- باب الوصية بالثلث، رقم: 1628، ج1250/3

[6] سبقت ترجمته ص 24

3-عن عمران بن حصين رضي الله عنه[3]، "أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرقَّ أربعة، وقال له قولاً شديداً"[4]، وجه الاستدلال: أن هذا الحديث يدل أيضاً على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز الورثة، ويجوز بإجازتهم لأن الحق لهم[5].

والوصية بما زاد عن الثلث موقوفة على إجازة الورثة عند الحنفية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب ، فإن أجاز الورثة فإجازتهم تنفيذ، أي: إمضاء لتصرف الموصي بالزائد، وإن ردوا الزيادة بطلت[6].

وذهب المالكية والحنابلة في قول والشافعية في قول كذلك إلى بطلان الوصية بالزائد عن الثلث[7].

واختلفوا في تكييف إجازة الورثة -في حال الوصية للوارث أو بما زاد على الثلث- هل هي هبة مبتدأة فتجري عليها أحكام الهبة، أم هي إمضاء لتصرف الموصي؟

فهي عطية من الورثة في المشهور عند المالكية وهو مذهب المدونة لا تنفيذ لوصية الموصي، وهو قول عند الشافعية[8]، وتحتاج لقبول على هذا القول، ويكون فعل الميت محمولاً على الرد حتى يجاز، وعلى القول المقابل

---

(1) أخرجه ابن ماجه -واللفظ له- كتاب الوصايا- باب الوصية بالثلث- حديث: 2709، ج904/2، والإمام أحمد في مسنده، مسند القبائل، حديث أبي الدرداء، حديث: 27482، ج 475/45، "وفي إسناده أبو بكر بن أبي مريم وفيه ضعف، يخلط كثيراً، قال ابن حبان: رديء الحفظ، لا يحتج به إذا انفرد". [البدر المنير لابن الملقن، 255/7]

(2) ينظر: المغني لابن قدامة، 146/6

(3) عمران بن حصين بن عبيد الخزاعي الكعبي، يكنى أبا نجيد، أسلم عام خيبر، وكان من فضلاء الصحابة وفقهائهم، روى عن النبي عليه الصلاة والسلام عدة أحاديث، وكان إسلامه عام خيبر، وغزا عدة غزوات، وكان صاحب راية خزاعة يوم الفتح، روى عنه ابنه نجيد، وأبو الأسود الدؤلي، وربعي بن حراش، وعن أبي الأسود الدؤلي، قال: قدمت وكان عمر بعثه إلى البصرة ليفقّه أهلها، ومات بها سنة 52 هـ في خلافة معاوية، وكان قد اعتزل الفتنة فلم يقاتل فيها. [ينظر: الاستيعاب لابن عبد البر، 1208/3، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر، 585/4-586]

(4) أخرجه مسلم، كتاب الأيمان- باب من أعتق شركاً له في عبد، رقم: 1668، ج1288/3

(5) ينظر: المغني لابن قدامة، 146/6

(6) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 335/7، والشرح الصغير للدردير، 585/4-586، ومغني المحتاج للشربيني، 78/4، والإنصاف للمرداوي، 194/7

(7) ينظر: الشرح الصغير للدردير، 585/4-586، والكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، 1024/2، ومغني المحتاج للشربيني، 78/4، والإنصاف للمرداوي، 194/7

(8) ينظر: الشرح الصغير للدردير، 585/4-586، ومغني المحتاج للشربيني، 78/4

للمشهور: إن أجيزت الوصية بما زاد عن الثلث فلا تحتاج لقبول ثان، وعليه يكون فعل الميت محمولاً على الصحة حتى يرد[1].

وظاهر مذهب الحنابلة أن الوصية بما زاد عن الثلث صحيحة في نفسها؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله فيصح، كما لو وصى لأجنبي، لحديث: ((لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة))[2] وجه الاستدلال: أن الاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة، أو يقدر فيه: لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة.

وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة، فإجازة الورثة تنفيذ محض، يكفي فيها قول الوارث: أجزت، أو أمضيت، أو نفذت، فإذا قال ذلك لزمت الوصية، وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة، تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه[3].

والراجح أن الوصية بما زاد عن الثلث صحيحة موقوفة وليست هبة للحديث المذكور.

وذكر الحنابلة أن من لا وارث له تجوز وصيته بجميع ماله، وهذا المذهب عندهم، وعليه جماهير الأصحاب، وروي عن الإمام أحمد[4]: أنه لا تجوز إلا بالثلث[5].

وقد نصت المادة 238 من القانون على أنه:

1- تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة.

2- لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية.

المطلب الثالث: بناء الحكم الوجودي على الوصف العدمي

قد يكون الحكم ثبوتياً ويبنى على وصف عدمي، ومثاله: نفاذ الوصية لعدم رد الموصى له خلال المدة التي حددها القانون، فقد نصت المادة 220 من القانون على أنه تبطل الوصية:

د- برجوع الموصي عن الوصية صراحة أو دلالة.

هـ- برد الموصى له بعد وفاة الموصي وفقاً لما هو مبين في الفصل التالي.

---

[1] ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 586/4

[2] أخرجه الدارقطني في سننه عن عمرو بن خارجة- كتاب الوصايا- رقم: 4296، ج267/5، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الوصايا- باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، رقم: 12450، ج433/6، "رواه الدارقطني بإسناد ضعيف، وقال الشافعي: إنه متواتر". [فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرُّباعي الصنعاني، ت: 1276هـ، تحقيق: علي العمران، دار عالم الفوائد، د.م، ط1، عام 1427هـ، 1345/3]

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 141/6

[4] سبقت ترجمته ص 94

[5] ينظر: الإنصاف للمرداوي، 192/7

وقد بينت ذلك المادة 227 من القانون:

1- يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي وخلال ثلاثين يوماً منها، أو من حين علم الموصى له بالوصية أو لم يكن عالماً حين الوفاة.

2- إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم، أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلاً، وكانت الوصية تركة عنه.

فعدم رد الموصى له الوصية خلال ثلاثين يوماً من وفاة الموصي، وصف ظاهر منضبط مناسب للحكم بنفاذ الوصية، أقيم مقام رضا الموصى له بالوصية لخفائه.

المطلب الرابع: بناء الحكم الوجودي على الوصف الوجودي

وهنا يُبنى حكم ثبوتي أو وجودي على وصف ثبوتي، فالأمران ثبوتيان أو إيجابيان، مثاله: انعقاد العقود والتصرفات بالعبارة أو الكتابة أو الإشارة، فانعقاد العقد أمر وجودي، والعبارة أو الكتابة أو الإشارة أمور وجودية أيضاً، وتشمل هذه العقود والتصرفات الزواج والطلاق والوصية والوقف، فالتعبير عن الإرادة أمر خفي تقوم مقامه العبارة والكتابة والإشارة المفهومة.

استدل الفقهاء لاعتبار الإشارة وسيلة للتعبير بالآتي:

1-أن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب، فالنبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأرض.

2-ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق[1].

3-ولأن "الكتاب بمنزلة الخطاب"[2]، و"القلم أحد اللسانين"[3].

4-ولأن "الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها ونواه، وقع كاللفظ"[4].

واستدلوا لاعتبار الإشارة وسيلة للتعبير بالآتي:

1-بقوله الله تعالى: ﴿قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: 41] وجه الاستدلال: أن الرمز هو الإشارة وقد ثبت اعتباره[5].

---

[1] ينظر: المغني لابن قدامة، 486/7

[2] البحر الرائق لابن نجيم، 544/8

[3] حاشية ابن عابدين، 410/6، وشرح مختصر خليل للخرشي، 77/3، والبيان للعمراني، 105/10

[4] المغني لابن قدامة، 486/7

[5] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 229/4

2-بما ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر رمضان، فضرب بيديه فقال: ((الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا -ثم عقد إبهامه في الثالثة- فصوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن أغمي عليكم فاقدروا له ثلاثين))[1]، وجه الاستدلال: أنه صلى الله عليه وسلم بين الشهر بالإشارة.

3-وبأنه إذا كانت الإشارة بياناً من القادر على النطق فالعاجز أولى[2].

4- وبأن إشارة الأخرس "صارت معهودة، فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة"[3].

وأقتصر في تفصيل القول في التعبير عن الإرادة بالكتابة والإشارة على الطلاق فقط، فقد اتفق الفقهاء على وقوع الطلاق بالكتابة والإشارة مع النية.

والكتاب عند الحنفية على ثلاث مراتب:

1-مستبين ومرسوم: وهو أن يكون معنوناً وهو أن يكتب في صدره: "من فلان بن فلان" حسبما جرت به العادة، فيكون هذا حجة كالنطق.

2-مستبين غير مرسوم: كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار، فيكون لغواً؛ لأن العرف لم يجرِ في إظهار الأمور بهذه الطريقة، فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالبينة والإشهاد عليه.

3-غير مستبين: كالكتابة على الهواء أو الماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى[4].

ويقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة لكن الطلاق بالكتابة والإشارة يحتاج إلى نية، فركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق، أو ما يقوم مقام اللفظ كالكتابة والإشارة[5].

وفي الكتابة المستبينة يُسأل الزوج عن نيته؛ فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال: لم أنو به الطلاق صدق في القضاء؛ لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية[6]؛ لأن الإنسان قد يكتب ويريد به الطلاق، وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية.

وإن كانت الكتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشيء حتى لا يقع به الطلاق وإن نوى؛ لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم، وإن كتب كتابة مرسومة على طريقة الخطاب والرسالة، مثل أن يكتب: أما بعد يا فلانة فأنت طالق، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق، ولو قال: لم أرد به الطلاق أصلاً لا يصدق إلا أن يقول: نويت طلاقاً من وثاق فيصدق فيما بينه وبين

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب الصوم- باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا)) رقم: 1908، ج27/3، ومسلم -واللفظ له- عن ابن عمر رضي الله عنهما- كتاب الصيام- باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، والفطر لرؤية الهلال، وأنه إذا غم في أوله أو آخره أكملت عدة الشهر ثلاثين يوماً، رقم: 1080، ج759/2

[2] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 544/8

[3] البناية شرح الهداية للعيني، 302/5

[4] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 544/8

[5] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 98/3-99

[6] في الأصل "بمنزلة الكتابة" لكن المعنى لايستقيم إلا بما ذكرت

الله عز وجل؛ لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، فرسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب تارة وبالرسل تارة أخرى[1].

والتلفظ بالطلاق ليس بشرط، فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالإشارة المفهومة من الأخرس؛ لأن الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ، والإشارة المفهومة تقوم مقام العبارة[2].

ويلزم الطلاق عند المالكية بالكتابة مع العزم على طلاقها، وإن لم يكن عازماً بالطلاق حال الكتابة، بل كان متردداً أو مستشيراً، فيلزمه الطلاق إن أخرج الكتاب عازماً وأعطاه لمن يوصله ولو لم يصل[3].

وبين الشافعية أنه إذا كتب الأخرس الطلاق، وقع طلاقه، فإن الكتابة أوقع في البيان من الإشارة، ولو كان قادراً على الكتابة.

واتفق الشافعية على أن القادر على النطق إذا كتب الصيغة الجازمة بالطلاق، فإن كتب وقرأ ونوى، وقع طلاقه.

واختلفوا في وقوع الطلاق بالكتابة من القادر على النطق، وفي المسألة عندهم قولان:

أحدهما: أن الطلاق لا يقع؛ لأن الكاتب قادر على العبارة، فليعبر عن مراده بالعبارة التي هي أصل البيان، والكتابة فعل.

والقول الثاني: أن الطلاق يقع، فإن الكتابة مما يتفاهم بها العقلاء، وهي أحد البيانين.

ومنهم من قال: يقع الطلاق بالكتابة مع النية قولاً واحداً[4].

وذكر الحنابلة أنه إذا كتب الناطق الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته، وروي عن الإمام أحمد[5] قول آخر، أنه لا يقع به طلاق وإن نواه؛ لأنه فعل من قادر على النطق، ودليل القول المعتمد أن الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه، وقع كاللفظ[6].

وإنما تشترط النية لأن الكتابة محتملة لعدة أوجه، فيقصد بها تجربة القلم، وتجويد الخط، دون نية الطلاق، وإذا ادعى الزوج بالكتابة غير إرادة الطلاق، قُبِل منه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل في القضاء أيضاً في أصح الوجهين عند الحنابلة[7].

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 109/3

[2] ينظر: المصدر نفسه، 100/3

[3] ينظر: الشرح الصغير للدردير، 568/2

[4] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 73/14-74 ولم ينص الجويني ولا غيره فيما بحثت على أسماء أصحاب هذا القول قال الجويني: "ومن أصحابنا من قال: يقع الطلاق بالكتابة مع النية قولاً واحداً" [المصدر نفسه، 74/14]

[5] سبقت ترجمته ص 94

[6] ينظر: المغني لابن قدامة، 486/7

[7] ينظر: المغني لابن قدامة، 486/7

فقد أجمع الفقهاء على أن الكتابة والإشارة من قبيل الكناية، حيث يكون الطلاق الصريح بألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح، وهذه لا تحتاج إلى نية، ويكون بالكناية ومن الكناية: الكتابة، والإشارة، والكلام الذي يشبه الطلاق، مثل قوله: أنت خليّة، أو بريّة، أو بائن[1].

كذلك اتفق الفقهاء على وقوع طلاق الأخرس بالإشارة المفهمة مع نية الطلاق.

فقد نص الحنفية على أن إشارة الأخرس، وكتابته كالبيان -بخلاف معتقل اللسان- في الوصية والنكاح والطلاق والبيع والشراء والقَوَد[2].

وبينوا أن طلاق الأخرس يقع بالإشارة إن كانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه، سواء قدر على الكتابة أم لا[3].

و"لو قال: أنت طالق هكذا وأشار بثلاث وقعت، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق وأشار بثلاث لم تقع إلا واحدة"[4].

وذكروا أنه "إن كان الأخرس لا يكتب، وكانت له إشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز استحساناً، وفي القياس لا يقع شيء من ذلك بإشارته؛ لأنه لا يتبين بإشارته حروف منظومة"[5].

وتفرد المالكية باعتبار إشارة القادر على الكلام كإشارة الأخرس من حيث وقوع الطلاق بها[6]، لكنهم اشترطوا في الإشارة أن تكون مفهمة بيد أو رأس، والإشارة المفهمة: هي التي يجزم من رآها بقصد الطلاق ولو كانت المرأة لبلادتها لم تفهم منها طلاقاً[7].

وقسم الشافعية الإشارة إلى قسمين: صريحة وكنائية، فالصريحة: ما يفهم منها الطلاق، ولا يختص بفهمها أصحاب الفطنة والذكاء، فهذا المطلق تلحق إشارته بالصريح الذي يفهم منه الطلاق، أما إن ترددت إشارته وكانت صالحة للطلاق ولغيره، أو كان يختص بفهمها الفطن فتلحق بالكناية وتحتاج إلى نية[8].

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 98/3-99، والتلقين للبغدادي، 129/1، واللباب في الفقه الشافعي، لأبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، ابن المحاملي الشافعيّ، ت: 415هـ، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، ط1، عام 1416هـ، 327، والمغني لابن قدامة، 486/7.

[2] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 544/8

[3] ينظر: البناية شرح الهداية للعيني، 302/5

[4] الأشباه والنظائر، لابن نجيم، 297

[5] المبسوط للسرخسي، 144/6

[6] ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي، 153

[7] ينظر: الشرح الصغير للدردير، 568/2

[8] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 72/14، والتجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على شرح المنهج (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، لسليمان بن محمد بن عمر البُجيرمي المصري الشافعي، ت: 1221هـ، مطبعة الحلبي، عام: 1369هـ- 1950م، 8/4

ويعتد بإشارة الأخرس عندهم وإن قدر على الكتابة، في الطلاق والبيع والنكاح والإقرار والدعوى والخلع والعتق للضرورة[1].

وبين الحنابلة أن إشارة الأخرس يقع بها الطلاق؛ لأن إشارته كنطق غيره[2]، واشترطوا في الإشارة أن تكون مفهومة، فإن لم تُفهَم فلا حكم لها[3].

وبين الحنابلة أن الطلاق بغير لفظ لا يقع إلا في موضعين:

الأول: من لا يقدر على الكلام، كالأخرس إذا طلق بالإشارة وقع طلاقه؛ لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة[4]، فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية، أما القادر على النطق فلا يصح طلاقه بالإشارة، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت امرأته ثلاثاً؛ لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره، أما لو قال الناطق: "أنت طالق" وأشار بأصابعه الثلاث، فلا يقع إلا واحدة؛ لأن إشارته لا تكفي، وإن قال: "أنت طالق هكذا" وأشار بأصابعه الثلاث، طلقت ثلاثاً؛ لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد[5].

والراجح رأي الجمهور دون المالكية في اشتراط العجز عن النطق لصحة وقوع الطلاق بالإشارة؛ لأن القادر على النطق لا يعتد بعقوده إلا بالصيغة أو التعاطي وهذا لا يتأتى في الطلاق؛ والإشارة بدل فلا يصار إليها مع القدرة على الأصل، فتتعين الصيغة التي يمكن التعبير عنها بصيغة قولية أو صيغة مكتوبة -والله أعلم-.

وقد نصت المادة 7 على أنه: يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.

ونصت المادة 10 على أنه يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة.

---

[1] ينظر: حاشية البجيرمي، 8/4

[2] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة، 136/3

[3] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 420/6

[4] يمكن أن يناقش هذا الكلام بأنه يمكن أن يطلق كتابة وهي أصرح في التعبير من الإشارة.

[5] ينظر: المغني لابن قدامة، 485/7

المبحث السابع: أقسام دلالة الحال من حيث مراعاةُ المصالح وأمثلتها من الأحوال الشخصية

يمكن تقسيم دلالة الحال من حيث مراعاتها للمصالح إلى مراعاتها المصالح الشخصية ومراعاتها مصالح الغير، وكل من هذين القسمين يقسمان إلى تصرفات إيجابية، وتصرفات سلبية أو ما يسميه الفقهاء بالتروك.

المطلب الأول: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات الإيجابية

الصلاح لغة: ضد الفساد، وأصلح أتى بالصلاح وهو الخير والصواب، ويقال: في الأمر مصلحة: أي: خير، والجمع المصالح[1].

والمصلحة في الاصطلاح هي: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"[2].

والمقصود بالتصرفات الإيجابية هنا: التي تقع وتوجد في الخارج، بخلاف التصرفات السلبية التي لا وجود لها في الخارج بل هي امتناع عن عمل؛ لأن "الإيجاب بمعنى الإيقاع"[3].

مثال مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات الإيجابية: بعض التصرفات الضارة التي يقوم بها الصبي والسفيه والمغفل والمجنون والمعتوه والتي تسلب عنه أهليته، فالتصرف الضار أمر وجودي إيجابي -على الأغلب- وسلب الأهلية إنما ثبت مراعاة لمصلحة ذات الشخص المسلوبة أهليته، فإنفاق الإنسان مبالغ مالية كبيرة على الغناء والرقص أمر ظاهر منضبط يقوم مقام عدم أهلية هذا الإنسان لإدارة شؤونه المالية فيحجر عليه.

وأختار السفيه مثالاً على ذلك بادئاً بتعريفه.

أولاً: السفه لغة: "ضد الحلم وأصله الخفة والحركة"[4]، واصطلاحاً: هو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع الهوى، وترك ما يدل عليه العقل[5].

والسفيه عند الحنفية مَن عادته التبذير والإسراف في النفقة، ويتصرف في أمواله تصرفاً لا لغرض معتبر، كدفع المال إلى المغنّين وشراء الحمام بثمن غال، والغبن الفاحش في التجارة[6].

وعند المالكية: هو الإنسان البالغ الذي يضيع ماله في الشهوات واللذات ولو كانت مباحة[7].

وعند الشافعية: السفيه هو اسم ذم يتناول المبذر هو المفسد لماله ودينه[8].

---

[1] ينظر: المصباح المنير للفيومي، 345/1، والقاموس المحيط، للفيروزآبادي، 229/1، مادة صلح

[2] ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، د.ت، د.م، ص 23

[3] الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 512

[4] مختار الصحاح للرازي، مادة سفه، 149

[5] ينظر: المبسوط للسرخسي، 157/24

[6] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 192/5

[7] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 17/4

[8] ينظر: البيان للعمراني، 230/6

والحنابلة يرون الحجر على كل مضيع لماله، صغيراً كان أو كبيراً[1]. ولم يعرفوا السفه بل عرفوا مقابله وهو الرشد بأنه: "الصلاح في المال"[2]، فيفهم من ذلك أن السفه التبذير والإفساد في المال.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية السفيه في المادة 946 فنصت على أن:

"السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصروفاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلوّ قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء".

وعرّفت المادة 947 من المجلة الرشيد بأنه "هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى السرف والتبذير"[3].

ولما كان السفه أمراً معنوياً غير محسوس، دار الحكم بسفه إنسان ما على دلالة حاله بقيامه بتصرفات تدل على سفهه، قال السرخسي[4]: "السفه ليس بشيء محسوس، وإنما يستدل عليه بأن يغبن في التصرفات"[5].

ثانياً: حكم السفيه:

قرر جمهور الفقهاء الحجر على السفيه عدا الإمامَ أبا حنيفة[6] رحمه الله كما سيأتي.

والحجر في الاصطلاح: "منع الإنسان من التصرف في ماله"[7].

وهو على نوعين:

1-حجر على الإنسان لحق نفسه: وهم ثلاثة أشخاص: الصبي، والمجنون، والسفيه، والحجر عليهم حجر عام؛ لأنهم يُمنعون التصرف في أموالهم وذممهم، والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: 5].

2-وحجر عليه لحق غيره: كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث، أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته، والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن[8].

لكن أهلية السفيه لا تنعدم بالحجر، ولا يجعل السفه عذراً في إسقاط الخطاب عنه، ولا في هدر عبارته فيما يقر به على نفسه من الأسباب الموجبة للعقوبة[9].

---

[1] ينظر: المغني لابن قدامة، 344/4

[2] المغني لابن قدامة، 350/4، وينظر: كشاف القناع للبهوتي، 452/3

[3] مجلة الأحكام العدلية، 185

[4] سبقت ترجمته ص 80

[5] المبسوط للسرخسي، 163/24

[6] سبقت ترجمته ص 40

[7] المغني لابن قدامة، 343/4

[8] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[9] ينظر: المبسوط للسرخسي، 157/24

وذهب الإمام أبو حنيفة[1] إلى أنه لا يجوز الحجر على السفيه بسبب السفه، وقال: إن الحجر على الحر باطل -إذا بلغ عاقلاً- وحكي عنه أنه كان يقول: لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة: على المفتي الماجن، وعلى الطبيب الجاهل، وعلى المكاري المفلس؛ لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم، فالمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم، والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم فيُمنعون من ذلك دفعاً للضرر[2].

وقال الصاحبان[3] من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة: تثبت الولاية على السفيه ويحجر عليه في تصرفاته المالية لأنه مبذر لماله[4].

الأدلة:

أولاً: استدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله بالآتي:

1-بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: 6] وجه الاستدلال: أن الله تعالى نهى الولي عن الإسراف في ماله مخافة أن يكبر فلا يبقى له عليه ولاية، ونصُّ الآية على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون نصاً على زوال الحجر عنه بالكبر؛ لأن الولاية عليه للحاجة، وهذه الحاجة تنعدم إذا صار مطلق التصرف بنفسه.

2-واستدل بآيات الكفارات من الظهار والقتل وغيرها، فهذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعاً سواء أكان سفيهاً أو غير سفيه، والإقدام على أسباب الظهار والكفارات والقتل اختياراً نوع من السفه، فيدل ذلك على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ولا يمنع من أداء ما لزمه شرعاً، فالحجر عن التصرفات ليس فيه كثير فائدة لتمكنه من إتلاف جميع ماله بهذه الأسباب.

3-ولأن السفيه حر مخاطب، فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد.

4-ولأنه لو جاز الحجر على السفيه لكان الأولى أن يُحجر عليه عن الإقرار بالأسباب الموجبة للعقوبة؛ لأن الضرر في هذا أكثر، فإن الضرر هنا يلحقه في نفسه، والمال تابع للنفس، فإذا لم ينظر له في دفع الضرر عن نفسه فعن ماله أولى[5].

---

[1] سبقت ترجمته ص 40

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 157/24

[3] سبقت ترجمتهما ص 89

[4] ينظر: المبسوط للسرخسي، 157/24، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي، 393/3، والحاوي الكبير للماوردي، 357/6، والمغني لابن قدامة، 344/4، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 1243هـ، المكتب الإسلامي، ط2، عام 1415هـ- 1994م، 328/4

[5] ينظر: المبسوط للسرخسي، 159/24-160

5- وذكر السرخسي[1] دليلاً آخر فقال: "لأن بسبب السفه لا يظهر نقصان عقله، ولكن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه وهذا لا يكون معارضاً في حق التصرف كما لا يكون معارضاً في توجه الخطاب عليه بحقوق الشرع، وكونه معاقباً على تركه أن زوال الحجر، وتوجه الخطاب في الأصل ينبني على اعتدال الحال، إلا أن اعتدال الحال باطناً لا يمكن الوقوف على حقيقته، فأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ **عن عقل** مقامه، تيسيراً على ما هو الأصل أنه متى تعذر الوقوف على المعاني الباطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها... ثم هذا السبب الظاهر يقوم مقام ذلك المعنى الخفي، فيدور الحكم معه وجوداً وعدماً، فكما لا يعتبر الرشد قبل البلوغ وإن علم أنه أصاب ذلك في زوال الحجر عنه، **فكذلك لا يعتبر السفه والتبذير بعد البلوغ في إثبات الحجر عليه**، ألا ترى أن في حكم الخطاب اعتبر هذا المعنى، فدار مع السبب الظاهر، وهو البلوغ عن عقل وجوداً وعدماً، فكذلك في حكم التصرفات بل أولى؛ لأن توجه الخطاب عليه إنما يكون شرعاً والله تعالى أعلم بحقيقة باطنه، وحكم التصرف بينه وبين العباد لا طريق لهم إلى معرفة ما في باطنه حقيقة، فلما أقيم هناك السبب الظاهر مقام المعنى الخفي فهنا أولى"[2].

ثانياً: احتج الجمهور القائلون بجواز الحجر على السفيه بالآتي:

1-بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282] وجه الاستدلال: أن الآية نصت على أن إثبات الولاية على السفيه، وأنه مولى عليه، ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه[3].

2-وقوله الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: 5] وجه الاستدلال: أن الآية نصت على إثبات الحجر عليه مراعاة لمصلحته، فإن الولي الذي يباشر التصرف في ماله على وجه المصلحة له[4].

3-بما ورد "أن رجلاً كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاع وكان في عقدته ضعف، فأتى أهلُه رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا نبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه نبي الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع، قال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع"، فقال: ((إن كنت غير تارك البيع

---

[1] سبقت ترجمته ص 80

[2] المبسوط للسرخسي، 159/24

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 157/24

[4] ينظر: المصدر والموضع نفسه

فقل: ها ولا خلابة))[1]. وجه الاستدلال: أنه لو كان الحجر على الكبير لا يصح لأنكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهم، وعدم حجره عليه لا يدل على منع الحجر على السفيه[2].

4-ولأن السفيه مبذر في ماله، فيحجر عليه كالصبي بل هو أولى؛ لأن الصبي يُحجَر عليه لتوهم التبذير منه، وقد تحقق التبذير والإسراف في السفيه، وإثبات الحجر عليه مراعاة لمصلحته[3].

وبين المالكية أن السفه الذي هو أحد أسباب الحجر هو التبذير: أي صرف المال في غير ما يراد له شرعاً، كصرفه في معصية كالخمر والقُمار، أو في معاملة بغبن فاحش بلا مصلحة تترتب عليه، أو صرفه في شهوات على خلاف عادة مثله في أكله وشربه ولباسه وركوبه، أو بإتلاف الأموال هدراً[4].

وبين الشافعية أن حال ذي المال لا يخلو من أربعة أحوال:

الأول: أن يكون مصلحاً لدينه ومصلحاً لماله فهذا رشيد تصح عقوده.

والثاني: أن يكون مفسداً في دينه لظهور فسقه في ماله لظهور تبذيره، فهذا هو السفيه الذي يستحق الحجر عليه.

والثالث: أن يكون مصلحاً لدينه مفسداً لماله بالتبذير له فحال تبذيره لا يخرج عن أربعة أقسام:

1-أن يكون التبذير بالغبن الذي يلحقه في بيعه وشرائه فهذا يستحق الحجر عليه.

2-أن يكون التبذير بإنفاق ماله في المعاصي وهذا أيضاً ممن يستحق الحجر عليه.

3-أن يكون التبذير بإنفاق ماله في الطاعات، فهذا ليس تبذيراً وهو فيه مأجور، والحجر عليه غير جائز.

4- أن يكون تبذيره بإنفاق ماله في ملاذه والإسراف في لباسه والإنفاق في شهواته، حتى يتجاوز في جميعها الحد المألوف والقدر المعروف، ففي وجوب الحجر عليه وجهان:

أحدهما: يحجر عليه بذلك لأنه إنفاق في غير حق، والوجه الثاني: لا حجر عليه في ذلك لإباحته.

الرابع: فهو أن يكون مصلحاً في ماله، مفسداً في دينه لفسقه وفجوره، فقد اختلف الشافعية في وجوب الحجر عليه، فقيل: يجب الحجر عليه، وقيل: لا يجوز الحجر عليه إذا كان مصلحاً في ماله[5].

الترجيح: قول الجمهور بالحجر هو الراجح -والله أعلم- لأن من مقاصد الشريعة الخمسة حفظَ المال، والسفيه مبذر ومضيع للمال، فصار أشبه بالصغير، والذي يبدد أمواله في الملاهي والغناء والشهوات يتلف ماله، فيحجر عليه مراعاة لمصلحته وحفظاً لأمواله.

---

[1] أخرجه الحاكم في المستدرك- عن أنس بن مالك- كتاب الأحكام، رقم: 7061، ج، 113/4، وقال: "وهذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي.

[2] ينظر: فتح الباري لابن حجر، 338/4

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 158/24

[4] ينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، 393/3

[5] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 357/6

وقد أخذ القانون بقول الجمهور في الحجر حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 163 على أنه: تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرارية الولاية لسبب من أسباب الحجر أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم.

المطلب الثاني: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات السلبية (التروك)

السلب: "يقابل الإيجاب بمعنى الإيقاع"[1]، والمراد بالتصرفات السلبية هنا ما يسميه الفقهاء التروك[2]، ويمكن أن يستدل للعمل بالتصرفات السلبية بقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾ [التوبة: 46]، وجه الاستدلال: أن الآية بينت أنهم "لو أرادوا الجهاد لتأهبوا أهبة السفر، فتركهم الاستعداد دليل على إرادتهم التخلف"[3].

فقد تكون دلالة الحال وصفاً سلبياً أي تركاً لأمر ما من الأمور، كترك تطليق المفوضة نفسها لأنها وجدت أن المصلحة الشخصية لنفسها في ترك التطليق فتتركه، لأن رضاها باستمرار الحياة الزوجية أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، وقد ملكت الحق في إنهائها، لكن عدم تطليقها لنفسها مع امتلاكها لهذا الحق وصف ظاهر منضبط ملائم للحكم برضاها باستمرار الحياة الزوجية، فتركها التطليق أقيم مقام الرضا باستمرار الحياة الزوجية.

ويقال في اللغة: "فوض إليه الأمر: صيَّره إليه وجعله الحاكم فيه... والتفويض في النكاح التزويج بلا مهر"[4]. وسميت المرأة مفوِّضة -بكسر الواو- لتفويضها أمرها إلى الزوج أو إلى الولي بلا مهر أو لأنها أهملت المهر، ومفوَّضة -بفتحها- لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج[5].

التفويض في الطلاق عند الفقهاء: جعل أمر طلاق الزوجة بيدها[6].

---

[1] الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 512

[2] يذكر الفقهاء التروك أكثر ما يذكرونه عند الحديث عن النية، فيذكرون أن ترك المنهي عنه لا يحتاج إلى نية للخروج عن عهدة النهي، أما لحصول الثواب: فإن كان كفاً: وهو أن تدعوه النفس إليه ويكون قادراً على فعله فيكف نفسه عنه خوفاً من الله تعالى فهو مثاب، وإلا فلا يثاب على تركه، فلا يثاب على ترك الزنى وهو يصلي، ولا يثاب العنين على ترك الزنى، ولا الأعمى على ترك النظر إلى المحرم. [ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، 22، والأشباه والنظائر للسيوطي، 12]

وأما الصيام فهو وإن لم يكن فعلاً مأموراً به، وإنما هو إمساك عن فعل وهو ترك، فيفتقر إلى النية؛ لأنه ترك مختص بزمن معلوم، بخلاف ما لا يختص بزمن معلوم كترك الزنى وشرب الخمر. [ينظر: المقدمات الممهدات لابن رشد، 244/1]

وقال الشربيني: "وإنما وجبت في الصوم مع أنه من باب التروك لأنه لما كان مقصوداً لقمع الشهوة ومخالفة الهوى التحق بالفعل". [الإقناع للشربيني، 94/1]

[3] تفسير القرطبي، 156/8

[4] لسان العرب لابن منظور، مادة فوض، 210/7

[5] ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، 207/3

[6] ينظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده، 407/1، وحاشية ابن عابدين، 200/3، وحاشية الدسوقي، 405/2، ومغني المحتاج للشربيني، 467/4، وكشاف القناع للبهوتي، 257/5

أولاً: حكم التفويض في الطلاق:

استدل الفقهاء على جواز تفويض الطلاق للزوجة، بما جاء عن جابر بن عبد الله[1]رضي الله عنه، قال: دخل أبو بكر[2]رضي الله عنه يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فوجد الناس جلوساً ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر[3] فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالساً حوله نساؤه، واجماً ساكتاً، قال: فقال: لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة، سألتني النفقة، فقمت إليها، فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال : ((هن حولي كما ترى يسألنني النفقة))، فقام أبو بكر إلى عائشة[4] يجأ عنقها ، فقام عمر إلى حفصة[5] يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً -أو تسعاً وعشرين- ثم نزلت عليه هذه الآية : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ﴾ [الأحزاب: 28] حتى بلغ ﴿لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: 29]، قال: فبدأ بعائشة[6] فقال: ((يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك))، قالت: وما هو يا رسول الله ؟ فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبويَّ؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: ((لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً[7] ولكن بعثني معلماً ميسراً))[8] وجه الاستدلال: أنه "لو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى"[9].

---

[1] سبقت ترجمته ص 127

[2] سبقت ترجمته ص 28

[3] سبقت ترجمته ص 23

[4] سبقت ترجمتها ص 64

[5] حفصة بنت عمر بن الخطاب زوج النبي عليه الصلاة والسلام، وهي أخت عبد الله بن عمر لأبيه وأمه، وأمهما زينب بنت مظعون بن حبيب، كانت حفصة من المهاجرات، وكانت قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم تحت خنيس بن حذافة، طلقها رسول الله عليه الصلاة والسلام، فبلغ ذلك عمر، فحثا على رأسه التراب، وقال: ما يعبأ الله بعمر وابنته بعد هذا، فنزل جبريل الغد على رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال: إن الله يأمرك أن تراجع حفصة بنت عمر رحمة لعمر، توفيت في حين بايع الحسين بن علي عليهما السلام لمعاوية، سنة 41هـ، وقيل: سنة 45هـ. [الاستيعاب لابن عبد البر، 1811/4-1812]

[6] سبقت ترجمتها ص 68

[7] "(معنتاً) -بالتشديد- أي موقعاً أحداً في أمر شديد والعنت المشقة والإثم أيضاً، (ولا متعنتاً) أي: طالباً لزلة أحد". [مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن نور الدين علي بن سلطان محمد، الملا الهروي القاري، ت: 1014هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، عام 1422هـ- 2002م، 2123/5]

"المتعنت: المشدد الذي يكلف من يتعنته الأمر الصعب، وربما قصد بذلك إظهار عجزه، وأصل العنت: المشقة". [كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي، 75/1]

[8] أخرجه مسلم- كتاب الطلاق- باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية، رقم: 1478، ج1104/2

[9] أسنى المطالب لزكريا الأنصاري، 278/3

ثانياً: أقوال الفقهاء في التفويض:

ذهب الحنفية في الأصح عندهم، والشافعي في الجديد[1]، إلى أن التفويض تمليك للطلاق[2]، وللمالكية والحنابلة تفصيل يأتي:

-تفويض الطلاق عند الحنفية ثلاثة أنواع :

تفويض، وتوكيل، ورسالة كأن يقول لرجل: اذهب إلى فلانة وقل لها: إن زوجك يقول لك اختاري، فهو ناقل لكلام المرسل لا منشئ لكلامه بخلاف المالك والوكيل، وألفاظ التفويض ثلاثة: 1-تخيير 2-وأمر بيد، 3-ومشيئة.

وقول الزوج لزوجته: اختاري تمليك فلو رجع قبل انقضاء المجلس لا يصح، ولو قال لها: اختاري الطلاق، فقالت: اخترت الطلاق فتقع طلقة واحدة رجعية؛ لأنه لما صرح بالطلاق كان التخيير بين الإتيان بالرجعي وتركه.

ولو قال لها: اختاري أو أمرك بيدك وهو ينوي تفويضَ الطلاق، فلا يقع إلا بالنية لأنها من ألفاظ الكناية، ولو قال: طلقي نفسك، فلها أن تطلق في مجلس علمها به سواء أعلمت مشافهة أو إخباراً وإن طال يوماً أو أكثر، ما لم يؤقته ويمضي الوقت قبل علمها، ما لم تقم لتبدل مجلسها حقيقة أو حكماً بأن تقطعه بما يدل على الإعراض؛ لأنه تمليك فيتوقف على قبول في المجلس وليس توكيلاً، ولا تطلق بعد المجلس إلا إن قال: طلقي نفسك أو اختاري وأمرك بيدك متى شئت أو إذا شئت، فلا يتقيد بالمجلس.

والفرق بين التمليك والتوكيل في خمسة أحكام: أنه في التمليك لا يرجع ولا يعزل ولا يبطل بجنون الزوج ويتقيد بالمجلس[3].

-والمالكية بينوا أن التفويض أنواع: التوكيل، والتخيير، والتمليك:

فالتوكيل: جعل إنشاء الطلاق لغيره، مع احتفاظ الزوج بحق إلغائه؛ لأن الموكل له عزل وكيله متى شاء لأن الوكيل يفعل ما وكل فيه نيابة عن موكله.

والتخيير: جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثاً حقاً لغيره، نحو: اختاريني أو اختاري نفسك.

والتمليك: جعل الزوج إنشاء الطلاق حقاً لغيره راجحاً في الثلاث، ومن صيغه: جعلت أمرك أو طلاقك بيدك[4].

وإن فوض الرجل الطلاق لامرأته توكيلاً فله العزل، إلا عند تعلق حقها فليس له العزل، كما لو شرط لها أنه إن تزوج عليها فقد فوض لها أمرها، أو أمر الداخلة عليها توكيلاً؛ لأن الحق وهو رفع الضرر عنها قد تعلق لها فليس له عزلها عنه.

---

(1) سبقت ترجمته ص 32

(2) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 231/4، وحاشية ابن عابدين، 314/3-317، ومغني المحتاج للشربيني 465/4

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين، 314/3-317

(4) ينظر: الشرح الصغير للدردير، 593/2-594

أما إن ملكها أو خيرها فليس له عزلها؛ لأنه جعل ما كان يملكه ملكاً لها، بخلاف التوكيل فإن جعلها نائبة عنه في إيقاعه[1].

والفرق بين التوكيل وغيره: أن الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمن وكله، والمملَّك والمخيَّر يفعلان ذلك عن نفسهما؛ لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج، والفرق بين التخيير والتمليك، قيل: هو أمر عرفي، فللزوج أن ينكر تفويض المملَّكة دون المخيرة وهو أمر مستفاد من العرف، وعلى هذا ينعكس الحكم بانعكاس العرف، وقيل: إنه وإن كان تابعاً للعرف إلا أن العرف موافق للغة أو قريب منها؛ لأن التمليك إعطاء ما لم يكن حاصلاً، فلذلك يجوز للزوج أن ينكر التفويض؛ لأن الأصل بقاء ملكه بيده، فلا يلزمه إلا ما اعترف بأنه أعطاه.

وأما تخيير الزوجة فمعناه أن الزوج فوض إليها البقاء على عصمته أو عدمه، إذا حصلت على حال لا يبقى للزوج عليها حكم، وإنما يكون ذلك بعد الدخول في إيقاع الثلاث[2].

والصيغة في التمليك: كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير، كقوله: أمرك بيدك، وطلقي نفسك، وأنت طالق إن شئت، وطلاقك بيدك، ووليتك أمرك.

وصيغة التخيير: اختاري أو اختاري نفسك[3].

-ونص الشافعية على أن تفويض الطلاق المنجز للزوجة الصريح أو الكنائي كطلقي أو أبيني نفسك، تمليك للطلاق في الجديد.

واشترطوا لوقوع الطلاق شرطين:

1-تكليفه وتكليفها فلا يصح من غير مكلف، ولا يقع على غير مكلفة لفساد العبارة. 2-وتطليقها على الفور، فإن أخّرت بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب، أو تخلل كلام أجنبي كثير بين تفويضه وتطليقها ثم طلقت نفسها فلا يقع الطلاق.

ولو قال: وكلتك في طلاق نفسك فلا يشترط الفور، وكذا لو قال لها: طلقي نفسك متى شئت أو متى ما شئت فلا يشترط الفور.

وفي القول القديم عندهم أن التفويض إلى الزوجة توكيل كما لو فوض طلاقها لأجنبي، فلا يشترط في تطليقها الفورية في الأصح[4].

وذكر الشافعية ألفاظ التفويض: فقالوا: إذا قال الزوج لامرأته: طلقي نفسك، فقالت: طلقتُ نفذ، ولو قال: أبيني نفسك، فقالت: أبَنْتُ ونويا وقع الطلاق، وإن لم ينو أحدهما فلا يقع.

ولو قال الزوج: طلقي نفسك، فقالت: "أبَنْتُ" ونوت فالظاهر وقوع الطلاق، وفي وجه: لا يقع لمخالفة اللفظ.

---

[1] ينظر: الشرح الصغير للدردير، 594/2-595

[2] ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، 91/4

[3] ينظر: المصدر نفسه، 92/4

[4] ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 465/4

ولو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي، وقعت طلقة رجعية، ولو قالت: اخترت زوجي لم يقع شيء[1].

وبينوا أن قول الزوج لزوجته: طلقي نفسك، تمليك للطلاق كالهبة، فكأنه يقول: "ملكتكِ نفسكِ"، وهذا ليس توكيلاً كما في التفويض لأجنبي[2].

ولو طلقت نفسها في مجلس آخر دون اتصال فلا يقع إن جعلناه تمليكاً؛ لأن اتصال القبول لا بد منه، وقبولها هو قولها طلقت، وإن جعلناه توكيلاً فيجوز[3].

وللزوج الرجوع عن التفويض قبل أن تطلق نفسها.

ولا يصح عندهم تعليق التفويض كقوله: إذا جاء الغد أو زيد فطلقي نفسك، وإن قال لها: طلقي نفسك فعلقته بقدوم زيد لغا؛ لأنه لم يملِّكها التعليق[4].

-والتفويض عند الحنابلة على نوعين:

الأول: التفويض بلفظ صريح، كقول الزوج: طلقي نفسك، فلها أن تطلق نفسها طلقة واحدة فقط؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم، إلا إنْ جَعل لها أكثر من ذلك بلفظه أو نيته، ولها أن تطلق نفسها بلفظ صريح وكنائي مع النية؛ لأن الجميع طلاق فيدخل في لفظه، ولها أن تطلق متى شاءت؛ لأنه توكيل في الطلاق مطلق، فيشبه توكيل الأجنبي.

والثاني: التفويض بلفظ الكناية، وهو نوعان:

1- أن يقول: أمرك بيدك، فيكون لها أن تطلق نفسها ما شاءت ومتى شاءت؛ لأنه توكيل بلفظ يقتضي العموم في جميع أمرها، فيشبه ما لو قال لها: طلقي نفسك ما شئت ومتى شئت.

2- أن يقول لها: اختاري، فليس لها أن تختار أكثر من واحدة، إلا إنْ جعل لها أكثر من ذلك بلفظه أو نيته، وليس لها أن تختار إلا عقيب تخييره، قبل أن يقطعا ذلك الحديث بكلام غيره، أو قبل قيام أحدهما عن مجلسه؛ لأنه خيار تمليك فيكون على الفور كخيار القبول.

وللزوج الرجوع فيما فوضه إليها قبل تطليقها؛ لأنه نوع تفويض فيملك الرجوع فيه، كتوكيل الأجنبي، وإن وطئها كان رجوعاً عن التفويض لدلالته على رغبته فيها، ورجوعه عما فوضه إليها.

ولفظ الخيار، وأمرك بيدك: كناية في حق الزوج؛ لأنه ليس بصريح في إرادة الطلاق، فلا ينصرف إليه بغير نية، وإن نوى به إيقاع الطلاق في الحال وقع؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق، وإن نوى به التفويض، فطلقت نفسها بلفظ صريح، فيقع من غير نية.

وإن قالت: اخترت نفسي، أو أهلي، أو أبويّ، أو الأزواجَ، أو ألا تدخل علي، ونحو هذا مما يحتمل إرادة الطلاق، فهو كناية يفتقر إلى نيتها لأنه ليس بصريح، فإن نوت به الطلاق وقع وإلا فلا.

---

[1] ينظر: الوسيط في المذهب، للغزالي، 382/5

[2] ينظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري، 278/3

[3] ينظر: الوسيط في المذهب للغزالي، 383/5

[4] ينظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري، 278/3-279

وإن ملَّكها الزوج ثلاث تطليقات بلفظ أو بنية، فطلقت نفسها ثلاثاً وقعت ثلاث طلقات، وإن طلقت أقل منها وقع؛ لأن من ملك ثلاثاً ملك واحدة كالزوج، وإن قال: اختاري فاختارت نفسها، ونويا ثلاثاً وقعت ثلاث طلقات[1].

الترجيح: الراجح أن التفويض توكيل وليس تمليكاً إلا إن كانت الحال تدل على إرادة التمليك، كما لو كان التفويض أثناء عقد الزواج، فهذا الحال يدل على أن التفويض تمليك وليس توكيلاً، فلو ملكها الزوج حق الطلاق أثناء إجراء العقد، كان ذلك كاشتراط العصمة بيدها، ويبعد جداً أن يكون في تلك الحال قد وكلها بطلاق نفسها في ذاك المجلس، وإذا كان التفويض توكيلاً فللزوج العدول عنه قبل أن تطلق المرأة نفسها؛ ولأن الله تعالى جعل الطلاق بيد الرجل فهو حق ملكه الله إياه، فالمصلحة تقتضي أن يبقى حق الطلاق في يده لأن الغالب على المرأة العاطفة، والغالب على الرجل تحكيم العقل؛ ولأن تفويض الرجل الطلاق إلى امرأته كتوكيله أجنبياً بتطليق امرأته فيقاس هذا عليه -والله أعلم-.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 87 على أنه للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها.

ولم يبين ما إذا كان هذا التفويض توكيلاً أم تمليكاً فينبغي الرجوع إلى الراجح من المذهب الحنفي بنص المادة 305. وقد سبق بيان المذهب الحنفي في التفويض.

المطلب الثالث: مراعاة مصالح الغير في التصرفات الإيجابية

قد تكون دلالة الحال وصفاً إيجابياً له وجود، وتكون لمراعاة مصالح الغير، كحرمة الجمع بين ذوات الأرحام في النكاح، ولا خلاف في حرمة الجمع بين الأختين في النكاح، كما يحرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها وبين عمتها وخالتها، لأن هذا النكاح يفضي إلى قطع الرحم[2].

فسبب تحريم هذا النوع من النكاح على الزوج الحرص على مصلحة الزوجة، وعدم جعل هذا النوع من الزواج سبباً مفضياً إلى تقطيع الأرحام.

فالجمع بين المرأة ومن يؤدي الزواج بها إلى تقطيع الأرحام -وفق الضابط الآتي- وصف ظاهر منضبط قام مقام قصد من يسعى إلى مثل هذا الزواج إلى تقطيع العلاقات الأسرية وإفسادها.

أولاً: الأدلة على تحريم هذا الجمع:

---

[1] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 3/118-119

[2] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 2/258

1-قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: 23] بعد قوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: 23]، ويدخل في التحريم: الجمع بين ذوات المحارم كلهن، كالجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها[1].

2-وعن جابر رضي الله عنه[2]، قال: ((نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها))[3] وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تزوج عمة ثم بنت أخيها، أو خالة ثم بنت أختها والنهي يقتضي التحريم، كما نهى أن يتزوج رجلٌ بنتَ الأخ أولاً ثم العمة، أو بنت الأخت أولاً ثم الخالة، فلا يجوز فعله لئلا يتوهم أن حرمة الجمع يجوز أن تكون مختصة بأحد الطرفين دون الآخر[4].

3-ولأن الجمع بين الأختين يفضي إلى قطيعة الرحم؛ لأن العداوة بين الضرتين ظاهرة، وهذا يفضي إلى قطع الرحم، وقطع الرحم حرام[5].

ثانياً: وقت جواز التزوج بأرحام الزوجة:

إذا تزوج رجل امرأة ثم طلقها فلا تحل له أختها ولا عمتها ولا خالتها حتى تنقضي عدتها[6]، سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، عند الحنفية والحنابلة لأنها محبوسة على النكاح لحقّه فتشبه المطلقة رجعياً[7].

فكما يحرم الجمع قبل الطلاق لأنه مفضٍ إلى قطيعة الرحم ويورث الضغينة، يحرم الجمع بعد الطلاق وقبل انتهاء العدة -ولو بعد الخلوة عند الحنفية- لأن الضغينة هنا أشد؛ لأن النعمة بملك الحل قد زالت في حق المعتدة، وبنكاح الثانية يصير الحل لها وتقوم مقامها، وتبقى هي محرومة الأزواج في هذه الفترة فتكون الضغينة أشد وأدعى إلى القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يبق شيء من روابط الزوج الأول؛ لأن لها أن تتزوج من آخر فتستوفي حظها من الثاني فلا تلحقها الضغينة[8].

وقال المالكية والشافعية: إن تزوج رجل إحدى الأختين ثم طلقها، فإن كان طلاقه بائناً فتحل له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما في الفراش، وإن كان طلاقه رجعياً فلا تحل[9].

---

[1] ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد القرطبي، 457-458

[2] سبقت ترجمته ص 127

[3] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب النكاح- باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم: 5108، ج12/7، ومسلم، كتاب النكاح- باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، رقم: 1408، ج1029/2

[4] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 262/2

[5] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[6] ينظر: المصدر نفسه، 264/2، والذخيرة للقرافي، 313/4

[7] ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي، 86/3، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 30/3

[8] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 264/2

[9] ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، ابن البراذعي المالكي، ت: 372هـ، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، عام

والقول الأول أرجح لأن العدة حق للزوج، وإذا كانت المطلقة حاملاً فولدت فيلحق النسب بأبيه، وتجب على الزوج نفقة العدة؛ ولأنها في فترة العدة تكون محبوسة عن الأزواج فكأنها على عصمة زوجها ولو حكماً.

ثالثاً: ضابط تحريم الجمع:

يحرم جمع اثنتين من الزوجات لو قدرت أية واحدة منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى، فضابط امتناع الجمع: حرمة الوطء بتقدير الذكورة لأحدهما **من الجانبين** لا من جانب واحد[1].

فعلى هذا يجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل، أو بين امرأة وزوجة كانت لأبيها وهما واحد؛ لأنه لا رحم بينهما فلا يوجد الجمع بين ذواتي رحم، فإنه إن جعلنا البنت ذكراً فلا يجوز له نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة الأجنبي [2].

وقال زفر[3] وابن أبي ليلى[4]: لا يجوز؛ لأن البنت لو كانت رجلاً لما جاز له أن يتزوج الأخرى؛ لأنها منكوحة أبيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الأختين، لكن هذا القول مخالف لاشتراط كون الحرمة ثابتة من الجانبين معاً، وهو أن يكون كل واحدة منهما لو فرضت رجلاً لكان لا يجوز له زواج الأخرى، ولم يوجد هذا الشرط هنا؛ لأن الزوجة منهما لو كانت رجلاً لجاز له أن يتزوج الأخرى؛ لأن الأخرى لا تكون بنت الزوج فلا تكون الحرمة ثابتة من الجانبين[5].

ويحرم الجمع في النكاح بين الأختين ولو من الرضاع[6].

وقد نصت المادة 39 على أنه: لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما.

1423هـ- 2002م، 234/2، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ت: 476هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1995م، 441/2

[1] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 262/2، وبداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 65/3، ومنح الجليل لعليش، 332/3، وروضة الطالبين للنووي، 118/7، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 29/3-30

[2] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 263/2، وبداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 66/3، وروضة الطالبين للنووي، 118/7

[3] زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، صاحبُ الإمام أبي حنيفة، وكان يفضله ويقول هو أقيس أصحابي، كان فقيهاً حافظاً قليل الأخطاء، دخل البصرة فى ميراث أخيه فتشبث به أهل البصرة فمنعوه الخروج منها، وتولى قضاء البصرة، ولد سنة 110 هـ، وتوفي بالبصرة سنة 158هـ. [ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للقرشي، 243/1-244]

[4] ابن أبي ليلى: الإمام العلم مفتي الكوفة وقاضيها، أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الفقيه المقرئ، كان أفقه أهل الدنيا، وكان فقيهاً صدوقاً صاحب سنة جائز الحديث قارئاً عالماً بالقرآن قرأ عليه حمزة، قال الذهبي: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة؛ لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة، مات في شهر رمضان سنة 148هـ. [ينظر: تذكرة الحفاظ للذهبي، 128/1-129، وسير أعلام النبلاء للذهبي، 310/6-316]

[5] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 263/2

[6] ينظر: المبسوط للسرخسي، 203/4-204، والفواكه الدواني، لشهاب الدين النفراوي، 17/2، ونهاية المطلب للجويني، 226/12، وروضة الطالبين للنووي، 117/7، والمغني لابن قدامة، 124/7

المطلب الرابع: مراعاة مصالح الغير في التصرفات السلبية (التروك)

قد تكون دلالة الحال تصرفاً سلبياً، كامتناع الولي عن تعليم القاصر في المرحلة الإلزامية، وهو سبب مسقط أهليةَ الولاية، فالامتناع عن تعليم الصغير أمر سلبي، وهو وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف الآباء، أقيم مقام قصد الإضرار بالصغير لخفائه ومناسب للحكم بإسقاط ولايته.

وقد نصت المادة 170 من القانون السوري الفقرة 4 على أنه:

يعتبر امتناع الولي عن إتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سبباً لإسقاط ولايته، وتعتبر معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تنفيذ ذلك سبباً مسقطاً لحضانتها.

فهذه المادة تجبر الولي على تعليم الأولاد حتى مرحلة التعليم الأساسي، وتأصيل هذه المادة يمكن أن يرجع إلى عمومات السنة فمن ذلك:

1-قوله عليه الصلاة والسلام: ((لا ضرر ولا ضرار))[1]. وجه الاستدلال: أن ترك تعليم الأولاد فيه إضرار بهم والإضرار منهي عنه.

وقد نص الفقهاء على أنه يشترط في الولي أن لا يقوم بتصرفات ضارة بالمولى عليه[2]؛ بل ينبغي أن يراعي الولي وجوباً المصلحة العائدة على المحجور عليه في الحال أو المآل[3].

2-وروي أنه جاء شيخ يريد النبي صلى الله عليه وسلم فأبطأ القوم عنه أن يوسعوا له، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا))[4]، وجه الاستدلال: أن الإضرار بالصغير ليس من المرحمة في شيء[5]. والامتناع عن تعليم الصغير فيه إضرار به.

وقد وقفت على بعض نصوص للفقهاء توجب على الأب تعليم أولاده، وتستقبح عمل من لا يهتم بتعليم أولاده، يمكن أن تكون داعماً لما ذهب إليه القانون.

---

[1] أخرجه ابن ماجه -عن ابن عباس- كتاب الأحكام- باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم: 2341، ج،784/2، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم: 2345، ج،66/2، عن أبي سعيد الخدري، وقال الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه" وقال الذهبي: "على شرط مسلم".

[2] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 153/5

[3] ينظر: الذخيرة للقرافي، 240/8، وحاشية الصاوي، 393/3-394

[4] أخرجه الترمذي -واللفظ له- عن أنس بن مالك- أبواب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب ما جاء في رحمة الصبيان، رقم: 1919، ج، 321/4-322، وقال: "وفي الباب عن عبد الله بن عمرو، وأبي هريرة، وابن عباس، وأبي أمامة: هذا حديث غريب"، وأبو داود، كتاب الأدب- باب في الرحمة، رقم: 4943، ج، 286/4

[5] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 153/5

1-جاء في البحر الرائق: "يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان، كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان"[1].

2-وفي منح الجليل: "إنْ تركَ الأب تعليم ولده القرآن لشحٍّ قبح فعله ولقلة عذر، فإن كان للولد مال فلا يدَعُه دون تعليم وليه أو قاضي بلده أو جماعته إن لم يكن قاضٍ، وإن لم يكن له مال توجه حكم الندب على وليه وأمه الأقرب فالأقرب، وتعليم من أسلم ما يصلي به فرض كفاية يتعين على من انفرد به دون عوض وتعليم الأنثى ما تصلي به كالذَّكَر، كذلك ويتعين على الولي والزائد على ذلك للأنثى حسن"[2].

3-وفي الحاوي الكبير: "الوالد يلزمه تعليم ولده ما احتاج إليه من دينه وأدبه"[3].

وأظن أن القانون قد وفق في النص على هذه المادة لرفع مستوى التعليم في المجتمع، لكن تبقى هنالك حالات لا يستطيع فيها الولد أن يتعلم تعليماً نظامياً في المدارس، لكنها يمكن أن يبدع في المجالات الصناعية والتجارية... ومع عدم التعارض بين هذين العِلْمين، إلا أنه قد توجد حالات يكون الصغير غير قابل للتعليم النظامي ولا يقصر الأب في تعليم ابنه، ومع ذلك لا يُتم المولى عليه مرحلة التعليم الأساسي، وهنا لا ينبغي أن يعزل الولي؛ لأن المادة تنص على "امتناع الولي" فهذه الحالة لا تندرج تحت هذه المادة.

وعند الاختلاف في تحديد مَن المقصر في إتمام التعليم الولي أم المولَّى عليه يمكن أن يلجأ إلى لجنة تفحص قدرات الصغير العلمية ومدى قابليته لإنهاء مرحلة التعليم الإلزامي من عدمها.

---

[1] البحر الرائق لابن نجيم، 284/7

[2] منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش، 478/7

[3] الحاوي الكبير للماوردي، 151/1

المطلب الخامس: أسس مراعاة المصالح

إن دلالة الحال من حيث مراعاتُها للمصالح تستند إلى أسس، وهذه الأسس يمكن أن تستنبط من المقاصد الخمسة للشريعة الإسلامية[1]، ولست أعني بالأسس هنا الضروريات فقط بل ما يشمل الحاجيات والتحسينيات.

وهذه الأسس هي: أولاً: حفظ النفس، ثانياً: حفظ العرض (النسب)، ثالثاً: حفظ المال، رابعاً: حفظ الروابط الأسرية.

أولاً: حفظ النفس

النفس في اللغة: الروح[2]، و"النفس: هي الجوهر البخاري اللطيف الحامل لقوة الحياة والحس والحركة الإرادية"[3]، والنفس: هي ذات الشيء وحقيقته وعينه، يقال: جاءني بنفسه، وتُطلقُ على الروح، يقال: خرجت نفسه، أي: روحه، وتطلق على الجسم الصنوبري؛ لأنه محل الروح[4].

ومراد الفقهاء بالنفس يتفق مع المعنى اللغوي فيطلقونها على الروح والذات.

ومثال مراعاة المصالح في حفظ النفس: منع تزويج الوكيل موكلته من نفسه خشية قصد المحاباة، فقصد المحاباة من قبل الوكيل أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، لكن تزويج الوكيل موكلته من نفسه وصف ظاهر منضبط يقوم مقام قصده المحاباة لمصلحة نفسه، ومناسب للحكم بمنعه من هذا الزواج، وفي الأغلب فإن المؤكِّلة عندما توكل شخصاً ما فإن هذه الحال تدل على عدم الرضا بكون هذا الوكيل زوجاً إلا عند التنصيص من الموكلة على جواز ذلك.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون السوري حيث جاء فيها:

1-يجوز التوكيل في عقد النكاح.

2-ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة.

ويقرب من هذه الصورة منع القانون القاضي من تزويج مَن تحت ولايته من نفسه أو من أصوله أو فروعه؛ لأن وظيفة القاضي القيام على مصلحة المولى عليه، وتزويجه من تحت ولايته من نفسه أو أحد أصوله أو فروعه يورث شبهة المحاباة أو الإضرار بالمولى عليه، فقصد المحاباة من قبل القاضي أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، لكن إجراءه لهذا العقد بالصورة المذكورة، وصف ظاهر منضبط يقوم مقام قصده المحاباة لمصلحة نفسه أو أصوله أو فروعه، ومناسب للحكم بمنعه من هذا التزويج.

فإذا ثبتت الولاية للقاضي عند فقد العصبات كان له أن يزوج المولى عليه من كل كفء تتحقق فيه المصلحة إلا من ثلاثة:

---

[1] مقاصد الشريعة الخمسة هي: حفظ النفس والمال والنسب والدين والعقل وهي المصالح الضرورية. [ينظر: المحصول، للرازي، 160/5، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 274/3، ونهاية السول، للأسنوي، 326]

[2] لسان العرب، لابن منظور، مادة نفس، 233/6

[3] التعريفات للجرجاني، 242

[4] ينظر: الكليات، للكفوي، 897

1-من نفسه: فلا يجوز له أن يعقد الزواج لنفسه على من له الولاية العامة عليه؛ لأن ذلك محل تهمة.

2-من أحد أصوله كأبيه أو جده لمحل التهمة أيضاً.

3-من أحد فروعه كابنه أو ابن ابنه وإن نزل لمحل التهمة كذلك[1].

وهو ما نصت عليه المادة 25 حيث جاء فيها أنه:

ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه مِن نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه.

وقد نص الفقهاء على أنه إن زوَّج الوكيل موكلته من نفسه لم يجز[2]؛ لأنها أمرته أن يكون مزوِّجاً لا متزوِّجاً؛ ولأنه في حق نفسه متهم والتهمة دليل التقييد[3].

ولو زوجها الوكيلُ ابنَه أو أباه فلا يجوز عند أبي حنيفة[4]، ويجوز عند الصاحبين[5] إلا إن كان الابن صغيراً فحينئذ لا يجوز؛ لأنه لا يباشر العقد مع نفسه[6].

وذكر المالكية أن المرأة إذا قالت لوليها: "زوجني ممن أحببت" فزوجها من نفسه أو من غيره، لا يجوز حتى يعين الزوج ولها الإجازة والرد؛ لأن رضاها شرط وبتزويجها للمجهول يكون متعدياً، ولو زوجها من غيره يصح لعموم اللفظ، وإن زوجها من نفسه فرضيت جاز[7].

وإذا كان الولي القاضي فلا يملك تزويجها من ابنه ولا ممن لا تقبل شهادته له؛ لأن تصرف القاضي حكم وحكمه لابنه لا يجوز[8].

وإنما لم يمنع القانون الوكيل من تزويجه موكِّلَته من أصول أو فروع الوكيل لأن تصرفه ليس حكماً.

وذكر المالكية أن المرأة إن لم يكن لها ولي فيجوز للقاضي أن يزوجها من نفسه أو من ابنه، وإن كان لها ولي ولم يكن فعل القاضي ضرراً فيجوز كذلك[9]؛ "لأن القاضي ولي من لا ولي له، ويجوز أمره كما يجوز أمر الولي"[10].

ثانياً: حفظ العرض (النسل)

---

[1] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للسباعي، 102

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 123/19، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، 188/9، والمجموع للنووي، 175/16

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 123/19

[4] سبقت ترجمته ص 40

[5] سبقت ترجمتهما ص 89

[6] ينظر: المبسوط للسرخسي، 123/19

[7] ينظر: الذخيرة للقرافي، 230/4

[8] ينظر: حاشية ابن عابدين، 99/3

[9] ينظر: الذخيرة للقرافي، 230/4

[10] المدونة، للإمام مالك، 113/2

"العِرض –بالكسر– النفس والحسب، وهو نقي العرض أي بريء من العيب"[1]، والعرض أيضاً: الجسد، وجانب الرجل الذي يصونه من نفسه وحَسَبِه أن ينتقص، سواء كان في نفسه أو سلفه أو من يلزمه أمره، أو موضع المدح والذم منه، أو ما يفتخر به من حسب وشرف[2].

وحفظ النسل: معناه التناسل والتوالد لإعمار الكون، وحفظ النسب معناه: القيام بالتناسل المشروع عن طريق العلاقة الزوجية الشرعية، وحفظ العرض معناه: صيانة الكرامة والعفة والشرف، والأوصاف الثلاثة المذكورة "النسل والنسب والعرض" بمعنى واحد[3].

مثال حفظ العرض: تحريم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها امرأة أخرى؛ لأن النفس مجبولة على الميل إليها، وإن كانت كبيرة[4].

ثالثاً: حفظ المال

المال لغة: "ما ملكتَه من جميع الأشياء"[5].

وعرف فقهاء الحنفية المال بأنه "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"[6].

وعرفه المالكية بأنه "ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"[7].

وعند الشافعية: لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلَّت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما شابهه[8].

وقال الحنابلة: المال شرعاً ما يباح نفعه مطلقاً، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة[9].

ومثال حفظ المال: الحجر على السفيه كما تقدم تفصيل ذلك.

---

[1] المصباح المنير للفيومي، 404/2

[2] ينظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مادة عرض، 646/1

[3] ينظر: علم المقاصد الشرعية، لنور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، ط1، عام 1421هـ- 2001م، 83

[4] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 123/2، وحاشية الدسوقي، 435/3، وكفاية الأخيار للحسيني الحصني، 350، والمغني لابن قدامة، 142/7

[5] لسان العرب لابن منظور، مادة مول، 635/11

[6] حاشية ابن عابدين، 501/4

[7] الموافقات للشاطبي، 32/2

[8] ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، 327.

[9] ينظر: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، عالم الكتب، ط1، عام 1414هـ- 1993م، 7/2

رابعاً: حفظ الروابط الأسرية

لقد اعتنى الإسلام عناية فائقة بحفظ الروابط الأسرية، وحرص على بقاء العلاقات الأسرية قائمة على خير حال، وحذر وحرم قطع هذه العلاقات، سواء منها علاقة الابن بأبيه أم علاقة الأب بأبنائه، أم الزوج بزوجته، أم الأخ بأخيه وهكذا، أم الأخت بأخيها، أم الأخت بأختها، فكوَّن الإسلام أسرة قوية متماسكة.

ومثال حفظ الروابط الأسرية: منع الزواج بأخت الزوجة من أجل "الإبقاء على روابط الأسرة على أساس من المحبة والتعاون وصلة الرحم"[1].

[1] الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 102/1

الفصل الثالث: الشروط العامة لدلالة الحال

المبحث الأول: كونها وصفاً

المطلب الأول: معنى كونها وصفاً

المطلب الثاني: نوعا الوصف: (طردي ومناسب)

المبحث الثاني: كونها ظاهرة

المطلب الأول: ضبط الشرع الأحكام بالأوصاف الظاهرة دون الخفية

المطلب الثاني: بناء الأحكام على المظنة

المطلب الثالث: حكم بناء الأحكام على الحكمة الخفية والظاهرة ومذاهب الأصوليين ذلك

المبحث الثالث: كونها منضبطة

المطلب الأول: معنى كونها منضبطة

المطلب الثاني: أسباب عدم الانضباط

المبحث الرابع: وجود المناسبة بين الحكم والوصف

المطلب الأول: معنى المناسبة

المطلب الثاني: أقسام الوصف المناسب

المبحث الخامس: كونها لا تخالف دليلاً شرعياً

المطلب الأول: مخالفة الوصف نصاً شرعياً

المطلب الثاني: مخالفة الوصف الإجماع

الفصل الثالث: الشروط العامة لدلالة الحال

-بعد أن تحدثت في الفصلين السابقين عن حجية دلالة الحال وأقسامها، يأتي هذا الفصل ليتحدث عن الشروط العامة لدلالة الحال، وقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث أبين في المبحث الأول معنى كونها وصفاً، وفي المبحث الثاني أبين معنى كونها ظاهرة وحكم بناء الأحكام على الحكمة الخفية والظاهرة، وفي المبحث الثالث أبين معنى كونها منضبطة وأسباب عدم الانضباط، وفي المبحث الرابع أبين شرط وجود المناسبة بين الحكم والوصف، وفي المبحث الخامس أبين شرط كونها لا تخالف دليلاً شرعياً.

المبحث الأول: كونها وصفاً

المطلب الأول: معنى كونها وصفاً

تعريف الوصف لغة: "الواو والصاد والفاء: أصل واحد، هو تحلية الشيء... والصفة: الأمارة اللازمة للشيء"[1].

والوصف أيضاً: ما "دل على الذات باعتبار معنى هو المقصود من جوهر حروفه، أي يدل على الذات بصفة، كأحمر، فإنه بجوهر حروفه يدل على معنى مقصود، وهو الحمرة، فالوصف والصفة مصدران، كالوعد والعدة، والمتكلمون فرّقوا بينهما، فقالوا: الوصف: يقوم بالواصف، والصفة: تقوم بالموصوف، وقيل: الوصف هو القائم بالفاعل"[2]، ولا عبرة لهذا التفريق عند الفقهاء.

والصفة أخص من الوصف لأن الوصف اسم جنس يقع على كثيره وقليله، والصفة نوع من الوصف، مثل الجِلسة والمِشية وهي هيئة الجالس والماشي[3].

وقيل في الفرق بينهما: إن الوصف مصدر، والصفة: الحِلية، كالعلم والجهل والسواد والبياض، والنحاة يطلقونها على النعت، وجمع الوصف: الأوصاف، وجمع الصفة: الصفات، والصفة: الحالَة التي عليها الشيء من حِلْيته ونعته، أما الوصف فقد يكون حقاً وباطلاً، يقال: لسانه يصف الكذب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ﴾ [النحل، 116][4].

و"الوصف: هو أن تصف الشيء بصفة تميزه عن غيره، والصفة هي الحالة القائمة بذات الموصوف"[5].

---

[1] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة وصف، 115/6

[2] التعريفات للجرجاني، 252

[3] ينظر: معجم الفروق اللغوية، لابن مهران العسكري، 573

[4] ينظر: تاج العروس لمرتضى الزَّبيدي، مادة وصف، 459/24-461

[5] القواعد الفقهية، د. محمد الزحيلي، 381/1

وتعريف الوصف اصطلاحاً: هو المعنى القائم بالغير، ويشمل سائر الأوصاف سواء كانت معتبرة أو ملغاة، أو كانت بمعنى المؤثر[1].

وكلمة "وصف" قيد يخرج الذات، نحو: أكرم زيداً[2].

فالوصف لابد له من موصوف يقوم به؛ لأن الشيء إما أن يكون جوهراً وإما أن يكون عرضاً، و"الجوهر وهو كل ما يقوم بذاته كالسماء والكواكب والأرض"[3].

و"العَرَض ما لا يقوم بذاته بل بغيره"[4]، فيحتاج في وجوده إلى محل يقوم به، كاللون المحتاج في وجوده إلى جسم يقوم به[5]. فكل وصف يستلزم موصوفاً؛ لأن الوصف لا يقوم بذاته، فالطول والقصر لا تقوم بذاتها بل الطول يكون في الإنسان مثلاً، والصغر كذلك إما أن يكون في ذكر أو أنثى.

وخلاصة الكلام: أن المراد بالوصف هو الوجود والاتصاف، أي وجود معنى دال على الذات في الحكم الشرعي[6].

المطلب الثاني: نوعا الوصف: (طردي ومناسب)

يمكن أن يقسم الوصف -المتعلق بدلالة الحال- إلى نوعين: طردي ومناسب.

أولاً: الوصف الطردي:

-الطرد لغة: الطاء والراء والدال في اللغة أصل صحيح يدل على الإبعاد، يقال: طردته طرداً، إذا أخرجته، ويقال: اطَّرد الشيء اطراداً، إذا تابع بعضه بعضاً، وإنما قيل ذلك تشبيهاً، فكأن الأول يطرد الثاني[7].

والطرد اصطلاحاً: ما يوجب الحكم لوجود علته، وهو التلازم في الثبوت[8].

---

[1] ينظر: الوصف المناسب لشرع الحكم، لأحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، ط1، عام 1415هـ، 45

[2] ينظر: المصدر نفسه، 142

[3] مفاتيح العلوم، لأبي عبد الله الكاتب الخوارزمي، 167

[4] الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط1، عام 1411هـ، 71

[5] ينظر: التعريفات، للجرجاني، 148

[6] "قال ابن الهمام: المراد بالوصف... هو وجود العلة في الأصل فإن وجودها فيه وصف لها". [حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 263/2]

[7] ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة طرد، 455/3

[8] ينظر: كتاب التعريفات، للجرجاني، 141

ويقابله في الأصول العكس عدم الحكم لعدم العلة. [ينظر: التعريفات للجرجاني، 153]

والوصف الطردي: وصف لا يُتوهم أنه مناسب لبناء الحكم عليه؛ لعدم التفات الشارع إليه في حكم ما، كالطول والقصر والسواد والبياض، فهذا لا يبنى عليه حكم[1].

ثانياً: الوصف المناسب:

النون والسين والباء في اللغة كلمة تدل على اتصال شيء بشيء، ومنه النسب لاتصاله وللاتصال به[2]، ويقال: بين الأمرين مناسبة، أي: مشاكلة[3]، و"المناسب: الملائم لأفعال العقلاء عادة، وقيل: ما يجلب نفعاً أو يدفع ضراً"[4].

الوصف المناسب اصطلاحاً: هو وصف تُعلَم ملاءمته لبناء الحكم الشرعي عليه، وهو صحيح يجوز بناء الحكم عليه[5]، كمناسبة اعتبار الصيغة للتعبير الإرادة، فهي معنى مناسب يقوم بالموصوف وهو المكلف.

وهي كون الوصف يتضمن ترتب الحكم عليه مصلحة، ويسمى المناسبة، والمناسبة والإخالة[6]، مثال الوصف المناسب: الصغر لولاية المال[7]، ومثال كون دلالة الحال وصفاً مناسباً فيه مراعاة للمصلحة: اعتبار الطلاق في مرض الموت وصفاً يناسب الحكم بمنع الزوج من هذا التصرف؛ لأن هذا الحال يدل على تهرب الزوج من توريث زوجته فيعامل بنقيض مقصوده، حفظاً للروابط الأسرية من الاختلال.

وضابط المناسبة والإخالة[8] عند الأصوليين: أن يقترن وصف مناسب بحكم في نص من نصوص الشرع، وبقوم دليل على استقلاله بالمناسبة دون غيره[9]، ومثاله: اقتران حكم المنع من الإرث بوصف القتل في قوله صلى الله عليه وسلم: ((لا يرث القاتل))[10] فالقتل وصف مناسب للمنع من الإرث مقترن به في النص.

---

[1] ينظر: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، لمحمد بن حسين بن حسن الجيزاني، دار ابن الجوزي، ط5، عام 1427 هـ، 195، ومذكرة في أصول الفقه، للشنقيطي، 304، قال الشيخ زكريا الأنصاري: "وقياس الطرد تحكم فلا يفيد". [غاية الوصول في شرح لب الأصول، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د.ت، 132]

[2] ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة نسب، 423/5

[3] ينظر: لسان العرب لابن منظور، مادة نسب، 756/1 و"المشاكلة: الموافقة" [مختار الصحاح، للرازي، مادة شكل، 168]

[4] التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، 316

[5] ينظر: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، للجيزاني، 195

[6] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 108/3، كما يسمى تخريج المناط [ينظر: المصدر نفسه]

[7] ينظر: مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي، 304

[8] الإخالة: الظن [لسان العرب، لابن منظور، مادة ظن، 226/11]؛ لأنه بالنظر إلى الوصف يخال: أي يظن عليته للحكم. [الوصف المناسب لشرع الحكم 159]

[9] ينظر: مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي، 304

[10] سبق تخريجه ص 91

ومعنى كون دلالة الحال مناسبة، أي: تجلب النفع إلى العباد وتدفع الضرر عنهم، والوصف المناسب إذا عُرض على العقول تلقته بالقبول[1]، والوصف المناسب هو الوصف الملائم لأفعال العقلاء في العادات، فإذا عرض على العقل أن هذا الحكم إنما شرع لأجل هذه المصلحة يكون ذلك الحكم موصلاً إلى تلك المصلحة عقلاً، وتكون تلك المصلحة أمراً مقصوداً عقلاً[2]، وذكر أبو زيد الدبوسي[3] أن المناسب عبارة عما لو عرض على العقول تلقته بالقبول[4].

لكن هذا التفسير للمناسب لا يسلم باطراد، بل يناقش بأن القتل العمد العدوان وصف مناسب لوجوب القصاص، لكنه لا يستقيم على هذا التفسير؛ لأن القتل مثلاً ليس مما يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً، ولا هو ملائم لأفعال العقلاء ولا هو مقصود من وجوب القصاص[5].

وهذا المثال يمكن أن يستقيم على التفسير الذي ذكره الآمدي[6] في الإحكام، حيث عرّف المناسب فقال: "المناسب عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصوداً من شرع ذلك الحكم، وسواء كان ذلك الحكم نفياً أو إثباتاً، وسواء كان ذلك المقصود جلب مصلحة أو دفع مفسدة"[7]، فإنه يلزم من ترتب وجوب القصاص على القتل، حصول ما هو مقصود من شرعية القصاص وهو بقاء النفوس، وهذا ما أشار إليه قول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: 179][8].

ويمكن أن يفسر ما ذكره أبو زيد الدبوسي بهذا المعنى أي: "المناسب هو الذي إذا عرض على العقل أن يلزم من ترتب الحكم عليه حصول ما هو المقصود منه يقبله"[9].

---

[1] ينظر: التوضيح ومعه التلويح، لصدر الشريعة المحبوبي، 127/2

[2] ينظر: التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني، 127/2

[3] أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الفقيه الحنفي؛ والدبوسي -بفتح الدال نسبة إلى دَبوسة- وهي بلدة بين بخارى وسمرقند، كان من كبار أصحاب الإمام أبي حنيفة، وهو أول من وضع علم الخلاف وأبرزه إلى الوجود، له كتاب الأسرار، وتقويم الأدلة وغيره من التصانيف والتعاليق، وكانت وفاته بمدينة بخارى سنة 430هـ. [ينظر: وفيات الأعيان لابن خلكان، 48/3، والجواهر المضية في طبقات الحنفية للقرشي، 339/1]

[4] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 270/3

[5] ينظر: التلويح على التوضيح، للسعد التفتازاني، 127/2

[6] أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي، حفظ كتاباً في مذهب أحمد بن حنبل، ثم قدم بغداد فقرأ بها القراءات، ثم انتقل إلى مذهب الشافعي وبرع عليه في الخلاف ثم دخل الديار المصرية، وتصدر للإقراء ثم وقع التعصب عليه فخرج من القاهرة مستخفياً، وقدم إلى حماة فأقام بها ثم قدم دمشق، له: "الأبكار في أصول الدين" و"الإحكام في أصول الفقه" وله طريقة في الخلاف وتعليقة حسنة، وتصانيفه فوق العشرين تصنيفاً، توفي بدمشق سنة 631هـ. [ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، تحقيق: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1413هـ، 8/306-307، ووفيات الأعيان، لابن خلكان، 294/3]

[7] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 270/3

[8] ينظر: التوضيح ومعه التلويح، لصدر الشريعة المحبوبي، 128/2

[9] المصدر نفسه، 128/2

المبحث الثاني: كونها ظاهرة

المطلب الأول: ضبط الشرع الأحكام بالأوصاف الظاهرة دون الخفية

دأب الشارع في أحكامه كلها على بناء الأحكام على المظان الظاهرة الجلية المنضبطة المستلزمة لاحتمال الحكمة، وإنما كان ديْدَنه بناء الأحكام على الأوصاف الظاهرة دفعاً للعسر والحرج عن المكلفين[1]، ولم يعلق الشارع الأحكام بالأوصاف الخفية لاضطرابها[2]، فيشترط أن تكون دلالة الحال ظاهرة جلية، ولا يجوز بناء الحكم على الوصف الخفي، وعرَّفوه بأنه "ما لا يمكن الاطلاع عليه"[3].

مثال الأوصاف الباطنة الخفية: بناء الحكم في العقود على الرضا أو القصد، فهذه الأوصاف لا يبنى عليها الحكم الشرعي، بل يضبط الرضا بما يدل عليه من الصيغ الظاهرة، ويضبط القصد بما يدل عليه من الأفعال الظاهرة[4].

وسبب عدول الشارع عن الأسباب الخفية من حيث بناؤه الأحكام عليها، هو عسر انضباطها، وما تؤدي إليه من المنازعة، فيكون التعليق بالظاهر لانضباطه أولى من الخفي لاضطرابه[5].

كعدة الطلاق شرعت لطلب البراءة لكنها لا تجب بالفُرقة عن مطلق عقد النكاح؛ بل يعتبر جريان سبب شغل الرحم لكن لا يعتبر تحقق شغل الرحم ولا توهمه؛ فإن الإنزال أمر خفي يختلف في حق الأشخاص وفي الشخص الواحد فيعسر ويقبح تتبعه، فأعرض عنه الشرع واكتفى بسبب الشغل وهو الوطء، واكتفى من الوطء بتغيب قدر الحشفة، كذلك فإن مناط التكليف هو العقل، والتمييز أمر خفي يحصل على التدريج ويختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فلا يبنى عليه الحكم، ويعلق الحكم بالبلوغ بالسن والاحتلام[6]، فنصب الشارع المظنة في موضع الحكمة؛ ضبطاً للقوانين الشرعية، وجعل الاحتلام مظنة حصول العقل القابل للتكليف؛ لأنه غير منضبط في نفسه[7].

ويختلف الظهور والخفاء، فقد يطلب من الظهور في حق شخصين ما لا يطلب في حق شخص واحد لكونه أخبر بنفسه، وفي حق أشخاص ما لا يطلب في حق شخصين، فيمنع انعقاد النكاح بالكنايات لجريانه بين موجب وقابل وشاهدين، ويثبت الطلاق والعتاق والإبراء بالكناية لاستقلال المرء بها.

---

[1] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 129/1

[2] ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي، 189/2

[3] البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 170/7

[4] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 88/4، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين الأصفهاني، 202/3، وإرشاد الفحول للشوكاني، 163/2

[5] ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي، 188/2

[6] ينظر: المصدر نفسه، 188/2-189

[7] ينظر: الموافقات للشاطبي، 396/1

ومن الأمور المتعلقة بالظواهر المنضبطة كلمة الإسلام، والبلوغ، ومطلق تغيب الحشفة حيث يطلب الوطء، فكل حكم تعلق بالوطء يكتفى فيه تغييب الحشفة، من الغسل والزنى والتحليل والعنة وكمال المهر، وعقدُ الزواج[1] مناطه الرضا، ولما كان أمراً باطناً لا يطلع عليه أنيط بالإيجاب والقبول[2].

ونقل الآمدي[3] الإجماع على بناء الحكم على الوصف الظاهر[4].

ويمتنع كون دلالة الحال خفية غير ظاهرة لأمور هي:

أولاً: أن الغالب في أوصاف الأحكام إنما هو الظهور، وإذا وجد فرد منها غير ظاهر، فإنه يندرج تحت الأعم والأغلب على الظن، فيكون ظهورها أغلب على الظن.

الأمر الثاني: أن الحكم إذا كان معقول المعنى كان على وفق المعتاد من تصرفات العقلاء وأهل العرف، والأصل مطابقة الشرع للعقل والعرف.

الأمر الثالث: أن عدم ظهور الوصف يبطل فائدة بناء الحكم؛ لأن فائدته التوسع في معرفة الأحكام، وانقياد المكلف لها، وتلقيها بالقبول ما دامت نفسه مطمئنة أن الحكم ملائم لطبيعته[5].

المطلب الثاني: بناء الأحكام على المظنة

من المقرر عند العلماء أن الظن لا يقبل في أصول الدين والعقائد؛ لاحتماله النقيض عند الظان؛ بخلاف الظن في الفروع والأحكام الفقهية فإنه يُعمل به، فيكون الظن مذموماً إلا ما تعلق بالفروع منه[6].

وما دام الكلام في هذا البحث على الأحكام الفقهية فيمكن الاعتماد على الظن وبناء الأحكام عليه.

ومظنة الشيء لغة: "موضعه ومألفه الذي يظن كونه فيه... ظِنة -بالكسر- وهي مفعلة من الظن، أي: الموضع الذي يظن به الشيء... ويجوز أن تكون من الظن بمعنى العلم"[7]، والظن لغة: "خلاف اليقين... وقد يستعمل بمعنى اليقين كقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُو رَبِّهِمْ﴾ [البقرة: 46]"[8].

والظن اصطلاحاً: "الطرف الراجح من التردد بين أمرين"[9]، أو هو الوقوف بين الشيئين مع ترجيح

---

[1] في الكتاب "البيع"

[2] ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي، 189/2

[3] سبقت ترجمته ص 164

[4] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 203/3

[5] ينظر: المهذب للنملة، 2073/5

[6] ينظر: الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ت: 790هـ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، عام 1412هـ- 1992م، 299، والتقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 270/2

[7] لسان العرب لابن منظور، مادة ظنن، 274/13

[8] المصباح المنير للفيومي، مادة ظنن، 386

[9] الحدود الأنيقة، لزكريا الأنصاري، 67

أحدهما وعدم طرح الآخر[1]، والمقصود بالمظنة هنا: "الوصف المتضمن لحكمة الحكم"[2].

وذكر الفقهاء أن المظنة تقام مقام المئنة[3]، والمئنة لغة: "العلامة"[4]، ومعنى ذلك أنه يقام محل الظن مقام محل اليقين[5].

ويصح بناء الأحكام على المظنة[6]، وهذا أمر مجمع عليه، بخلاف بناء الأحكام على الحكمة[7]. كما سيأتي إن شاء الله.

وقد قرر الفقهاء أن الشرع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء[8]، و معنى هذه القاعدة أن بناء الأحكام يمكن أن يكون بالمظنة، ولا يجب التيقن من وجود المصلحة حتى يُبنى الحكم عليها، بل يكفي في ذلك المظنة[9]، فـ"مظنة الشيء تُعطَى حكم ذلك الشيء وإن أمكن الوقوف عليه"[10].

يشار إلى أن المظان إنما تعلم بنص من الشارع، أو إجماع عليها، وهذا ما قررته القاعدة الأصولية "المظان إنما يعلم جعلها مظنة بنص أو إجماع"[11].

مثال إقامة الشرع مظنة الشيء مقام نفس الشيء: إقامة الوطء في إيجاب العدة مقام شغل الرحم، وإقامة البلوغ مقام نفس العقل؛ لأن هذه الأسباب مظان هذه المعاني[12]، كما أن التقاء الختانين مظنة الإنزال فأعطي حكمه[13].

---

[1] ينظر: غمز عيون البصائر للحموي، 1/ 194

[2] البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، 147/7

[3] ينظر: فتح القدير لابن الهمام، 446/3، والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد ابن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، المطبعة الميمنية، د.ت، 126/1

[4] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري، مادة مأن، 2199/6

[5] ينظر: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب) لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، ت: 1204هـ، دار الفكر، د.ت، 347/2

[6] ينظر: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لأبي محمد جمال الدين، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، ت: 772هـ، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1400هـ، 477

[7] ينظر: البحر المحيط للزركشي، 210/8، ونهاية السول للإسنوي، 389، والتقرير والتحبير لابن أمير حاج، 229/3، وإرشاد الفحول للشوكاني، 274/2

[8] ينظر: روضة الناظر لابن قدامة، 161/2، والإبهاج للسبكي، 61/3، وإرشاد الفحول للشوكاني، 145/2

[9] ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 29/330

[10] الذخيرة للقرافي، 226/1

[11] المغني لابن قدامة، 154/1

[12] ينظر: المستصفى للغزالي، 178، و287

[13] ينظر: الذخيرة للقرافي، 226/1

ومنها ما ذكره الحنفية أنه إذا تزوج المشرقي بمغربية، فولدت فيثبت النسب وإن لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح[1].

ولا يجوز عند الجمهور إثبات نسب هذا الولد إذا علم عدم تلاقي الزوجين، فيجعل العقد مظنة حصول النطفة في الرحم؛ لأنه لا عبرة بالمظنة -أي بمكان ظن وجود الحكمة- مع العلم بانتفاء المئنة، أي: نفس الحكمة[2].

وإنما "لا يلحق به لاطلاعنا على مضمون السبب، إذ مَن بالمشرق لا يُحبل مَن بالمغرب، فلتُلغَ صورة السبب ويتعلق بمضمونه.

وهذا بخلاف من يراه يدخل على زوجته ويخرج فإنا نلحق به ولدها حيث يمكن كونه منه، وإن لم نعلم أنه وطِئها إحالة على صورة الفراش لتعذر الاطلاع على المضمون.

أما المشرقي مع المغربية فقد أمكننا الوقوف على مضمون السبب، وعلمنا قطعاً أن الولد ليس منه؛ فلم تعتبر صورة للسبب"[3].

جاء في البحر الرائق: "قيام الفراش كافٍ ولا يعتبر إمكان الدخول؛ لأن النكاح قائم مقامه، كما في تزوج المشرقي بمغربية بينهما مسيرة سنة، فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها"[4].

وقال ابن عابدين[5]: "ولا ينافيه ثبوت النسب فإنه يعتمد قيام الفراش وإن لم يوجد وطء حقيقة، والتحليل يعتمد الوطء لا مجرد العقد المثبت للنسب فإنه خلاف الإجماع... ويلزم على هذا ثبوت التحليل بتزوج مشرقي بمغربية جاءت بولد لستة أشهر لثبوت نسبه مع العلم بعدم الوطء، وما ذاك إلا لكون النسب مما يحتال لإثباته بما أمكن ولو توهماً، عملاً بنص ((الولد للفراش))[6]

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 332/2

[2] التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 146/3

[3] الأشباه والنظائر للسبكي، 176/2

[4] البحر الرائق لابن نجيم، 169/4، والأشباه والنظائر، للسبكي، 176/2

[5] سبقت ترجمته ص 12

[6] عن عائشة رضي الله عنها، قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((هو لك يا عبد بن زمعة))، ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي صلى الله عليه وسلم: ((احتجبي منه)) لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله. [أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب البيوع- باب تفسير المشبهات، رقم: 2053، ج54/3، "(ابن وليدة زمعة) الوليدة الجارية والأمة وإن كانت كبيرة، والولد المتنازع فيه هو عبد الرحمن بن زمعة" (المصدر والموضع نفسه) ومسلم، كتاب الرضاع- باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، رقم: 1457، ج1080/2]

وإقامة للعقد مقام الوطء كالخلوة الموجبة للعدة"[1].

وبرر الحنفية الإمكان العقلي بتلاقي المشرقي بالمغربية بكونه ولياً من أهل الخطوة أو كونه جنياً[2].

وأظن أن هذا التعليل بعيد؛ لأن الأحكام الشرعية تبنى على الحالات العامة ولا عبرة بالحالات الخاصة، وما ذكره الحنفية خاص بحالات نادرة وهذه لا يتعلق بها الأحكام، فالراجح في هذا ما ذكره الجمهور من عدم إثبات النسب في هذه الحالة -والله تعالى أعلم-

وذكر الشافعية أنه يثبت الحكم ولو قُطع بانتفاء الحكمة في الحُكم للمظنة في الأصح، لجواز القصر بالسفر لمن ركب سفينة قطعت به مسافة القصر في لحظة بلا مشقة[3]، وقيل: لا يثبت لأنه لا عبرة بالمظنة عند تحقق انتفاء المئنة[4].

وذكر القرافي[5] رحمه الله في الفروق الفرقَ بين هذه المصطلحات، فبيَّنَ أن الحكمة هي التي توجب كون الوصف سبباً[6] معتبراً للحكم، فإذا ثبت كونه معتبراً في الحكم إن كان منضبطاً اعتمد عليه من غير مظنة تقام مقامه، وإن لم يكن منضبطاً أقيمت مظنته مقامه، فالحكمة في الرتبة الأولى، والوصف في الرتبة الثانية، والمظنة في الرتبة الثالثة.

ومثال الثلاثة في الزواج[7] أن حاجة المكلف إلى الزوجة وإعفاف نفسه وإنجاب الولد هو المصلحة الموجبة لاعتبار الرضا ومظنة الإيجاب والقبول، فالحاجة هي في الرتبة الأولى؛ لأنها هي الموجبة لاعتبار الرضا فاعتبار الرضا فرعها، واعتبار الإيجاب والقبول فرع اعتبار الرضا[8].

ومثال الحكمة والوصف من غير مظنة فيما هو منضبط: الرضاع فهو وصف موجب للتحريم، وحكمته: أن الحليب الذي هو جزء من المرأة يصير جزءاً من الرضيع، فيناسب التحريم ذلك لمشابهته للنسب، فالجزئية هي الحكمة وهي في الرتبة الأولى، والرضاع الذي هو الوصف في الرتبة الثانية، وبما أن **وصف الرضاع منضبط فلا يحتاج إلى**

---

[1] ينظر: حاشية ابن عابدين، 413/3

[2] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 169/4

[3] ويُخرَّج عليه في زمننا السفر بالطائرة مع توافر كافة وسائل الراحة ومع ذلك فيرخص له القصر.

[4] ينظر: غاية الوصول، لزكريا الأنصاري، 121

وقد ذكر الفقهاء هذه القاعدة بألفاظ: "لا عبرة بالمظنة مع العلم بانتفاء المئنة" [التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 146/3، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، 309/3، وفتح القدير، للكمال بن الهمام، 452/3]، "لا عبرة بالمظنة عند تحقق المئنة". [حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 282/2، وإجابة السائل شرح بغية الآمل، لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف كأسلافه بالأمير، ت: 1182هـ، تحقيق: حسين ابن أحمد السياغي، وحسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1986م، 146، وكشاف القناع للبهوتي، 23/2]

[5] سبقت ترجمته ص **28**

[6] القرافي ذكر أنه علة

[7] في كتاب الفروق المثال عن المبيع

[8] ينظر: الفروق للقرافي، 167/2

مظنة تقوم مقام هذا الوصف، فلا يحتاج للمرتبة الثانية، ويلزم من جواز بناء الأحكام على الحكمة أنه لو أكل صبي قطعة من لحم امرأة أنها تحرم عليه؛ لوجود الجزئية ولم يقل بهذا أحد؛ ولأجل هذا المعنى خالف الجمهور بالتعليل بالمظنة، فالحكمة إذا قطعنا بعدمها لا يقدح ذلك في ترتب الحكم، كما إذا قطعنا بعدم اختلاط الأنساب من الزنى بأن تحيض المرأة، ويظهر عدم حملها ومع ذلك يقام عليها الحد[1].

المطلب الثالث: حكم بناء الأحكام على الحكمة الخفية والظاهرة ومذاهب الأصوليين ذلك

إن الحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بتشريعه الحكم[2]، ودلالة الحال: الوصف الظاهر المنضبط الذي بني عليه الحكم، وربط به وجوداً وعدماً، وهي مظنة لتحقيق الحكمة.

وقد أجمع الأصوليون على بناء الأحكام على الأوصاف الظاهرة، واختلفوا في بنائها على الأوصاف الخفية، فذهب أكثر الأصوليين إلى امتناع بناء الأحكام على الحكمة الخفية وأجازه الأقلون، ومنهم من فصل بين الحكمة الظاهرة المنضبطة بنفسها والحكمة الخفية المضطربة، فأجاز بناء الأحكام على الحكمة الظاهرة المنضبطة غير المضطربة دون غيرها[3].

فإن كانت دلالة الحال "خفية مضطربة، فإما أن تكون مضبوطة بضابط أو لا، فإن كانت مضبوطة بضابط فذلك الضابط لها، هو السبب... وإن لم تكن مضبوطة بضابط، فالجمع بها يكون ممتنعاً إجماعاً، لاحتمال التفاوت فيها... فإن الحكم مما يختلف باختلاف الصور والأشخاص والأزمان والأحوال"[4].

ويشترط أن تكون دلالة الحال وصفاً ضابطاً لحكمة[5] -تخريجاً على القول الصحيح عند الشافعية- والحكمة هي: الغاية والغرض من الحكم، كدفع المشقة بالنسبة إلى رخصة المسافر، والوصف الضابط للحكمة، كالسفر الطويل إلى مقصد معين، فإنه ضابط لدفع المشقة.

وإنما اشترط أن تكون دلالة الحال وصفاً ضابطاً لحكمة، لا أن تكون حكمة مجردة؛ لأن الحكمة المجردة خفية أو غير منضبطة، ولو أمكن اعتبار الحكمة وحدها لانضباطها وعدم خفائها، ففي جواز بناء الأحكام عليها خلاف، والأصح جواز بناء الأحكام عليها[1].

---

[1] ينظر: الفروق للقرافي، 168/2

[2] ينظر: تيسير علم أصول الفقه، للعنزي، 178- 179

[3] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 202/3

[4] المصدر نفسه، 65/4

[5] "والمراد بضابط الحكمة الوصف الظاهر المنضبط الذي أقامه الشرع مقامها لظهوره وانضباطه دونها". [تيسير التحرير، لأمير بادشاه، 21/4]

"ضابط الحكمة: هو الوصف الذي رتب الشارع عليه الحكم، وربطه به لتحصيلها". [شرح مختصر الروضة للطوفي، 388/3-389]

و"شرط ضابط الحكمة أن يكون جامعاً، بحيث لا توجد الحكمة يقيناً في صورة دونه". [الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، 240/3]

جاء في تيسير التحرير: "(الحكمة المعتبرة) عند الشارع (ضبطت شرعاً) بمظنة خاصة، وهو الوصف الظاهر المنضبط، وذلك لعسر ضبط نفس الحكمة وتعذر تعيين قدرها"[2].

والحكمة: معنى من المعاني يقوم بذهن الفقيه، يفهمه من نص واحد أو نصوص متعددة، فيقول مثلاً: الحكمة من مشروعية الزواج حفظ العرض؛ لأن مريد الزواج يعرف أنه لو قام بعلاقة مع امرأة دون عقد زواج حُد حَد الزنى، فيمتنع عن الزنى ويلجأ إلى الزواج، وهذه الحكمة (حفظ النفوس) إذا لم يوضع لها ضابط معين يحدد الوصف أو الأوصاف التي يكون الزواج فيها وسيلة لحفظ العرض، فربما قال قائل: ينبغي أن يعد متزوجاً من هَمَّ بالزواج أو حث عليه، أو خطب، وهكذا.

فلو تركت هذه الحكمة بلا ضابط لأدّى ذلك إلى ما ذُكر وزيادة، ولكن الفقهاء وضعوا ضابطاً لهذه الحكمة، فقصروا الزواج الذي يؤدي إلى حفظ العرض على الإيجاب والقبول مع حضور الشهود، فهذا الضابط يشتمل على الحكمة ولكنها مقيدة ومحددة بما يؤدي إلى حفظ العرض، فلا تحفظ الأعراض باعتبار من همَّ بالزواج متزوجاً[3].

أولاً: مذاهب الأصوليين في بناء الأحكام على الحكمة:

صورة هذه المسألة هي هل يجوز كون دلالة الحال نفس الحكمة، وهي الحاجة إلى جلب مصلحة أو دفع مفسدة أم لا؟ اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: قال ابن حمدان[4]

---

[1] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني، 27/3، والأشباه والنظائر للسبكي، 188/2، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 279/2-280، وإرشاد الفحول للشوكاني، 111/2

[2] تيسير التحرير، لأمير بادشاه، 21/4

[3] ينظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، لعياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، السعودية- الرياض، ط1، عام 1426هـ- 2005م، 181

مثال الوصف الضابط لحكمة: السفر في جواز القصر، ومثال نفس الحكمة: المشقة في السفر وهذه غير منضبطة. [ينظر: شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، 279/2-280]

ومثال الحكمة المنضبطة كحفظ النفوس. [ينظر: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي، 280]

[4] أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان بن محبوب، نجم الدين أبو عبد الله الحراني، العلامة البارع شيخ الحنابلة، ولد بحران سنة 603هـ، كانت له يد طولى في الأصول والخلاف والجبر والمقابلة، وسكن القاهرة ودرس بها، وكان أبوه من فقهاء حران، له: "الرعاية الصغرى" في الفقه، و"الرعاية الكبرى"، و"الوافي" في أصول الفقه، و"صفة المفتي والمستفتي"، توفي سنة 695هـ. [الوافي بالوفيات، للصفدي، 223/6-224، وذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي ت: 795هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان- الرياض، ط1، عام 1425هـ- 2005م، 266/4-269]

وابن قاضي الجبل[1] من الحنابلة: لا يصح مطلقاً لخفائها، كالرضا في عقد الزواج، ولذلك أنيطت صحة العقد بالصيغة الدالة عليه؛ ولعدم انضباطها.

القول الثاني: يجوز بناء الأحكام على نفس الحكمة مطلقاً؛ لأنها المقصود في بناء الأحكام ، وهذا قول الفخر الرازي[2]، والبيضاوي[3].

القول الثالث: وهو قول المالكية، والآمدي[4]، وصححه ابن الحاجب[5]، واختاره الهندي[6]، والبرماوي[7]، وهو التفصيل بين أن تكون الحكمة، أي المصلحة المقصودة لشرع الحكم ظاهرة منضبطة فيجوز بناء الأحكام عليها، وبين ألا تكون كذلك فلا يجوز بناء الأحكام عليها[8].

ثانياً: أدلة جواز بناء الحكم على الحكمة الظاهرة المنضبطة

---

[1] أحمد بن الحسن بن عبد الله بن أبي عمر المقدسي الحنبلي، شرف الدين بن شرف الدين ابن قاضي الجبل، ولد في شعبان سنة 693هـ، واشتغل بالعلم فبرع في الفنون وكان بارعاً في العلوم، ولي القضاء فلم يحمد في ولايته، وكان صاحب نوادر وخط حسن، له: القصد المفيد في حكم التوكيد، ومسألة رفع اليدين، والفائق في المذهب، كانت وفاته في رجب سنة 771 هـ. [الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، لابن حجر العسقلاني، 1/138-139]

[2] أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن، الطبرستاني الأصل الرازي المولد، فخر الدين، الفقيه الشافعي، له: تفسير القرآن الكريم، لم يكمله، وشرح سورة الفاتحة في مجلد، والمطالب العالية في علم الكلام، والبيان والبرهان في الرد على أهل الزيغ والطغيان، وكان يلقب بهراة شيخ الإسلام، ولد سنة 544هـ، وتوفي بمدينة هراة سنة 606هـ. [وفيات الأعيان، لابن خلكان، 4/248-252]

[3] عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، ناصر الدين أبو الخير البيضاوي، قاضي القضاة، ولي قضاة شيراز، جمع بين المعقول والمنقول، وولي أمر القضاة بشيراز، له: شرح المنتخب للإمام والإيضاح في أصول الدين، وشرح التنبيه في أربع مجلدات، وشرح الكافية في النحو، وتهذيب الأخلاق في التصوف، توفي بمدينة تبريز سنة 691هـ. [طبقات الشافعية، لابن قاضي شهبة، 2/172-173]

[4] سبقت ترجمته ص 164

[5] أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي، ولد سنة 570هـ، كان أبوه حاجباً للأمير عز الدين موسك الصلاحي، حفظ القرآن، وأخذ بعض القراءات عن الشاطبي، كان من أذكياء العالم، رأساً في العربية، درس بجامع دمشق، وبالنورية المالكية، له: "الكافية" في النحو، و"الشافية" في الصرف، و"مختصر الفقه" و"منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل" في أصول الفقه، توفي سنة 646هـ. [سير أعلام النبلاء للذهبي، 23/265-266، والأعلام للزركلي، 4/211]

[6] محمد بن عبد الرحيم بن محمد الشيخ صفي الدين الهندي الأرموي، المتكلم على مذهب الأشعري، كان من أعلم الناس بمذهب الأشاعرة، ولد بالهند سنة 644هـ، ورحل إلى اليمن، ثم حج وقدم إلى مصر، ثم قدم دمشق ودرس بالأتابكية والظاهرية الجوانية، وشغل الناس بالعلم سمع من الفخر بن البخاري، روى عنه الذهبي، له: "الزبدة" في علم الكلام، و"النهاية" في أصول الفقه، والفائق والرسالة السيفية، توفي سنة 715هـ. [طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي، 9/162-164]

[7] محمد بن عبد الدايم بن موسى بن عبد الدايم، أبو عبد الله النعيمي العسقلاني الأصل البرماوي، ثم القاهري الشافعي، ولد سنة 763هـ، توجه إلى دمشق وأقرأ الطلبة هنالك ودرس، ثم عاد إلى القاهرة وتصدى للإفتاء والتدريس والتصنيف، كان إماماً في الفقه وأصوله والعربية وغير ذلك، وله: شرح البخاري، وألفية في أصول الفقه وشرحها، ومنظومة في الفرائض، مات سنة 831هـ. [البدر الطالع للشوكاني، 2/181]

[8] ينظر: التحبير شرح التحرير، للمرداوي، 7/3194-3196، والبحر المحيط للزركشي، 7/168-169

استدل لجواز بناء الأحكام على الحكمة الظاهرة المنضبطة:

1-بالإجماع على أن الحكم إذا اقترن بوصف ظاهر منضبط مشتمل على حكمة غير منضبطة بنفسها، أنه يصح بناء الحكم عليها وإن لم يكن هو المقصود من شرع الحكم، بل ما اشتمل عليه من الحكمة الخفية، فإذا كانت الحكمة وهي المقصود من شرع الحكم مساوية للوصف في الظهور والانضباط كانت أولى ببناء الحكم عليها[1].

2-وبأن الوصف إذا جاز بناء الأحكام عليه فالحكمة أولى؛ لأنها أصله وأصل الشيء لا يقصر عنه؛ ولأنها نفس المصلحة والمفسدة وحاجات الخلق، وهذا هو سبب ورود الشرائع، فالاعتماد عليها أولى من الاعتماد على الفرع[2].

ثالثاً: أدلة منع بناء الحكم على الحكمة الخفية المضطربة

إذا كانت الحكمة خفية مضطربة غير منضبطة فيمتنع بناء الحكم عليها لثلاثة أوجه:

الأول: أنها إذا كانت خفية مضطربة مختلفة باختلاف الصور والأشخاص والأزمان والأحوال، فلا يمكن معرفة ما هو مناط الحكم منها والوقوف عليه إلا بعسر وحرج، ودأب الشارع إنما هو رد الناس إلى المظان الظاهرة الجلية؛ دفعاً للعسر عن الناس والتخبط في الأحكام[3]، كتحريم الجمع بين المرأة ومن يؤدي الزواج بها إلى تقطيع الأرحام، لكن هذه الحكمة وهي حفظ الأرحام خفية وتختلف باختلاف الناس، فلا يجوز لامرأة أن تقول لزوجها: تزوج أختي وأنا لا أقطع علاقتي معها، ولا يجوز لامرأة أن تمنع زوجها من الزواج بابنة عمها بحجة قطع الرحم، فلخفاء هذا الوصف ربط الحكم بمنع الزواج بزوجتين لو قدرت أية واحدة منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى لظهور هذا الوصف كما سبق.

الثاني: أن الإجماع منعقد على صحة بناء الأحكام على الأوصاف الظاهرة المنضبطة المشتملة على احتمال الحكمة، كالحكم بصحة عقد الزواج بالتصرف الصادر من أهله في محله لحكمة الإحصان والإعفاف؛ ولأن بناء الحكم على الحكمة الخفية فيه من زيادة الحرج بالبحث عن الحكمة وعن ضابطها.

الثالث: أن التعليل بالحكمة المجردة إذا كانت خفية مضطربة مما يفضي إلى العسر والحرج في حق المكلف بالبحث عنها والاطلاع عليها، والحرج منفي بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج، 78] غير أن الأصوليين أجازوا بناء الحكم على الوصف الظاهر المنضبط؛ لكون المشقة فيه أدنى، فيعمل بعموم النص فيما عداه[4].

---

(1) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 3/202-203

(2) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، 406

(3) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 3/203، ولهذا فإن الشارع قضى بالقصر والإفطار في السفر دفعاً للمشقة المضبوطة بالسفر الطويل إلى مقصد معين، ولم يعلقها بنفس المشقة لأنها مما يضطرب ويختلف، وعلى هذا فلا يرخص للمقيم الذي يعمل أعمالاً شاقة، وإن ظن أن مشقته تزيد على مشقة المسافر، حتى وإن كان المسافر في غاية الرفاهية والدعة؛ لأن ذلك مما يختلف ويضطرب. [المصدر والموضع نفسه]

(4) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 3/203-204

وإنما لم يعتبر الخفي وغير المنضبط من حيث عدم جواز بناء الأحكام على كل منهما؛ لأن كلاً منهما غيب عن العقل للخفاء وعدم الضبط، والغيب عن العقل لا يُعرِّف الغيب عن الحكم[1].

استدل أصحاب القول الثالث بأن نفس الحكمة هي المقصودة للشارع، وإنما عدل الشارع عن اعتبارها لخفائها واضطرابها في الأغلب، فإذا زال هذا المانع لظهورها وانضباطها يصح أن يبنى الحكم عليها[2].

الترجيح: القول الثالث هو الراجح؛ لأن علة منع بناء الأحكام على الحكمة الاضطراب والخفاء، وهذا متفق على عدم جواز بناء الأحكام عليه، أما إن كانت ظاهرة منضبطة فما المانع من صحة بناء الأحكام عليها؟ بل ينبغي أن يصح "(لانتفاء المحذور) أي: وهو عدم الانضباط"[3]. -والله تعالى أعلم-.

---

[1] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين الأصفهاني، 112/3

[2] ينظر: التحبير شرح التحرير، للمرداوي، 3196/7

[3] حاشية العطار على شرح الجلال المحلي، 280

المبحث الثالث: كونها منضبطة

المطلب الأول: معنى كونها منضبطة

الضبط في اللغة: "لزوم الشيء وحبسه"[1]، و"ضبطَ الشيء: حفظه بالحزم"[2]، و"حفظه حفظاً بليغاً"[3] و"أرض مضبوطة: عمَّها المطر"[4].

ولعل المعنى الاصطلاحي مستمد من هذا المعنى الأخير، لأن المراد بالوصف المنضبط عند الأصوليين ما يعم جميع الأشخاص والصور والأماكن والأزمان ولا يختلف باختلافها[5].

والوصف المنضبط: هو الذي تكون له حقيقة معينة يمكن التحقق من وجودها، وهذا الوصف محدد لا يختلف بالنسب والإضافات والكثرة والقلة، فلا يبنى الحكم على الوصف غير المنضبط[6].

المطلب الثاني: أسباب عدم الانضباط

ثمة سببان لعدم انضباط الأوصاف:

1-إما أن يكون عدم الانضباط لاختلاف مقادير الوصف في رتبه، كالإنزال فهو غير منضبط في الناس، ذلك أن من الناس من لا ينزل إلا بالدفق والإحساس باللذة الكبرى، ومنهم من ينزل تقطيراً من غير دفق في أول الأمر ثم يندفق بعد ذلك كثيراً، ولذلك يحصل الولد مع العزل، والإنسان يعتقد أنه لم يُنزل وهو قد أنزل على سبيل السيلان من غير دفق، فيتكون الولد من ذلك وهو لا يشعر، ولما كان الإنزال مختلفاً في الناس أقيمت مظنته مقامه وهو التقاء الختانين.

فإن قيل: مجرد الالتقاء لا يحصل به الإنزال فكيف جعل مظنة الإنزال، وهو لا يظن عنده، ومن شرط المظنة أن يظن عندها الوصف المطلوب لتعليق الحكم عليه؟

فيجاب: بأنه لا يُسلَم أنه لا يظن الإنزال، فمن الناس من ينزل بمجرد الملاقاة ومنهم من ينزل بالفكر، ومنهم من ينزل بالنظر فقط، والتقاء الختانين أقوى من ذلك فجعل مظنة له.

ومن ذلك العقل الذي هو مناط التكليف يختلف في الناس بسبب اعتدال المزاج وانحرافه، فرُبَّ صبي لاعتدال مزاجه أعقل من رجل بالغ لانحراف مزاجه، وذلك يختلف في الرجال والصبيان فجعل البلوغ مظنته؛ لأن البلوغ منضبط والعقل غير منضبط، هذا فيما لا ينضبط لاختلاف رتبه في مقاديره.

---

[1] لسان العرب لابن منظور، مادة ضبط، 340/7

[2] مختار الصحاح للرازي، مادة ضبط، 182

[3] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، مادة ضبط، 357/2

[4] تاج العروس، لمرتضى الزَّبيدي، مادة ضبط، 441/19.

[5] ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 65/4، وغاية الوصول لزكريا الأنصاري، 120، وتيسير التحرير لأمير بادشاه، 137

[6] ينظر: الوصف المناسب لشرع الحكم، للشنقيطي، 64

2-ومن الأوصاف ما ينضبط في مقاديره لكنه خفي لا يطلع عليه، كالرضا في العقود وهو أمر خفي فتجعل الصيغة قائمة مقامه؛ لأنه يظن عندها، ويُلغَى الرضا إذا انفرد، حتى لو اعترف بأنه رضي بالعقد في الزمن الماضي من غير أن تكون الصيغة قد صدرت منه لم يصح زواجه، فإذا أقام الشرع مظنة الوصف مقامه أعرض عن اعتباره في نفسه، ولا بد أن يكون الرضا متوقعاً مع المظنة فلو قطعنا بعدم الرضا عند المظنة، فالقاعدة أنه لا يترتب على المظنة حكم، كما لو قطعنا بعدم الرضا مع الإكراه على صدور الصيغة، غير أن هذا المعنى مع أنه الأصل خولف في التقاء الختانين، فلو قطعنا بعدم الإنزال يجب الغسل[1].

وكالبكارة فهي سبب الاكتفاء في الإذن بالسكوت في النكاح لحكمة الحياء، ودليل ذلك حديث عائشة[2] رضي الله عنها، أنها قالت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال صلى الله عليه وسلم: ((رضاها صمتها))[3]، ولو فرض وجود ثيبٍ أوفرَ حياءً من البكر، أو فرض وجود سبب في الثيب اقتضى حياء أوفر من حياء البكر، فلا يكتفى بسكوت الثيب في الصورتين إجماعاً، وإنما لم تبطل سببية البكارة؛ لأن الحكمة حيث ضبطت بالبكارة - لانضباطها وعدم انضباط الحياء من حيث القدْر- كان السبب في الحقيقة حياء البكر، فلا يلزم في حياء فوق حياء البكر ثبوت الحكم -وهو الاكتفاء في الإذن بالسكوت في النكاح- مع ذلك الحياء الذي هو فوق حياء البكر؛ لعدم دليل اعتبار ذلك الحياء الأوفر شرعاً بخصوصه[4].

والأوصاف غير المنضبطة تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال[5]، ويندرج تحت الوصف غير المنضبط، بناء الأحكام على الحِكَم والمقاصد[6].

"فإن كان الوصف خفياً أو غير منضبط اعتبر ملازمه الذي هو ظاهر منضبط، وهو المظنة له، كالوطء مظنة لشغل الرحم المرتب عليه وجوب العدّة في الأصل حفظاً للنسب، لكنه لما خفي نيط وجوبها بمظنته"[7].

أما إذا بين المستدل أن الوصف المبني عليه الحكم منضبط بنفسه، أو بضابط للحكمة، كضبط الحرج بالسفر فيصح بناء الحكم عليه[8].

---

[1] ينظر: الفروق للقرافي، 165/2-167

[2] سبقت ترجمتها ص 64

[3] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب النكاح- باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم: 5137، ج17/7، ومسلم- كتاب النكاح- باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم: 1420، ج 1037/2

[4] ينظر: تيسير التحرير، لأمير بادشاه، 21/4-22

[5] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني، 202/3، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 65/4، وغاية الوصول، لزكريا الأنصاري، 120، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، 137

[6] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني، 203/3

[7] غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا الأنصاري، 129، وينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 263/7

[8] ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني، 203/3-204، وإرشاد الفحول للشوكاني، 163/2

"وإنما قلنا: إن ما لا ينضبط بنفسه يجب رده إلى تقدير الشارع وضبطه؛ فلأن ما لا ينضبط بنفسه يقع فيه النزاع، وما وقع فيه النزاع، وجب رده إلى الشرع لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: 59]"[1].

والأوصاف –غير المنضبطة– أمور يُشرق فيها نور الله على المجتهدين، ولا يمكنهم ضبطها وإنما يحاولون قدراً من التعريف، وعندها تتبين مقادير الرجال ودرجات المتورعين وأحوال المحتاطين لدينهم كقدر الغضب المانع من وقوع الطلاق[2].

---

[1] شرح مختصر الروضة، للطوفي، 513/3

[2] ينظر: الأشباه والنظائر، للسبكي، 190/2

المبحث الرابع: وجود المناسبة بين الحكم والوصف

المطلب الأول: معنى المناسبة

"المناسبة: مباشرة الفعل الصالح لحكمة ومصلحة، أو: صلاحية الفعل لحكمة ومصلحة"[1].

و"المراد بمناسبة الوصف للحكم أن يكون مظنة لحكمته، بحيث يكون بناء الحكم عليه وربطه به من شأنه أن يحقق المصلحة التي شرع الحكم من أجلها"[2]، و"المناسب هو المتضمن للمصلحة"[3].

قال ابن الحاجب[4]: "المناسب وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً من جلب منفعة أو دفع مضرة"[5]، وفي هذا التعريف نظر؛ لأن المناسب قد يكون ظاهراً منضبطاً وقد لا يكون بدليل صحة انقسامه إليهما، وقد ذكر الأصوليون أن المناسب إن كان ظاهراً منضبطاً اعتبر في نفسه، وإن كان خفياً أو غير منضبط اعتبر ملازمه وهو المظنة[6].

ومن لا يعلل أحكام الله تعالى يقول: إن المناسب هو الملائم لأفعال العقلاء في العادات، ومن يعللها يقول: إنه الوصف المقتضي إلى ما يجلب للإنسان نفعاً أو يدفع عنه ضرراً، وفيه نظر أيضاً، فالقتل العمد العدوان مناسب لمشروعية القصاص، مع أن هذا الفعل الصادر من الجاني لا يصدق عليه أنه وصف ملائم لأفعال العقلاء عادة، ولا أنه وصف جالب للنفع أو دافع للضرر، بل الجالب أو الدافع إنما هو المشروعية[7].

المطلب الثاني: أقسام الوصف المناسب

إن الوصف من حيث اعتبارُ الشارع له وعدمُ اعتبارِه، لا بد أن يكون داخلاً في أحد الدرجات الآتية:

الدرجة الأولى: وهو المناسب الملغي: وهو الوصف الذي يظهر أن في بناء الحكم عليه تحقيق مصلحة، ولم يرتب الشارع حكماً على وفقه ودل الشارع بأي دليل على إلغاء اعتباره.

مثل: تساوي الابن والبنت في القرابة لتساويهما في الإرث، وهذا لا يصح بناء حكم عليه[8].

فالشارع قد ألغاه من الاعتبار وأجرى الحكم الشرعي على خلافه[9].

---

[1] البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 263/7

[2] علم أصول الفقه للخلاف، 71

[3] روضة الناظر وجنة المناظر، لابن قدامة، 236/2

[4] سبقت ترجمته ص **172**

[5] بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، للأصفهاني، 108/3

[6] ينظر: نهاية السول، للإسنوي، 325، والمختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي الحسن علاء الدين علي بن محمد بن عباس بن اللحام، البعلي الدمشقي الحنبلي، ت: 803هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة الملك عبد العزيز- مكة المكرمة، د.ت، 148-149

[7] ينظر: شرح منهاج الوصول، للإسنوي، 325

[8] ينظر: علم أصول الفقه، للخلاف، 75

[9] ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 221

الدرجة الثانية: ألا يثبت إلغاء الشارع له ولا يثبت أن الشارع قد اعتبره، بأن لم يثبت حكم شرعي على خلاف عين ذلك الوصف ولا على وفقه وهو حالتان:

1- ألا يكون بين جنس الوصف ونوع الحكم ولا بين جنس أحدهما ونوع الآخر أية علاقة معتبرة من الشارع، فهذا حكمه كحكم الوصف الذي ثبت إلغاؤه شرعاً، إذ ليس إهمال اعتبار نوعه ولا جنسه في نوع حكم شرعي ولا جنسه إلا مثيلاً لما نص على إلغائه، وهو ما سماه ابن الحاجب[1]: "المرسل الغريب" وسواء وافقه الأصوليون في التسمية أم خالفوه فإن حكمهم في المسمى واحد[2].

2- أن تثبت علاقة اعتبار شرعية بين جنسي الوصف والحكم، أو بين أحد الجنسين ونوع الآخر، مع أنه لم تثبت علاقة هذا الاعتبار بين نوعي الوصف والحكم بخصوصهما، وهو ما سماه ابن الحاجب: "ملائم المرسل" وأراد به المصالح المرسلة[3].

وإنما قيل للمصلحة المرسلة، "مصلحة" لأن المفروض تضمن الوصف المذكور لإحدى المصالح الثلاث، وإنما قيل لها: "مرسلة" لإرسالها، أي: إطلاقها عن دليل خاص يقيد ذلك الوصف بالاعتبار أو بالإهدار، وتسمى: "المصالح المرسلة"[4]، و"المرسل"، و"الاستصلاح"[5].

الدرجة الثالثة: ألا يكون الشارع قد تعرض لهذا الوصف بواسطة نص أو إجماع على اعتباره سبباً لبناء الحكم، لكن ثبت حكم شرعي بنص أو إجماع على وفقه، أي: إن المجتهد اطلع على حكم ثابت بنص أو إجماع يتماشى ويتلاءم مع الوصف المناسب الذي استخرجه ورآه، وإن لم يكن ثمة أي نص أو إجماع على كون الوصف سبباً لذلك الحكم[6].

ويقسم المناسب من حيث اليقين والظن إلى قسمين:

1-قد يحصل المقصود بالمناسب من شرع الحكم يقيناً، كمصلحة عقد الزواج للحل.

2-وقد يحصل المقصود بالمناسب ظناً كالرجم لحفظ النسل.

---

[1] سبقت ترجمته ص 172

[2] ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 222

[3] ينظر: المصدر نفسه، 222-223

[4] كان حظ المصلحة في فقه الحنفية يكمن في الاستحسان والعرف. [ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 381، وللتوسع يراجع: المبسوط للسرخسي، 145/10]

والمصلحة المرسلة حجة عند مالك، واعتمد الشافعية والحنابلة على الاستصلاح، ولم يفردوه ويجعلوه أصلاً بمعنى كونه قسيماً للكتاب أو السنة والقياس، بل كان يعده أحد معاني القياس. [ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 367- 368، وللتوسع يراجع: الاعتصام، للشاطبي، 631، والرسالة، لمحمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعي، ت: 204هـ، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط1، عام، 1422هـ- 2001م، 239-240، وتخريج الفروع على الأصول، للزَّنْجاني، 320]

[5] المصالح المرسلة، للشنقيطي، 9-10

[6] ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 225

3-وقد يكون نفي الحصول أوضح، كنكاح الآيسة من أجل التناسل، ويجوز بناء الأحكام على جميع هذه الأقسام[1].

مثال كون دلالة الحال من المصالح المرسلة: ما نصت عليه المادة 40 فـ2 من قانون الأحوال الشخصية من أنه: لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات، على أنه إذا حصل حمل أو ولد ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات، ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

فإبرام العقد أمام القاضي أو نائبه يمنع من جحود الحقوق، أقيم مقام قصد التقليل من الخصومات ونكران الواجبات، وإبرامه في المحكمة وصف ظاهر منضبط ومناسب لتشريع هذا الحكم.

ومنها ما نصت عليه المادة 57 بأنه:

لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق وتعتبر باطلة ما لم تجرِ أمام القاضي، ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر.

فالزيادة أو الإنقاص من المهر بين الزوجين دون تثبيتها في المحكمة أمر خفي وغير منضبط، فقد يطلق الرجل امرأته أو تموت عنه، فيدعي الزوج أنها حطت من المهر، وقد يموت هو فتدعي امرأته أن زوجها فد زاد لها في مهرها، ولم يرد نص باعتبار تسجيل هكذا معاملة أمام المحكمة أو عدم تسجيلها، لكن المصلحة تقتضي التسجيل أمام المحكمة ضبطاً للحقوق، وهذا يرجع تقديره لولي الأمر، وعلى فرض وقوع زيادة أو نقص خارج المحكمة ودون توثيق فيمكن أن يعتد بها ديانة لا قضاء -والله تعالى أعلم-

وعلة تشريع هاتين المادتين أنهما يحدان من أثر ضروب الإكراه الأدبي وغيره التي قد يتعرض لها أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية، مما يدفعه لزيادة أو إنقاص المهر أو الإبراء منه، أو إجبار الولي بنته على الزواج، لذلك اشترط أن يكون التعبير عن إرادة أحد الزوجين في أي من هذه الأمور أمام القاضي لدرء شبهة الإكراه، وهذا ما ذُكر في الأسباب الموجبة لتعديل القانون عام 1975م، ولا ينكر أن هذا التعديل كان له أثر إيجابي[2].

---

[1] ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 7/264-265

[2] ينظر: قانون الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية وأسبابه الموجبة، لممدوح عطري، ص14

المبحث الخامس: كونها لا تخالف دليلاً شرعياً

مما اشترط في دلالة الحال أن تكون غير مخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع، فلا يبنى عليها حكم يخالف النص أو الإجماع لأن النص والإجماع لا تقاومهما دلالة الحال، بل تكون باطلة عندئذ[1]، وينقض الحكم إذا خالف النص والإجماع[2].

المطلب الأول: مخالفة الوصف نصاً شرعياً

يشترط في دلالة الحال ألا تخالف نصاً من نصوص القرآن الكريم، فإذا خالفته فلا عبرة بها لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة، 49]، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء، 105]، ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء، 59]، ولقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة، 44] وجه الاستدلال بهذه الآيات: أن الله تعالى أمر بوجوب التمسك بأحكام القرآن وتطبيق أوامره ونواهيه[3] فأية مخالفة لدلالة الحال لأي من نصوص القرآن أو السنة تجعلها ساقطة الاعتبار ولا يعتد بها.

وكذلك لا يجوز لدلالة الحال أن تخالف السنة وهي ما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير سواء ورد متواتراً أو آحاداً[4].

ودليل ذلك ما جاء عن أناس من أهل حمص، من أصحاب معاذ بن جبل[5] رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: ((كيف تقضي إذا عَرض لك قضاء؟))، قال: أقضي بكتاب الله، قال: ((فإن لم تجد في كتاب الله؟)) قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: ((فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟)) قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله

---

[1] ينظر: التحبير شرح التحرير للمرداوي، 3278/7، والتقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 186/3، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين الأصفهاني، 71/3

[2] ينظر: اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ت: 476هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 2003م- 1424هـ، 99

[3] ينظر: ضوابط المصلحة للبوطي، 129

[4] ينظر: المصدر نفسه، 161

[5] معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي الأنصاري الخزرجي، وكان يكنى أبا عبد الرحمن وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار، وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وآخى رسول الله صلى الله عليه و سلم بينه وبين عبد الله بن مسعود، وكان عمره لما أسلم ثماني عشرة سنة، وتوفي في طاعون عمواس سنة ثماني عشرة، وعمره ثمان وثلاثون سنة. [أسد الغابة لابن الأثير، 187/5-189]

عليه وسلم صدره، وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله))[1]. وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر سبيل معاذ في القضاء وهو ألا يعدل بكتاب الله شيئاً[2].

كذلك كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتركون الأحكام الاجتهادية بما يُروى لهم من الأخبار، فما روي عن أحد منهم أنه تمسك بقياس مع نقل نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بل كانوا يقولون أحياناً: لولا النص لكان كذا وكذا[3]، ولأنه "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[4] ودلالة الحال من قبيل الاجتهاد.

ومثال المصلحة التي تخالف الكتاب: تَساوي الابن والبنت في الإرث لتساويها في القرابة ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء، 11] فلا أثر لما يتوهم في ذهن بعض الباحثين من مصلحة تخالف دلالة مثل هذه النصوص؛ لأن دلالة المصلحة على الحكم دلالة ظنية مهما قويت أو ترجحت، ودلالة النص قطعية[5].

فتساوي قرابة الابن والبنت من أبيهما أو أمهما وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف الأبناء، وكان يصلح دليلاً على وجوب التساوي بين الابن والبنت، لكن الآية ألغت هذا الوصف الموهوم فصار هدراً.

ومثال مخالفة السنة: إجراء عقد الزواج بدون شهود، ذلك أن ركن العقود التراضي وقد وجد قياساً على العقود الأخرى كالبيع والإجارة، ووجود الإيجاب والقبول الذي يعبر عن التراضي منفرداً دون إحضار الشهود، وصف ظاهر ومنضبط ولا يختلف باختلاف المكلفين، ومناسب للحكم بصحة عقد الزواج دون وجود شهود، لكن هذه الدلالة لا يعمل بها لأنها مخالفة للسنة، فقد جاء في الحديث عن عائشة[6] رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له))[7].

---

[1] أخرجه أبو داود –واللفظ له– عن الحارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبة، كتاب الأقضية– باب اجتهاد الرأي في القضاء، 3592، ج، 303/3، والترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم– باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم: 1327، ج، 608/3، وهو حديث مرسل، "قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل". [نصب الراية للزيلعي، 63/4]

[2] ينظر: ضوابط المصلحة، للبوطي، 129

[3] ينظر: كتاب التلخيص في أصول الفقه، لأبي المعالي ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، ت: 478هـ، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية– بيروت، د.ت، 531/2

[4] مجلة الأحكام العدلية، المادة 14

[5] ينظر: ضوابط المصلحة للبوطي، 133

[6] سبقت ترجمتها ص 64

[7] أخرجه ابن حبان– باب الولي– ذكر نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، رقم: 4075، ج386/9، وقال: "لم يقل أحد في خبر بن جريج عن سليمان بن موسى، عن الزهري هذا ((وشاهدي عدل)) إلا ثلاثة أنفس: سعيد بن يحيى الأموي، عن

وجه الاستدلال: أن ما كان من عقد نكاح على غير ذلك الوجه المذكور في الحديث كالنكاح بغير شهود فهو باطل[1].

وعن ابن عباس رضي الله عنه[2]، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة))[3]، وجه الاستدلال: أن النكاح بغير شهود باطل عند الحنفية والشافعية[4]. فالنبي صلى الله عليه وسلم سماه بغاء.

المطلب الثاني: مخالفة الوصف الإجماع

كما لا يعتد بدلالة الحال إن خالفت النصوص الشرعية كذلك لا يعتد بها إن خالفت الإجماع.

مثاله: توريث ابن البنت مع ابن الابن لأن كلاً منهما فرع من فروع الميت ويستوي بإدلائه بأصل من أصوله إلى الميت، فالميت جد أو جدة ابن البنت كما أنه جد أو جدة ابن الابن، لكن هذا مخالف للإجماع، فقد "أجمعوا على أن ولد البنات لا يورثون ولا يَحجبون إلا ما اختلفت فيه من ذوي الأرحام"[5].

حفص بن غياث، وعبد الله بن عبد الوهاب الحجبي، عن خالد بن الحارث، وعبد الرحمن بن يونس الرقي، عن عيسى بن يونس، ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر"، والدارقطني- كتاب النكاح- رقم: 3533، ج323/4، "وقال هذا الحديث مروي من طرق أصحها ما رواه أبو حاتم ابن حبان" [البدر المنير لابن الملقن، 474/7]

[1] ينظر: مرقاة المفاتيح، لملا علي القاري، 2072/5

[2] سبقت ترجمته ص 61

[3] أخرجه الترمذي في سننه- أبواب النكاح- باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، رقم: 1103، ج403/3، وقال: "قال يوسف ابن حماد: «رفع عبد الأعلى هذا الحديث في التفسير وأوقفه في كتاب الطلاق ولم يرفعه»". "قال الترمذي: قال يوسف: رفع عبد الأعلى هذا الحديث في "التفسير"، ووقفه في "كتاب الطلاق"، ولم يرفعه، ثم أخرجه الترمذي عن قتيبة عن غندر عن سعيد نحوه، ولم يرفعه، قال: وهذا أصح، هذا حديث غير محفوظ، لا نعلم أحدا رفعه إلا ما روي عن عبد الأعلى، والصحيح ما روي عن ابن عباس". [نصب الراية للزيلعي، 167/3]

[4] ينظر: التيسير بشرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري، ت: 1031هـ، مكتبة الإمام الشافعي- الرياض، ط3، عام 1408هـ- 1988م، 440/1

[5] الإجماع لابن المنذر، 69، وينظر: الاختيار للموصلي، 105/5

الباب الثاني: التطبيقات الشائعة لدلالة الحال في الأحوال الشخصية

الفصل الأول: أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة

الفصل الثاني: أثر دلالة الحال في الفعل

الفصل الثالث: أثر دلالة الحال في اليد

الفصل الرابع: تطبيقات معاصرة لدلالة الحال

الفصل الأول: أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة

المبحث الأول: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإبطال

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال الإيجابية

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال السلبية (التروك)

المبحث الثاني: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإمضاء

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال الإيجابية

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال السلبية (التروك)

تمهيد: بعد أن أنهيت في الباب الأول الدراسة التأصيلية لهذا البحث، يأتي هذا الباب وهو الباب الثاني ليتناول الدراسة التطبيقية على فروع الأحوال الشخصية، حيث ذكرت فيه أبرز التطبيقات المشتهرة لدلالة الحال بين الفقهاء في قضايا الأحوال الشخصية، وقد قسمت هذا الباب إلى أربعة فصول، في الفصل الأول تحدثت عن أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة، وفي الفصل الثاني تحدثت عن أثر دلالة الحال في الفعل، وفي الفصل الثالث تحدثت عن أثر دلالة الحال في اليد، وفي الفصل الرابع: تحدثت عن تطبيقات معاصرة لدلالة الحال.

الفصل الأول: أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة

-إن التعبير عن الإرادة يعد أهم ركن من أركان أي عقد من العقود أو تصرف من التصرفات كالزواج والطلاق والوصية... ويأتي هذا الفصل كتطبيق من تطبيقات دلالة الحال ليبين أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون بإمضاء العقد أو التصرف أو بإبطاله، وكل ذلك يمكن أن يتم بعمل إيجابي أو سلبي.

ويقال: "عبر عما في نفسه تعبيراً: أعرب وبين... واللسان يعبر عما في الضمير"[1].

و"أراد الشيء: شاءه"[2]، "الإرادة: المشيئة"[3].

وإن التعبير عن الإرادة في أي عقد من العقود أو تصرف من التصرفات يمكن أن يكون إبطالاً لهذا العقد أو التصرف أو إمضاء له.

المبحث الأول: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإبطال

إن التعبير عن الإرادة بإبطال العقد أو التصرف يمكن أن يكون بعمل إيجابي ويمكن أن يكون بعمل سلبي.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال الإيجابية

أولاً: اعتبار دلالة الحال في العدول عن الخطبة

إن حال الخاطب أو المخطوبة يمكن أن تدل على فسخ الخطبة، وقد يكون ذلك بعمل إيجابي، كما لو قام الخاطب بإعادة خاتم الخطوبة إلى مخطوبته أو أهلها؛ لأن هذا التصرف يعد عرفاً عدولاً عن الخطبة، وكذلك لو قامت المخطوبة أو أهلها بإعادة الذهب أو الهدايا للخاطب، فهذه التصرفات تدل دلالة واضحة على عدم الرضا باستمرار الخطبة، وبما أن الرضا أمر خفي فتقام هذه التصرفات المذكورة مقام التصريح بعدم الرغبة باستمرار الخطبة.

ثانياً: اعتبار دلالة الحال في منع انعقاد عقد الزواج لإعراض أحد الطرفين قبل القبول

ذكر الحنفية أن من الشروط التي ترجع إلى مكان العقد: اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين، فيشترط أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح، بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس، لا ينعقد العقد[1].

---

[1] تاج العروس، لمرتضى الزَّبيدي، 502/12

[2] لسان العرب لابن منظور، مادة رود، 188/3

[3] مختار الصحاح للرازي، 131

فالقيام من مجلس العقد أو الاشتغال بعمل آخر غير موضوع العقد تصرف إيجابي، وهو وصف ظاهر ومنضبط يدل على الإعراض، ومناسب للحكم بالإعراض، فأقيم مقام التصريح برفض العقد.

جاء في الهداية: "وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل الإعراض والرجوع"[2]، وهذا بخلاف الخلع حيث لا يبطل بقيام الزوج؛ لأنه يمين من جهته، والقبول شرط والأيمان لا تبطل بالقيام، ولم يشترط الحنفية الفورية في القبول؛ لأن القبول يحتاج إلى التروي والتفكر والتأمل، فتجعل ساعات المجلس كساعة واحدة، لأنه جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج[3].

وذكر الحنفية أمثلة لما يتبدل به المجلس فيتبدل تارة حقيقة بالتحول إلى مكان آخر، وتارة حكماً بالأخذ في عمل آخر، والمراد بالعمل: ما يعلم به أنه قطع لما كان العاقد فيه لا مطلق العمل، وذكروا أمثلة أخرى لما لا يتبدل به المجلس ومن أمثلة هذا الأخير:

1-الأكل: إذا أكل العاقد شيئاً يسيراً من غير أن يدعو بطعام.

2-شرب الماء لا يبطل العقد؛ لأن الإنسان قد لا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون دليل الإعراض.

3-اللباس: إذا لبست المرأة ثيابها من غير أن تقوم من ذلك المجلس أو سبَّحت أو قرأت آية؛ لأن ذلك عمل قليل.

4-القعود كما لو كانت قائمة فقعدت لأنه دلالة الإقبال؛ لأن القعود أجمع للرأي فهو سبب الاستراحة، وكذا لو كانت قاعدة فاتكأت أو كانت متكئة فاستوت قاعدة؛ لأنه دلالة الجد في التأمل كما إذا كانت محتبية فتربعت.

وإذا دَعَت المرأة أباها للمشورة أو دَعَت شهوداً للإشهاد لا يبطل المجلس؛ لأن الاستشارة لتحري الصواب، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة[4] رضي الله عنها بمشاورة والديها قبل أن تجيبه فعن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءها حين أمره الله أن يخير أزواجه، فبدأ بي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((إني ذاكرٌ لك أمراً، فلا عليك أن لا تستعجلي حتى تستأمري أبويك)) وقد علم أن أبويَّ لم يكونا يأمراني بفراقه، قالت: ثم قال: إن الله قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِك ﴾ [الأحزاب: 28] إلى تمام الآيتين، فقلت له: ففي أي هذا أستأمر أبوي؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة[5].

والإشهاد للتحرز عن الجحود فيكون دليل الإقبال[6].

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 232/2

(2) الهداية للمرغيناني، 23/3

(3) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 4/4

(4) سبقت ترجمتها ص 64

(5) أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب تفسير القرآن- باب قوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28] رقم: 4785، ج117/6، ومسلم كتاب الطلاق- باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، رقم: 1475، ج1103/2

(6) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 224/2

ومن أمثلة التصرفات التي يبطل بها المجلس:

1-إذا دعت بطعام فأكلت 2-أو قامت 3-أو اغتسلت 4-أو امتشطت 5-أو اختضبت؛ لاشتغالها بعمل آخر لا يحتاج إليه فيكون إعراضاً، 6-وكذا لو كان العاقد قاعداً فاضطجع في رواية عن أبي يوسف[1] وهو قول زفر[2]؛ لأنه دليل التهاون فيكون إعراضاً، وعن أبي يوسف أنه لا يكون إعراضاً؛ لأن الإنسان قد يضطجع للتأمل فلا يكون دليل الإعراض، 7- لو قامت إلى الشفع الثاني في صلاة النفل بطل خيارها، وعن محمد[3] في الأربع قبل الظهر لا يبطل خيارها؛ لأنها صلاة واحدة وهو الصحيح، ولو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمَّتها لا يبطل خيارها، وكذا لو كانت في النفل فأتمتها ركعتين، 8-ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها، وحكم السفينة كحكم البيت؛ لأن جريان السفينة لا يضاف إلى راكبها لعدم قدرته على الإيقاف والتسيير، قال الله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ﴾ [يونس: 22] وجه الاستدلال: أن الله تعالى أضاف الجري إلى السفينة فلا يعد إعراضاً ما دام العاقدان في المجلس، أما إن تحول أحدهما بطل المجلس كما في البيت، وعن أبي يوسف[4] أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها[5].

وقد لخصها ابن عابدين[6] كلَّها في الحاشية بأن المجلس يختلف باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كالأكل إلا إذا كان لقمة، والشرب إلا إذا كان الإناء في يده، والنوم إلا أن يكونا جالسين، والصلاة إلا إتمام الفريضة أو شفع نفلاً، والكلام ولو لحاجة، والمشي مطلقاً في ظاهر الرواية، فلو عقدا وهما يمشيان أو يسيران ولو في سيارة واحدة لم يصح، وإن أجاب على فور كلامه متصلاً جاز، ولو قَبِل بعد المشي خطوة أو خطوتين جاز، ولو كان العاقد قائماً فقعد لم يبطل، وكذا لو ناما جالسين بخلاف ما لو ناما مضطجعين أو نام أحدهما[7].

ويخرَّج على ما ذكره الفقهاء: تغيير الحديث عن عقد الزواج من قبل أحد العاقدين، وقراءته لكتاب أو مجلة أو جريدة... وعمله على الحاسب وتشاغله باتصال هاتفي... وكذلك كل تصرف يدل على الإعراض.

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال السلبية (التروك)

أولاً: اعتبار دلالة الحال في العدول عن الخطبة

كما أن دلالة الحال يمكن أن تدل على فسخ الخطبة بعمل إيجابي، يمكن أن تدل على ذلك بعمل سلبي، كعدم حضور المخطوبة حفلة خطوبتها، وعدم ردها أو رد وليها على الهاتف، أو عدم فتح باب المنزل للخاطب

---

(1) سبقت ترجمته ص 89

(2) سبقت ترجمته ص 153

(3) سبقت ترجمته ص 89

(4) سبقت ترجمته ص 89

(5) ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 2/224-225

(6) سبقت ترجمته ص 12

(7) ينظر: حاشية ابن عابدين، 4/527-528

وأهله مع التيقن أو غلبة الظن أو الظن بوجودها وأهلها في المنزل، لكن ينبغي أن يتكرر عدم الرد ثلاث مرات على الأقل؛ لأنه أقل الجمع[1] والثلاث تدل على الكثرة، وقد يكون عدم الرد لمرة أو مرتين نتيجة تشاغل أو مرض أو غير ذلك، فهذه أوصاف ظاهرة منضبطة لا تختلف باختلاف الناس تدل على عدم الرضا.

ثانياً: اعتبار دلالة الحال في منع انعقاد عقد الزواج لسكوت أحد الطرفين بعد الإيجاب

لم يشترط الحنفية والحنابلة الفورية في إجراء عقد الزواج، بينما اشترط المالكية والشافعية عدم الفصل بين الإيجاب والقبول على التفصيل الآتي:

ينعقد عقد الزواج بإيجاب وقبول في المجلس، لكن لا يشترط الفور عند الحنفية، فالسكوت بعد الإيجاب لا يضر إذا قبل بعده[2].

فلو قال ولي المخطوبة: زوجتك بنتي فسكت الخاطب، فقال أبو الفتاة: ادفع المهر، فقال: نعم فهو قبول، وقيل: لا، وهذا القول يخالف القول المختار من عدم اشتراط الفورية، ويجاب عنه بأنه قد يكون منشأ هذا القول من جهة أنه كان متصفاً بكونه خاطباً، فحيث سكت ولم يجب على الفور كان رجوعاً[3].

جاء في البحر الرائق: "الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض"[4].

ونص المالكية على أنه لو حصل فاصل يقتضي إعراض العاقدين عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جواباً للكلام السابق في العرف لا ينعقد العقد[5]، وذكروا أنه لا بد من الفورية بين الإيجاب والقبول، فلا يجوز الفصل بينهما بغير خطبة النكاح، ويستثنى من اشتراط الفورية بين الإيجاب والقبول مسألة، وهي أن يقول الشخص في مرضه: إن متُّ فقد زوجتُ ابنتي فلانة من فلان المشار إليها[6].

وذكروا أنه لا خلاف أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس، وأنه إذا أوجب أحد المتعاقدين فسكت الآخر ولم يقبل حتى افترقا، ثم أتى بعد ذلك، فقال: قبلت أنه لا يلزم العقد[7].

جاء في القوانين الفقهية: و"إن تراخى فيه القبول عن الإيجاب يسيراً جاز"[8].

وقالوا: إن "الفصل بين الإيجاب والقبول بخطبة الزوج مغتفر، وكذا بسكوت أو كلام قدرها"[1].

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 42/1، والقوانين الفقهية، لابن جزي، 110، ومواهب الجليل، للحطاب، 484/2، ونهاية المطلب، للجويني، 179/11، والمغني لابن قدامة، 127/5

و"قال القاضي أبو بكر: مذهب مالك رحمه الله أن أقل الجمع اثنان" [الذخيرة للقرافي، 94/1]

[2] ينظر: درر الحكام للمنلا خسرو، 326/1

[3] ينظر: حاشية ابن عابدين، 14/3

[4] البحر الرائق، لابن نجيم، 338/3

[5] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 240/4- 241.

[6] ينظر: الفواكه الدواني، لشهاب الدين النفراوي، 5/2

[7] ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 187/3

[8] ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، 131/1

واشترط الشافعية أن لا يتخلل الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولا سكوت طويل، وأن يتوافقا معنى[2]،

فإن طال الذكر الفاصل بين الإيجاب والقبول بحيث يُشعر بالإعراض عن القبول، فلا يصح النكاح، وضبطوا الفاصل بأنه ما يعد فاصلاً عرفاً[3]، فإن وجد سكوت يدل مثله على إعراض القابل أو نسيانه، أو غفلته، أو على اشتغاله بالفكر فيما هو بصدده؛ فهذا يقطع الإيجاب عن القبول[4].

أما إن تخلل بين الإيجاب والقبول زمان يسير يجري مجرى بلع الريق وقطع النفس فيصح العقد؛ لأن ذلك لا يمكن الاحتراز منه[5].

وقال الحنابلة: إن تراخى القبول عن الإيجاب أو عكسه فيصح ما دام العاقدان في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً، وإن تفرقا قبل الإتيان بما بقي منهما، أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً فلا ينعقد العقد؛ لأن ذلك إعراض عن العقد فيشبه التصريح بالرد[6]؛ "لأنه مع التشاغل يعد كالمعرض عن الإيجاب، فلم يصح بعده كما لو رده"[7].

ويخرج على هذه الحالات ما لو كان يجري عقداً عبر Facebook أو Email أو Skype أو Viber أو ... Messenger أو الهاتف فأغلق القابل البرنامج أو الهاتف فهو إعراض عن العقد يبطل به الإيجاب.

(فالحكم العام هنا: الإيجاب يبطل في عقد الزواج بما يدل على الإعراض عرفاً)

ثالثاً: اعتبار دلالة الحال في فسخ الخلع لسكوت أحد الطرفين قبل القبول

الخَلع: النزع، والخُلع، بالضم: طلاق المرأة ببدل منها، كالمخالعة والتخالع، وقد خلع امرأته خلعاً وخالعها، إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه[8].

واصطلاحاً: هو "عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع"[9]، وقيل: هو "طلاق بعوض"[10]، أو هو "فرقة بِعِوَض مقصود راجع إلى الزوج"[11]، أو هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة[12].

وفائدة الخلع: تخليص المرأة من الزوج على وجه لا رجعة له عليها إلا برضاها[1].

---

[1] ينظر: منح الجليل، لعليش، 257/3

[2] ينظر: حاشية الجمل، 302/4

[3] ينظر: نهاية المحتاج للرملي، 207/6

[4] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 182/12

[5] ينظر: البيان للعمراني، 236/9

[6] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 147/3-148

[7] المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، 96/6

[8] ينظر: تاج العروس للزَّبيدي، مادة خلع، 518/20-519

[9] العناية شرح الهداية للبابرتي، 211/4

[10] حاشية الدسوقي، 347/2

[11] أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، 241/3

[12] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 212/5

والخلع على المال يفتقر إلى الإيجاب والقبول، فتقع به الفرقة ويستحق به الزوج العوض منها، لكنه بالنسبة إلى الزوج في معنى اليمين وبالنسبة إلى المرأة في معنى المعاوضة، فإذا قال الزوج: خالعتك على مئتي ألف ليرة فلا يصح رجوعه عن ذلك ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها، ولا يتوقف على حضورها المجلس، بل يجوز وإن كانت غائبة، فإذا بلغها الخبر فلها القبول في مجلسها[2].

وإن تخلل بين الإيجاب والقبول سكوت في زمن متطاول، يدل مثله على إعراض القابل أو نسيانه، أو غفلته، أو على اشتغاله بالفكر فيما هو بصدده؛ فهذا يقطع الإيجاب عن القبول، وإن قصر زمان السكوت، ولم يشعر بما ذكر لم يضر[3].

وذكر المالكية أنه إن عَلَّق الزوجُ الخلع بقبضه مبلغاً من المال، كأن قال إن أقبضتيني أو أديتيني كذا فأنت طالق فلا يختص القبض أو الأداء بالمجلس، بل متى أعطته ما طلبه منها وقع الطلاق ولو بعد المجلس ما لم يطل، بحيث يرى أن الزوج لا يجعل التمليك إليه إلا لقرينة تدل على أنه أراد المجلس فقط، فتختص به عملاً بالقرينة[4].

ويشترط عند الشافعية والحنابلة القبول فوراً، ولا يضر الفصل اليسير ولو بكلام أجنبي[5] إذا كانت صيغة قول الرجل على صيغة المعاوضة[6]، فتقتضي جواباً عاجلاً، وينبغي أن لا يتخلل زمان يشعر تخلله بإعراض المخاطب عن الجواب؛ فإذا تخلل مثله بطل التواصل، ولو وجد قبول بعد ذلك فلا يؤثر.

ولو طال الزمان وكان المجلس الواحد جامعاً لهما فينقطع العقد، ولا أثر لاتحاد المجلس[7].

وقد نصت المادة 183من مجلة الأحكام العدلية بأنه: لو صدر من أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك[8].

ضابط اتحاد المجلس: المجلس المتحد أن لا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس، أو ما هو دليل الإعراض[9].

ثالثاً: اعتبار دلالة الحال في بطلان الوصية برجوع الموصي عن الوصية دلالة

---

(1) ينظر: المصدر والموضع نفسه

(2) ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي، 199/2-200

(3) ينظر: نهاية المطلب للجويني، 182/12، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 481/7

(4) ينظر: الشرح الكبير للدردير، 358/2، وحاشية الصاوي، 532/2

(5) ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، 119/3 و 242/3، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، 480/7

(6) ذلك أن الخلع يقع عندهم بصيغة التعليق وبصيغة المعاوضة. [ينظر: نهاية المطلب للجويني، 334/13]

(7) ينظر: نهاية المطلب للجويني، 370/13-371، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 99/3

(8) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، 38

(9) ينظر: حاشية ابن عابدين، 527/4-528

"عقد الوصية جائز غير لازم إجماعاً"[1]، فللموصي الرجوع في وصيته لأنها عطية لم يزُل عنها ملك معطيها فأشبهت الهبة قبل القبض، وليس للموصي الرجوع في عطايا مرضه لزوال ملكه[2].

ويملك الموصي الرجوع ما دام حياً؛ لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب، وهو محتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى كما في الهبة والصدقة[3].

ورجوع الموصي في الوصية قد يكون بقول أو دلالة[4]، والرجوع قد يكون صريحاً، بأن يقول: رجعت عن الوصية -وهذا لا خلاف فيه وهو ليس محل البحث- وقد يكون دلالة —وهو محل البحث- بأن يفعل الموصي بالشيء الموصى به فعلاً يدل على الرجوع، كما لو باع أو وهب أو قطع الثوب الموصى به، أو ذبح الشاة الموصى بها؛ لأن الوصية تبرع فيجوز الرجوع عنها مطلقاً كما في الهبة قبل القبض؛ ولأن قبول الوصية يتم بعد الموت فيجوز الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر العقود كالبيع وغيره[5].

مثال ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه ويعد رجوعاً: ما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه، وكذا إذا اتصلت بعين الموصى به زيادة -بفعل الموصي تحرزاً عن سمن الشاة ونماء الثمر- لا يمكن تمييزها ولا يستحق عليه نقضها فإنه يكون رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك الزيادة ولا يجب عليه ذلك، فيدل على الرجوع وذلك كالسويق إذا لتَّه بالسمن -وكالسكر والبن إذا جعلهما قهوة-، أو بنى بناء في الدار الموصى بها، وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه بأن باع الموصى به ثم اشتراه بطلت الوصية، ولو ذبح الشاة تبطل الوصية بنفس الذبح لأنه يدل على الرجوع لأن الذبيحة لا تبقى إلى ما بعد الموت[6].

قال ابن عابدين[7]: "وإذا ذبح الشاة الموصى بها كان مجرد الذبح رجوعاً وكان ينبغي عدمه، لأنه نقصان كقطعه الثوب ولم يخِطْه وهدم بناء الدار، ولكن نقول: الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل الرجوع؛ لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت"[8].

-ولو أوصى بقميص ثم نقضه وجعله عباءة يكون رجوعاً.

-ولو أوصى بدار ثم جصصها أو هدمها لا يكون رجوعاً لأن البناء تبع والتجصيص زينة، وكذلك لو غسل الثوب الموصى به لإزالة الوسخ.

-ولو قال: أوصيت بهذه السيارة[1] لفلان ثم قال أوصيت بها لفلان آخر تكون شركة، ولو قال: السيارة التي أوصيت بها لفلان هي لفلان تكون للثاني ولا تكون شركة، ولو قال: السيارة التي أوصيت بها لفلان فقد

---

[1] شرح مختصر خليل، للخرشي، 172/8

[2] ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، 309/8

[3] ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي، 223/3، وبدائع الصنائع للكاساني، 378/7

[4] ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، 309/8

[5] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 186/6

[6] ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي، 223/3-225

[7] سبقت ترجمته ص 12

[8] حاشية ابن عابدين، 658/6

أوصيت بها لفلان فهي شركة[2].

-ولو أوصى برطب فصار تمراً لا تبطل الوصية استحساناً، بخلاف ما إذا أوصى بعنب فصار زبيباً؛ لأن الرطب والتمر جنس واحد، ولهذا يجوز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السَلَم، ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول أو بعده[3].

-وكذا إذا خلط الشيء الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تميزه، أو أمكن تميزه ولكن بعسر كشعير ببُرٍّ.

-وتبطل وصية المريض لامرأة تزوجها بعد الوصية؛ لأنه يعتبر لجواز الوصية كون الموصى له وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية، فلو أوصى لزوجته ثم طلقها ثلاثاً أو واحدة ومضت عدتها ثم مات الموصي صحت الوصية[4].

وذكر المالكية أن الرجوع عن الوصية يكون بالقول ويكون بالفعل: كتفصيل قطعة قماش أوصى بها ثم فصلها ثوباً مثلاً، فإنه تبطل الوصية به لزوال الاسم، بخلاف ما لو قال: أوصيت بالثوب ثم فصَّله فلا تبطل، وكتخليص حب زرع بتذريته، فإذا أوصى بزرع ثم حصده ودرسه بدون تذرية لا تبطل على المعتمد [5].

وكما لو أوصى بغزل فحاكه ثوباً أو أوصى له برداء فقطعه قميصاً، وكما لو أوصى بفضة فصاغها خاتماً، أو بشاة فذبحها فهو رجوع؛ لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشي به أو غزله[6].

وذكر الشافعية أن الرجوع عن الوصية قد يكون بقول، أو دلالة فعل.

1-أما القول فهو أن يقول صريحاً: رجعت في وصيتي أو قد أبطلتها، فتبطل به وصيته.

2-وأما دلالة الفعل فهو أن يوصي ببيع الموصى به، أو يهب الموصى به[7]، ولو بنى في الأرض الموصى بها أو غرس، فهو رجوع على الأصح[8]، أما لو زرعها الموصي فليس رجوعاً؛ لأن الزرع لا يبقى[9].

قال الشافعي[10] رحمه الله تعالى: "ولو كان الموصى به قمحاً فخلطه بقمح أو طحنه دقيقاً فصيره عجيناً كان أيضاً رجوعاً".

ولو أوصى له بحنطة فطحنها الموصي كان ذلك رجوعاً لزوال الاسم عنها بالطحن، ولنية استهلاكها بالأكل، وكذلك لو بذرها أو بلَّها بالماء، وكذلك لو أوصى له بدقيق فصيَّره عجيناً؛ لأنه قصد به الاستهلاك، وكذا لو أوصى

---

[1] في الكتاب المثال عن العبد

[2] ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي، 3/224-225

[3] ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، 6/187

[4] ينظر: حاشية ابن عابدين، 6/659

[5] ينظر: حاشية الصاوي، 4/587

[6] ينظر: التاج والإكليل، للعبدري، 8/522-523

[7] ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، 8/311

[8] ينظر: روضة الطالبين للنووي، 6/310

[9] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 8/315

[10] سبقت ترجمته ص 32

له بعجين فخبزه لزوال الاسم دون الاستهلاك، وكذا لو أوصى بقطن فغزله لزوال الاسم عنه، ولو أوصى له بثوب فقطعه قميصاً كان رجوعاً لانتقال الاسم وقصد الاستعمال، وكذا لو صبغه، ولو غسله لم يكن رجوعاً، ولو أوصى بشاة فذبحها: كان رجوعاً لزوال الاسم وقصد الاستهلاك، ولو أوصى له بلحم فقدده لم يكن رجوعاً؛ لأنه بالتقديد يريد حفظه واستبقاءه، ولو طحنه كان رجوعاً لأنه صار مستهلكاً.

ولو أوصى له بسبيكة فضة، فجعلها دراهم، أو صاغها حلياً: كان رجوعاً، لانتقال الاسم.

ولو أوصى له بعنب، فجعله عصيراً، أو بزيتون فجعله زيتاً، أو بسمسم فجعله شَيرجاً، كان رجوعاً.

ولو أوصى برطب فجففه تمراً أو بعنب فجففه زبيباً، لم يكن رجوعاً، لأنه بذلك يدخر وهو على صفته، وإذا أوصى له دار فهدمها كان رجوعاً.

ولو جعل الدار حماماً -أي عاماً- كان رجوعاً، لكن لو أعاد إعمارها لم يكن رجوعاً[1].

ولو عرض العين الموصى بها على البيع، كان ذلك رجوعاً عن الوصية وإن لم يبعها، وكذلك لو وكل.

ولو رهن الموصى به، ففي المسألة وجهان: أحدهما: أنه يكون رجوعاً؛ لأن مقصود الرهن بيع المرهون في الدين، فلا يَقِلُّ الرهن عن العرض على البيع.

والوجه الثاني: أنه لا يكون رجوعاً؛ لأن الذي يضمر إبقاء الوصية قد يرهن الموصى به لحاجة، مع إبرامه العزم على فك الرهن، فلا يكون الرهن من علامات الرجوع.

ولو وهب العين الموصى بها، يكون ذلك رجوعاً؛ فإن الهبة عقد تمليك، ولا يتوقف حصول الرجوع على القبض[2].

وذكر الحنابلة من التصرفات التي تعد رجوعاً عن الوصية التصرفات الآتية:

1. لو أوصى بالشيء الموصى به لآخر فهو شركة بينهما لتعلق حق كل واحد منهما على السواء.
2. لو باع الموصي ما أوصى به أو وهبه أو رهنه أو تصدق به فهو رجوع؛ لأنه إزالة للملك وهو ينافي الوصية.
3. لو أكل الشيء الموصى به أو أطعمه أو أتلفه أو عرضه للبيع أو الرهن فهو رجوع لدلالته عليه.
4. لو جعل الشيء الموصى به مهراً لامرأة نكحها لنفسه أو غيره أو جعله عوضاً في خلع أو جعله أجرة في إجارة لما فيه من إزالة ملكه عنه.
5. لو خلط الموصى به بغيره على وجه لا يتميز كزيت بزيت.
6. لو أزال اسم الموصى به أو زال اسمه بغير فعله، كطحن الحنطة أو خبز الدقيق وعجنه أو نسج الغزل أو خاط الثوب قميصاً.
7. لو صاغ السبيكة الموصى بها دراهم.
8. لو ذبح الشاة الموصى بها.

---

[1] ينظر: الحاوي، للماوردي، 316/8-317

[2] ينظر: المصدر نفسه، 330/11

9. لو بنى أو غرس ما أوصى به بأن كان حجراً فبناه، وكذلك لو غرس الأرض الموصى بها أو بناها فهو رجوع أيضاً في أصح الوجهين عند الحنابلة لأنه للدوام فيشعر بالصرف على الأول.
10. لو انهدمت الدار الموصى بها أو أعاد الموصي داراً انهدمت[1].

ونصوا على أن التصرفات الآتية لا تعد رجوعاً:

1. جحود الموصي الوصية ليس رجوعاً لأنها عقد، فلا تبطل بالجحود كسائر العقود.
2. إجارة الموصي العين الموصى بها أو زرع الأرض الموصى بها.
3. خلط الموصي الموصى به بما يتميز منه كحنطة بباقلاء.
4. لبس الموصي الثوب الموصى به.
5. سكن الموصي المكان الموصى به لأنه لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يمنع التسليم.
6. لو أوصى الموصي بثلث ماله فتلف المال الذي كان يملكه حين الوصية أو باعه ثم ملك مالاً غيره فليس رجوعاً؛ لأن الوصية بجزء مشاع من المال الذي يملكه حين الموت فلا يؤثر ذلك فيها.
7. لو انهدمت الدار الموصى بها ولم يزل اسمها.
8. لو غسل الثوب الموصى به لأنه لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يمنع التسليم[2].

وبالمقارنة فيما بين المذاهب الأربعة يتبين أنهم اتفقوا على أن ذبح الشاة الموصى بها يعد رجوعاً، وكذلك تفصيل القماش الموصى به ثوباً، وكذلك بيع الشيء الموصى به وهبته، وزياته زيادة متصلة أو خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه وفرزه، وكذلك صياغة السبيكة خاتماً أو دراهم.

واتفقوا على أن تجصيص الدار وغسل الثوب الموصى به أو لبسه لا يعد رجوعاً.

واختلفوا في الرطب إذا صار تمراً فلا تبطل الوصية عند الحنفية لأنهما جنس واحد بخلاف العنب إذا صار زبيباً لأنهما جنسان، وقال الشافعية في الرطب والعنب: إنهما ليسا برجوع لأنه بذلك يدخر وهو على صفته.

والخلاصة أن الفقهاء اتفقوا على كون بعض التصرفات من قبيل الرجوع لقوة الدلالة وظهورها، واتفقوا على كون بعض التصرفات ليست برجوع لضعف الدلالة على الرجوع، واختلفوا في بعضها فمنهم من عدها رجوعاً ومنهم من لم يعدها.

والذي يستنبط من الأمثلة التي ساقوها أن كل تصرف من الموصي يغير اسم الموصى به أو يزيل ملكه عنه

وضابط الرجوع الذي ذكره الحنفية: أن كل فعل يوجد من الموصي وفيه دلالة على إبقاء الملك لنفسه يكون رجوعاً، وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية لا يدل على الرجوع، كما إذا وجد منه فعل لو فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك للمالك ويصير ملكاً له[3]، وكل تصرف يوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع[1].

---

[1] ينظر: كشاف القناع للبهوتي 4/349-350

[2] ينظر: كشاف القناع للبهوتي 4/350

[3] ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي، 3/223-225

وضابط الرجوع عن الوصية عند الشافعية أن "كل ابتداء لو تم لكان مزيلاً، فهو في ابتدائه يكون رجوعاً عن الوصية"[2].

وقد نص القانون السوري في المادة 221 على أنه:

يعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بأنه لم يقصد الرجوع.

وفي المادة 222

لا يعتبر إنكار الوصية رجوعاً ولا الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمها إلا بها.

---

[1] ينظر: الهداية للمرغيناني، 517/4

[2] نهاية المطلب، للجويني، 55/5

المبحث الثاني: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإمضاء

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال الإيجابية

وذلك كاعتبار صيغة الإيجاب والقبول –كتابة أو إشارة خاصة في هذا البحث– معبراً عن الرضا، والصيغة: "هي ما يظهر الإرادة من لفظ أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، وإظهار الإرادة لا بد منه، فلا عبرة بالإرادة الباطنة"[1].

أو "هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة، وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول، وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما، وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهائنا، ويسمى عند القانونيين (التعبير عن الإرادة)"[2].

والصيغة هي التي تعبر عن الإرادة العقدية، والإرادة: هي القوة المولدة للعقد، والعقد: هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعي، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين، والكلام أو التعبير هو ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة، والإرادة نوعان: باطنة حقيقية، وظاهرة.

والإرادة الباطنة: هي النية أو القصد، والإرادة الظاهرة: هي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة[3]، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد، وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون، لم تُفِد شيئاً، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق أو الوقف لا يصبح بمجرد نيته مطلِّقاً أو واقفاً[4].

والرضا في العقود من الأوصاف الخفية التي لا يطلع عليها، فتجعل الكتابة أو الإشارة قائمة مقامه؛ لأنه يظن عندها، ويُلغَى الرضا إذا انفرد، حتى لو اعترف بأنه رضي بالعقد في الزمن الماضي من غير أن تكون صيغة بالكتابة أو الإشارة –هنا في هذا البحث– قد صدرت منه لم يصح زواجه، فإذا أقام الشرع مظنة الوصف مقامه أعرض عن اعتباره في نفسه، ولا بد أن يكون الرضا متوقعاً مع المظنة فلو قطعنا بعدم الرضا عند المظنة، فالقاعدة أنه لا يترتب على المظنة حكم، كما لو قطعنا بعدم الرضا مع الإكراه على صدور الصيغة[5].

وعقد الزواج لا يخرج عن أن يكون باللفظ للقادر عليه، أو بالكتابة للغائب، أو بالإشارة للعاجز عن النطق، فلا ينعقد بالتعاطي خلافاً لباقي العقود؛ لأن المعاوضات المالية يمكن أن يقوم فيها تسليم المبيع والثمن من الطرفين مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على رضاهما، وعقد الزواج لا يكفي فيه مجرد الرضا بالاستمتاع، بل لابد أن يكون على أساس الحياة المشتركة المؤبدة، فتسليم الرجل المهر وتسليم المرأة نفسها لا يدل على هذه الإرادة، بل يلتبس فيه

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، 63/6

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 447/4

[3] أو ما يقوم مقامها كالتعاطي في البيوع

[4] ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 545/4

[5] ينظر: الفروق للقرافي، 165/2-167

الأمر بين أن يكون المال المدفوع أجراً على السفاح وبين أن يكون مهراً في العقد، كما يلتبس تسليم المرأة نفسها بين أن يكون على سبيل السفاح أو على سبيل الزواج وما دام الأمر كذلك فلا ينعقد بالتعاطي بالإجماع[1].

والتعبير عن الإرادة يكون بالصيغة نطقاً أو كتابة وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 173 كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً[2].

وهذا ما اعتمده قانون الأحوال الشخصية السوري في عدة مواد له حيث نص في المادة 5 على أنه:

ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر.

ونصت المادة 6 على أنه يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً.

والمادة 10 على أنه يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة.

والمادة 11 على أنه الإعراض من أحد الطرفين قبل القبول يعني رفض العقد.

والمادة 87 الفقرة 1- على أنه يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ويفهم من هذه المادة أن الأخرس إذا كان يستطيع الكتابة فلا تغني إشارته، بل يستطيع التعبير عن إرادته بالتطليق كتابة، وهذا أقوى دلالة من الإشارة لأنها تحتمل أكثر من معنى [3].

ولا بد من الإشارة إلى أن القانون السوري سوى بين اللفظ والكتابة في الطلاق بالنسبة للقادر عليهما فقد تكون الكتابة أقوى دلالة من حيث الثبوت من اللفظ[4].

ونصت المادة 208 على أنه تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة.

لكن القانون لم يأخذ بدلالة الحال في عدم وقوع الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة ولم يوقعها إلا واحدة، فقد نصت المادة 92 على أن "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً".

ومن أمثلة هذا النوع اعتبار الصيغة في انعقاد الوصية بالعبارة أو بالكتابة والإشارة

فقد اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالكتابة أو بالإشارة من حيث الجملة على التفصيل الآتي:

نص الحنفية على أنه تعد كتابة الأخرس وإيماؤه في الوصية كالبيان، وهو النطق باللسان ويلزمه الأحكام المترتبة على الإشارة؛ لأن الإشارة تكون بياناً من القادر فمن العاجز أولى[1]، بخلاف معتقل اللسان في الوصية والنكاح والطلاق.

---

[1] ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للسباعي، 59

[2] مجلة الأحكام العدلية، 35

[3] شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للصابوني، 30

[4] ينظر: المصدر نفسه، 31

واستدلوا بأن الإشارة تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان، حتى لو امتد ذلك وصارت إشارته معهودة صار بمنزلة الأخرس، وقدروا مدة الامتداد بشهر، وقيل: ستة أشهر، وقيل: سنة، وما عليه الفتوى أنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس، لأن التقصير جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت بخلاف الأخرس؛ لأنه لا تفريط من جهته، وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام؛ لأن الإشارة تكون بياناً من القادر على النطق فالعاجز أولى[2].

وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له: أتَشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه، أي نعم، أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في من اعتقل لسانه[3].

ونص المالكية على أن الوصية تكون بلفظ صريح: كأوصيت، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة، ولو من القادر على الكلام[4].

وذكر الشافعية أن صيغة الوصية هي ما أشعر بها من لفظ أو نحوه، كإشارة وكتابة صريحاً كان أو كناية، والكتابة كناية فتنعقد بها مع النية ولو من إنسان ناطق، ولا بد من الاعتراف بها نطقاً منه أو من وارثه، وإن قال: هذا خطي وما فيه وصيتي[5]، وينبغي أن تكون الإشارة والكتابة مفهمة، وكذا الناطق إذا سكت وأشار برأسه أن نعم وقد قرئ عليه كتاب الوصية[6].

ولا تصح الوصية عند الحنابلة ممن اعتقل لسانه بإشارة ولو فهمت، إذا لم يكن ميئوساً من نطقه كالقادر على الكلام، ولا تصح الوصية من الأخرس الذي لا تفهم إشارته، فإن فهمت صحت الوصية؛ لأن تعبيره يحصل بذلك عرفاً فهي كاللفظ من القادر عليه، وتصح منه بالكتابة أيضاً[7].

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال السلبية (التروك)

قد يكون التعبير عن الإرادة بإمضاء عقد من العقود أو تصرف من التصرفات عبر عمل سلبي، ومثال هذا: ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في الوصية، حيث جعل القانون عدم رفض الموصى له الوصية ضمن

---

[1] ينظر: مجمع الأنهر، لشيخي زاده، 732/2

[2] ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، 544/8

[3] ينظر: الهداية للمرغيناني، 548/4

[4] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 169/8، والتاج والإكليل، للعبدري، 517/8

[5] ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، 34/7 و 36

[6] ينظر: المصدر نفسه، 91/7

[7] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 336/4

المدة المحددة والتي قدرها بثلاثين يوماً من تاريخ وفاة الموصي قائماً مقام الرضا بالوصية، فعدم رد الموصى له ضمن هذه المدة وصف ظاهر ومنضبط يقوم مقام التصريح برضا الموصى له أن يكون وصياً.

فقد نصت المادة 226 من القانون على أن

الوصية لشخص طبيعي معين تُرَد برده إذا كان كامل الأهلية حين وفاة الموصي.

والمادة 227 على أنه

1-يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي وخلال ثلاثين يوماً منها، أو من حين علم الموصى له بالوصية أو لم يكن عالماً حين الوفاة.

2-إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلاً والوصية تركة عنه.

الفصل الثاني: أثر دلالة الحال في الفعل

المبحث الأول: أنواع الفعل من حيث ماهيته، والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل الإيجابي

المطلب الثاني: الفعل السلبي (التروك)

المبحث الثاني: أنواع الفعل من حيث نتيجته، والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل النافع

المطلب الثاني: الفعل الضار

المبحث الثالث: أنواع الفعل من حيث فاعله، والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل الشخصي

المطلب الثاني: فعل الغير

الفصل الثاني: أثر دلالة الحال في الفعل في الأحوال الشخصية

-إن دلالة الحال تظهر واضحة بشكل جلي في الأفعال، ويعد هذا الفصل تطبيقاً من تطبيقات دلالة الحال، وقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث، تحدثت في المبحث الأول عن أنواع الفعل من حيث ماهيته، والآثار المترتبة عليه، وقسمته إلى فعل إيجابي وفعل سلبي، وتحدثت في المبحث الثاني عن أنواع الفعل من حيث نتيجته، والآثار المترتبة عليه وقسمته إلى فعل نافع، وفعل ضار، وفي المبحث الثالث تحدثت عن أنواع الفعل من حيث فاعله، والآثار المترتبة عليه، وقسمته إلى فعل شخصي وفعل الغير.

والفعل كناية عن كل عمل متعدٍ أو غير متعد، والاسم مكسور والمصدر مفتوح[1]، والفعل -بالكسر- لغة: حركة الإنسان، وهو إحداث كل شيء من عمل أو غيره، فهو أخص من العمل، أو كناية عن كل عمل متعد أو غير متعد، وقيل: هو الهيئة العارضة للمؤثر في غيره بسبب التأثير أولاً، كالهيئة الحاصلة للقاطع بسبب كونه قاطعاً، وقال الجويني[2]: الفعل: ما كان في زمن يسير بلا تكرير، والعمل: ما تكرر وطال زمنه واستمر، والفعل عند النحاة: ما دل على معنى في نفسه مقترن بأحد الأزمنة الثلاثة[3].

---

[1] لسان العرب لابن منظور، مادة فعل، 528/11

[2] سبقت ترجمته ص 123

[3] ينظر: تاج العروس لمرتضى الزَّبيدي، مادة فعل، 182/30- 183، والتعريفات للجرجاني، 168/1

المبحث الأول: أنواع الفعل من حيث ماهيته والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل الإيجابي

كما تقرر سابقاً فإن الرضا هو الأساس في عقد الزواج، وفيما يتعلق برضا الزوجة فإن رضاها يعرف بالقول تارة وبالفعل تارة أخرى، أما القول: فهو التنصيص على الرضا وما يجري مجراه، نحو أن تقول: رضيت أو أجزت، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: ((الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها))[1] والمراد منه: البالغة[2].

وأما الفعل: فنحو التمكين من نفسها والمطالبة بالمهر والنفقة... لأن ذلك دليل الرضا، والرضا قد يثبت بنص وقد يثبت بدليل، والأصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة[3]: ((إن قربك فلا خيار لك))[4]، وإن كانت بكراً فإن رضاها يعرف بهاتين الطريقتين وبطريقة أخرى وهي السكوت وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون سكوتها رضا؛ لأن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال، ولهذا لا يكون دليلاً إذا كان مَن زوّجها أجنبياً أو ولياً غيرُه أولى منه.

ودليل الاستحسان حديث: ((وإذنها سكوتها))[5].

"ولأن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال، فتنسب إلى الوقاحة، فلو لم يجعل سكوتها إذناً ورضا بالنكاح دلالة، وشُرط استنطاقها وأنها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها إلى ذلك"[6].

وخصصوا كون سكوتها إذناً في الأصح إذا كان مَن زوّجها هو الولي الأقرب، أما إن استأذنها غير الأقرب كالأجنبي أو ولي بعيد فإذنها لا يكون بالسكوت بل بالقول؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يدل على الرضا بخلاف الرسول فإنه قائم مقام الولي.

---

[1] سبق تخريجه ص 78

[2] والحق أن القول يندرج ضمن الفعل أيضاً قال الماوردي: "وإن قيل: فالعقد قول، وليس بفعل؟ قيل: القول فعل". [الحاوي الكبير للماوردي، 216/9]

[3] سبقت ترجمتها ص 64

[4] سبق تخريجه ص 65

[5] سبق تخريجه ص 78 وفي رواية لابن حبان: ((سكوتها إقرارها)) [الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، لأبي حاتم محمد بن حبان ابن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ التميمي الدارمي البُستي، ت: 354هـ، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ت: 739 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1408هـ- 1988م، كتاب النكاح- باب الولي- ذكر الأمر باستئمار النساء في أبضاعهن عند العقد عليهن، رقم: 4080، ج393/9]

وفي رواية في مسند الإمام أحمد: ((سكوتها رضاها)) [مسند أحمد بن حنبل- مسند أبي هريرة رضي الله عنه- رقم: 7131، ج33/12]

[6] بدائع الصنائع للكاساني، 242/2

وإذا وجد فعل يدل على الرضا فهو كالقول، كتمكينها نفسها ومطالبتها بمهرها ونفقتها؛ لأن الدلالة تعمل عمل الصريح، أما لو قبلت الهدية أو خدمت الزوج أو أكلت من طعامه فلا تكون هذه الأعمال رضا[1].

فإذا دخل الزوج بالزوجة ثم قالت: لم أرضَ فلا يلتفت إلى قولها؛ لأن تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها، إلا أن يكون قد دخل بها وهي مكرَهة فالقول قولها؛ لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا، ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا؛ لأنه يقر عليها بثبوت الملك للزوج، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق؛ لأنه لا يملك إلزام العقد عليها فلا يعتبر إقراره في لزوم العقد عليها أيضاً[2].

وذكر الحنابلة أنه إذا زوج الولي امرأة يعتبر إذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الإذن: فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها؛ لأن تمكينها يكذبها، وإن كان قبله فإن كان إذنها بالسكوت وادعت أن سكوتها كان حياء لا رضا لم يقبل قولها؛ لأن السكوت في حكم الشارع إقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه، وإن ادعت أنها ردت أو كان إذنها النطق فأنكرته فالقول قولها[3].

جاء في الشرح الكبير: "والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا؛ لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به"[4]، و"لأن أدلة الرضا تقوم مقام النطق به"[5].

المطلب الثاني: الفعل السلبي (التروك)

قد يكون الفعل سلبياً وليس إيجابياً أي تركاً، كامتناع المرأة عن تمكينها نفسها من زوجها فتعد الزوجة ناشزة وتسقط نفقتها بالإجماع[6]؛ لأن امتناعها عن تسليم نفسها فعل ظاهر منضبط يقوم مقام ترفُّع المرأة عن واجباتها الزوجية ونشوزها، فهي لو لم تصرح بذلك لكن هذا الفعل يدل على هذا التصريح.

حكم مال لو امتنعت عن تسليم نفسها ابتداء:

-نص الحنفية على أنه لو كانت الزوجة ساكنة في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها لا على سبيل النشوز: فإن قالت: حوّلني إلى منزلك أو استأجر لي منزلاً لأني أحتاج إلى منزلي هذا أستفيد من ريع تأجيره فلها النفقة؛ لأن امتناعها عن التسليم في بيتها لغرض التحويل إلى منزله أو إلى منزل آخر مستأجَر امتناع بحق، فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم.

---

(1) ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، لملا خسرو، 336/1

(2) ينظر: المبسوط للسرخسي، 6/5

(3) ينظر: القواعد لابن رجب، 342

(4) الشرح الكبير، لابن قدامة، 438/7

(5) المصدر والموضع نفسه

(6) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 288/2، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي، 434/2، وروضة الطالبين للنووي، 259/7، وكشاف القناع للبهوتي، 163/5

أما إن كان امتناعها بغير حق بأن كان الزوج قد دفع لها مهرها أو كان المهر مؤجلاً؛ فلا نفقة لها لانعدام التسليم حالَ وجوب التسليم، فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب لها النفقة لأنها ناشزة[1].

"ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم"[2].

"وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة؛ لأنه منع بحق ولأن فوات الاحتباس لمعنى من قبله" والمراد بالمهر: المعجل، وإن كان الامتناع بغير حق، بأن أوفاها الزوج المهر مؤجلاً، فتسقط النفقة لوجود النشوز منها، لكن الامتناع لطلب المهر إذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة باتفاق الحنفية لأنه منع بحق وكذلك بعد الدخول إذا كان برضاها عند أبي حنيفة[3]، وقال الصاحبان[4]: لا نفقة لها. ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها كانت ناشزة إلا إذا منعت لتحولها إلى منزله أو ليستأجر لها منزلاً فحينئذ لا تكون ناشزة، ولو كانت مقيمة في منزله ولم تمكنه من الوطء لا تكون ناشزة[5].

جاء في الفتاوى الهندية: "(الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما) في كل موضع دخل بها أو صحت الخلوة وتأكد كل المهر لو أرادت أن تمنع نفسها لاستيفاء المعجل لها ذلك عنده خلافاً لهما"[6].

-ونص المالكية على أن المرأة الناشز لا تجب لها النفقة سواء كان نشوزها بالفعل كمن منعته من الوطء بعد الدخول، أو بالعزم كمن قالت له عند الدعوى: ادخل ولكن لا أُمكّنك[7].

ويحق للزوجة -قبل الدخول- الامتناع من السفر مع الزوج قبل قبض صداقها، وللزوج بعد الوطء السفر بزوجته مطلقاً وهو ظاهر المدونة، وما روي أن لها الامتناع من السفر معه ولو بعد الوطء غير صحيح، فليس لها منع نفسها بعد وطئها في كل حال[8].

والمشهور عن المالكية أن الزوجة إذا منعت زوجها من الوطء لغير عذر فإن نفقتها تسقط عنه؛ لأن منعها نشوز، والنفقة تسقط بالنشوز، وإذا ادعت أنها منعته لعذر كمرض فلا بد من إثباته إن خالفها الزوج بشهادة امرأتين لأنه مما لا يطلع عليه الرجال، ولا يقبل قول الزوج: هي تمنعني من وطئها إن قالت: لم أمنعه وإنما المانع منه؛ لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة[9].

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 19/4

[2] الدر المختار للحصكفي مع ابن عابدين، 577/3

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] سبقت ترجمتهما ص 89

[5] ينظر: البناية شرح الهداية للعيني، 665/5

[6] الفتاوى الهندية، 317/1

[7] ينظر: حاشية الصاوي مع الشرح الصغير، 731/2

[8] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 503/3، ومنح الجليل لعليش، 424/3-425

[9] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 191/4

وذكروا أن من شروط استحقاق الزوجة للنفقة أن تكون مطيقة للوطء وتمكِّنه من الدخول بها، فإذا أطاقته لكن لم تمكِّنه من الدخول بها فلا نفقة لها، ولا بد من أن تدعوه للدخول فإذا لم تدعه فلا نفقة[1].

حكم امتناع الزوجة عن تسليم نفسها بعد تمكين سابق:

ذهب الصاحبان[2] من الحنفية، والمالكية والحنابلة إلى أن المرأة ليس لها منع نفسها لقبض المهر الحال بعد أن سلمت نفسها ومكنته من الوطء قبل قبضه[3]، وهذا قول الشافعية إذا بادرت فمكنت نفسها فلها طلب المهر، ثم إن لم يجر وطء فلها العودة إلى الامتناع، ويكون الحكم كما قبل التمكين، وإن وطئ فليس لها بعده الامتناع على الصحيح، كما لو تبرع البائع فسلَّم المبيع قبل قبض الثمن، فليس له أخذه وحبسه، ولو وطئها مكرهة، فلها الامتناع بعده على الأصح[4].

و"للمرأة أن تمنع نفسها من الدخول والوطء بعد الدخول حتى تأخذ ما حل من الصداق"[5].

وللزوجة "أن تمنع نفسها من تمكين الزوج بها بعد اختلائه بها وقبل أن يصيبها إلى أن يسلم لها ما حل"[6].

وذكر الشافعية أن النفقة تجب باجتماع العقد والتمكين[7]، وأنه قد يتمانع الزوجان فتقول الزوجة: لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي، ويقول الزوج: لا أدفع الصداق حتى تسلمي نفسك ففيه قولان عند الشافعية:

أحدهما: أنه لا يجبر واحد منهما على التسليم، بل تقطع الخصومة بينهما ويُترَكان، فأيهما تطوع بتسليم ما عليه، أجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته.

والقول الثاني: أن القاضي ينصب لهما أميناً، ويأمر الزوج بتسليم الصداق إليه، فإذا تسلمه أمر الزوجة بتسليم نفسها إلى الزوج، فإذا سلمت نفسها سلم الأمين الصداق إليها.

فإذا قيل بالقول الأول: إنه لا يجبر واحد منهما، فلا نفقة للزوجة في مدة امتناعها من تمكين الزوج؛ لأن الزوج على هذا القول لا يلزمه تعجيل الصداق، فصارت ممتنعة بما لا يستحق تعجيله فجرى عليها حكم النشوز في سقوط النفقة.

وإذا قيل بالقول الثاني: إن الحاكم يجبر الزوج على تسليم الصداق إلى أمين ينصبه لهما فلها النفقة في مدة امتناعها من تمكينه إلى أن يدفع الصداق إلى الأمين؛ لأنها ممتنعة بحق يجب لها تعجيله، فإذا صار الصداق مع الأمين

---

(1) ينظر: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، ت: 1189هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، 1414هـ- 1994م، 133/2

(2) سبقت ترجمتهما ص 89

(3) ينظر: الفتاوى الهندية، 317/1، والشرح الصغير للدردير، 434/2، وكشاف القناع للبهوتي، 163/5- 164

(4) ينظر: روضة الطالبين للنووي، 260/7

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 248/2

(6) شرح مختصر خليل للخرشي، 257/3

(7) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 437/11

كان امتناعها بعد ذلك مسقطاً لنفقتها؛ لأنها ممتنعة بغير حق[1].

وهذه المرأة الناشزة التي لم تمكِّنه منها لا تستحق النفقة، وإذا عادت إلى الطاعة لا تستحق القضاء[2].

جاء في روضة الطالبين: "امتناعها عن الوطء والاستمتاع والزفاف بغير عذر نشوز، فلو قالت: سلم المهر لأسلم نفسي، فإن جرى دخول أو كان المهر مؤجلاً فهي ناشزة، إذ ليس لها الامتناع والحالة هذه، وإذا لم يجرِ دخول والمهر حال فلها النفقة من حينئذ، هذا هو المذهب... ولو كانت مريضة، أو كان بها قرح يضرها الوطء، فهي معذورة في الامتناع عن الوطء، وعليه النفقة إذا كانت عنده"[3].

وذكر الحنابلة أن الزوجة متى امتنعت من فراشه، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها، أو من السفر معه، فلا نفقة لها ولا سكنى؛ لأن النفقة تجب في مقابلة تمكينها؛ لأن النفقة لا تجب قبل تسليم نفسها إليه، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، والنفقة تخالف المهر فهو يجب بمجرد العقد، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة[4].

ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:

الأول: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء، فلا نفقة لها.

الثاني: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها، فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها، أو سكتا بعد العقد، فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما مدة من الزمن، فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة[5] وأدخلت عليه بعد سنتين، ولم ينفق إلا بعد دخوله، ولم يلتزم نفقتها لما مضى؛ ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح، فإذا وجد استحقت، وإذا فقد لم تستحق شيئاً، ولو بذلت تسليماً غير تام، كأن قالت: أُسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره، أو في الموضع الفلاني دون غيره، فلا تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد؛ لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد، فلا تستحق النفقة.

وإن شرطت دارها أو بلدها، فسلمت نفسها في ذلك، استحقت النفقة؛ لأنها سلمت التسليم الواجب عليها[6].

وسبب سقوط النفقة حال النشوز أن النفقة في مقابلة التمكين وقد زال، وهذا بخلاف المهر فإنه وجب بالعقد، ولو تطوعت بحج أو بصوم منعته فيه نفسها أو أحرمت بحج منذور في الذمة فلا نفقة لها لأنها في معنى المسافرة، ولما فيه من تفويت الاستمتاع الواجب للزوج، أو لم تمكنه من الوطء أو مكنته منه دون بقية الاستمتاع

---

[1] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 9/536-537

[2] ينظر: شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي، ومعه قليوبي وعميرة، 3/300-301

[3] روضة الطالبين للنووي، 9/59

[4] ينظر: المغني لابن قدامة، 8/236-237

[5] سبقت ترجمته ص 64

[6] ينظر: المغني لابن قدامة، 8/228

كالقبلة والمباشرة أو لم تَبِتْ معه في فراشه فلا نفقة لها، لأنها لم تسلم نفسها التسليم التام، وسواء في ذلك البالغة والمراهقة والعاقلة والمجنونة قدر الزوج على ردها إلى الطاعة أم لا؛ لأن النفقة في مقابلة التمكين فحيث لم يوجد سقطت[1].

[1] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 473/5، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي النجا الحجاوي، 143/4

المبحث الثاني: أنواع الفعل من حيث نتيجته والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل النافع

قد تكون دلالة الحال فعلاً من الأفعال التي فيها نفع، وهذا النفع قد يقتصر على أشخاص وقد يعم أفراداً، ومثاله: الرجعة بالفعل فإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً فقد أجمع الفقهاء على صحة الرجعة بالقول، واختلفوا في صحة الرجعة بالفعل بأن جامعها فأجازها الحنفية والمالكية؛ لأنها استدامة النكاح من كل وجه، فلا تختص بالقول فقط[1].

ويستدل على مشروعية الرجعة بالفعل:

-بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: 228] وجه الاستدلال: أن الله تعالى سمى الرجعة رداً، والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعة.

-وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2] وقوله عز وجل: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 229] وجه الاستدلال: أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً، والإمساك حقيقة يكون بالفعل.

- ولأن الوطء لما كان حلالاً عندهم فإذا وطئها -ولم يُجعَل الوطء دلالة الرجعة- ربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضي عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق؛ لأنه لا فعل منه إلا ذلك فيزول الملك مستنداً إلى وقت وجود الطلاق فتبين أن الملك كان زائلاً من وقت الطلاق من وجه فيجعل الإقدام على الوطء دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام[2].

وسوى الحنفية بين أن يجامعها هو أو تجامعه وهو نائم أو مجنون؛ لأن ذلك حلال لها، فلو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج، فيجعل ذلك منها رجعة شرعاً ضرورة التحرز عن الحرام؛ ولأن جماعها كجماعه لها في باب التحريم، فكذا في باب الرجعة.

وكذلك إذا لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة، وإن لمس أو نظر بغير شهوة فليس برجعة؛ لأن ذلك حلال في الجملة، فالقابلة والطبيب ينظران إلى الفرج، ويمس الطبيب عند الحاجة بغير شهوة، فلا ضرورة إلى جعله رجعة، وكذلك إذا نظر إلى غير الفرج لشهوة؛ لأن ذلك أيضاً مباح في الجملة، ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد به المراجعة، وكذا يكره أن يراها متجردة لغير شهوة وهذا قول أبي يوسف[3] وقال أيضاً: الأحسن إذا دخل عليها أن يتنحنح، ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل أنها حرام، ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير إشهاد[4].

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 181/3، والمقدمات الممهدات، لابن رشد القرطبي، 545/1

[2] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 181/3-182

[3] سبقت ترجمته ص 89

[4] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 182/3

وبين المالكية أن الرجعة يمكن أن تكون بالفعل ذلك أن الرجعة تكون بالنية مع القول أو ما يقوم مقام القول فيما لا يصح فعله إلا بعد المراجعة، مثل الوطء والقبلة والمباشرة باللذة وما أشبه ذلك[1].

وتحصل الرجعة عند المالكية بالفعل كالوطء ومقدماته مع نية الرجعة في القول والفعل، لتكون رجعة حقيقية أي ظاهراً وباطناً، فإن تجرد القول والفعل عن النية: فإن كان اللفظ صريحاً فهو رجعة في الظاهر فقط، وأما في الألفاظ المحتملة وفي الفعل فليس برجعة.

وهل تثبت الرجعة بالنية فقط؟ والمراد بها حديث النفس، أي قوله في نفسه: راجعتها، وأما مجرد قصد أن يراجعها فلا يكون رجعة اتفاقاً، وهي بالمعنى المراد: رجعة في الباطن فقط، يجوز الاستمتاع بها وتلزمه نفقتها لا في الظاهر، أي عند الحاكم إذا رفع ليمنع منها، فادعى بعد العدة أنه كان راجعها بالنية فلا يحكم بالرجعة، لخفاء النية فلا يمكن إثباتها ولا يصدق، في دعواه على الأظهر، وفي قول: أنه لا رجعة بالنية[2]، وصُحِّح عدم صحة الرجعة بالنية على ما هو المذهب[3].

وتصح الرجعة بقول صريح مع النية، ولو كان هزلاً أي مجرداً عن النية فهو رجعة في الظاهر –فتلزمه نفقتها وكسوتها والقسم لها– لا في الباطن، ولا يجوز له الخلوة بها ولا الاستمتاع ولا إرثها إن ماتت بعد تمام عدتها.

ولا تصح الرجعة بالفعل دون النية ويكون الوطء حراماً وعليها الاستبراء منه، وليس له رجعتها إلا في بقية عدة الطلاق، ولا مهر على الزوج إذا وطئ مطلقته الرجعية بلا نية رجعة[4].

أما التلذذ بالزوجة فيما دون وطء بلا نيةِ رجعةٍ فليس كالوطء[5].

وتحصل الرجعة بالوطء في ظاهر المذهب الحنبلي سواء قصد أو لم يقصد، ولا يحصل باستمتاع سواه من قبلة أو لمس، أو نظر إلى محرم منها في ظاهر كلام الإمام أحمد[6]، وعنه رواية أنه لا تحصل الرجعة إلا بالقول، لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2] ولا يحصل الإشهاد إلا على القول، ولأنه استباحة بضع مقصود فأشبه النكاح[7].

---

[1] ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد القرطبي، 545/1

[2] ينظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي، 606/2

[3] ينظر: الخرشي على مختصر سيدي خليل، 81/4، ومنح الجليل لعليش، 180/4

[4] ينظر: منح الجليل لعليش، 181/4

[5] ينظر: المصدر نفسه، 182/4

[6] سبقت ترجمته ص 94

[7] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 149/2، والمغني لابن قدامة، 523/7-524

الاتجاه الثاني: وهو قول الشافعية أنه لا تحصل الرجعة بالوطء والتقبيل وما شابههما[1]، ولا تحصل الرجعة عندهم بالفعل وإن قصد به الرجعة؛ استدلالاً بأن ابتداء النكاح لا يحصل بالفعل، ويناقش قولهم بإشارة الأخرس المفهمة والكتابة فإنها تحصل بهما مع كونهما فعلاً، وأجاب الشافعية بأنهما أُلحقا بالقول في كونهما كنايتين[2].

الترجيح: الراجح قول الجمهور في حصول الرجعة بالفعل، لكن لخطورة الأبضاع ينبغي الأخذ بقول المالكية في اشتراط النية للرجعة بالفعل، صيانة لفعل المسلم عن الحرام، فإذا لم يقصد الرجعة ينبغي أن يكون عمله هذا معصية وتلاعباً بأعراض النساء، وإنما تعتبر الرجعة بالفعل لأن هذا الفعل وصف ظاهر ومنضبط ولا يختلف باختلاف الناس يقوم مقام رغبة الزوج في استمرار حياته الزوجية مع امرأته –والله تعالى أعلم–

–مثال آخر: إقامة الوليمة والعقيقة عن المولود وإقامة حفل له دليل اعترافه بثبوت نسبه، فالعقيقة فعل أثبت بها نسب المولود فلا يحق بعدها للأب نفي نسب ابنه عنه.

وقد ذكر الحنفية أنه يصح نفي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنئة وابتياع آلة الولادة فيلاعن وينفيه القاضي، وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن، وروي عن أبي حنيفة[3] أن المدة مقدرة بسبعة أيام لأن أثر الولادة والتهنئة فيها اعتباراً بالعقيقة؛ لأن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع، ولو لم ينفه حتى طالت المدة لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بد من حد فاصل، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب ولده، وإنما يستدل على ذلك بقبوله التهنئة وابتياع متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء، فإذا فعل ذلك أو مضى مدة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافاً ظاهراً فلا يصح نفيه بعده، وقال الصاحبان[4]: يصح نفي الولد في مدة النفاس لأنه أثر الولادة [5].

جاء في المبسوط: " فيكون سكوته عن النفي دليل القبول، وكذلك يُهنَّى بالولد عند الولادة فقبوله بالتهنئة إقرار منه أن الولد منه، وكذلك يشتري ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة وبعد وجود دليل القبول ليس له أن ينفيه... فأما إذا هنئ فسكت فليس له أن ينفيه بعد ذلك؛ لأن سكوته عند التهنئة بمنزلة قبوله التهنئة، وذلك بمنزلة الإقرار بنسبه"[6].

وذكر المالكية أنه إذا أخر الزوج لعانه بعد علمه بالوضع أو الحمل يوماً أو يومين بلا عذر في التأخير فيمتنع لعانه ويلحق به الولد[7]، وليس للزوج الملاعنة إذا ظهر ما يدل على الرضا مثل قبول التهنئة قبل الثلاث[8].

---

[1] ينظر: روضة الطالبين للنووي، 217/8

[2] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 149/8

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] سبقت ترجمتهما ص 89

[5] ينظر: الاختيار للموصلي، 171/3

[6] ينظر: المبسوط للسرخسي، 52/7

[7] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 129/4

[8] ينظر: الذخيرة للقرافي، 285/4

وبين الشافعية أن نفي نسب الولد يكون على الفور في الأظهر الجديد؛ لأنه شرع لدفع ضرر محقق كالرد بالعيب وخيار الشفعة، وفي القديم قولان: أحدهما: أنه يجوز النفي إلى ثلاثة أيام، والثاني: له النفي متى شاء ولا يسقط إلا بإسقاطه، والمراد بالنفي هنا: أن يحضر عند القاضي ويذكر أن هذا الولد أو الحمل الموجود ليس مني، مع الشرائط المعتبرة وأما اللعان فله تأخيره[1].

وذكروا أنه لو قيل للأب تهنئة بولده: مُتّعتَ بولدك، أو جعله الله لك ولداً صالحاً، فقال: آمين أو نعم أو نحو ذلك مما يتضمن إقراراً، فليس له نفيه ويلحقه الولد؛ لأن ذلك يتضمن الرضا به، وإن أجاب بما لا يتضمن الإقرار كأن قال: جزاك الله خيراً، أو بارك عليك فله نفيه؛ لأن الظاهر أنه قصد مكافأة الدعاء بالدعاء.

فإن قيل: إنه من المقرر عند الشافعية أن وجوب النفي على الفور وقد زال بذلك.

أجيب: بأن ذلك وجد في توجهه للقاضي، أو قاله في حالة يعذر فيها بالتأخير ككونه في الليل[2].

ومن بُشِّر بولد فسكت كان سكوته إقراراً به[3]؛ لأن "السكوت في النسب إقرار به"[4].

-مثال آخر: ما إذا قامت الزوجة لتخرج من الدار، فقال لها زوجها: إن خرجت فأنت طالق، فقعدت ثم خرجت بعد ذلك فلا تطلق استحساناً؛ لأن دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة، فكأنه قال: إن خرجت هذه الخرجة فأنت طالق[5].

ففي هذا المثال دلالتا حال إحداهما في تعليق الزوج الطلاق على هذه الخرجة، والأخرى جلوس المرأة في ذلك الموقف وعدم خروجها -وهي المرادة هنا في هذا المطلب- وعدم خروجها فعل نافع لها ولأولادها وزوجها، حيث جنَّبتْ نفسها وعائلتها وقوع الطلاق، وهذا الجلوس دليل على رغبتها باستمرار الحياة الزوجية ورضاها بها، فأقيم الجلوس الظاهر مقام الرضا الخفي لعسر الاطلاع عليه.

---

[1] ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 72/6

[2] ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 73/5

[3] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 285/4

[4] الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 285/4، والمبدع لابن مفلح، 288/8

[5] ينظر: المبسوط للسرخسي 186/8، وبدائع الصنائع للكاساني، 13/3، والمغني لابن قدامة، 472/7

المطلب الثاني: الفعل الضار

قد تكون دلالة الحال فعلاً من الأفعال الضارة، وهذا الفعل يكون وصفاً ظاهراً ومنضبطاً يقوم مقام إرادة إلحاق الأذى والضرر بالغير، ومثال ذلك: إتلاف الولي مال المحجور عليه كالصبي واليتيم والمجنون، والأصل أن تصرف الولي أو الوصي أو الوكيل القضائي منوط بالمصلحة، ومن وظيفته مراعاة مصلحة المولى عليه، فإذا تصرف بتصرف يضر بنفس المولى عليه أو ماله فقد خالف الوظيفة التي من أجلها عُيِّن واستحق العزل.

ولا يجوز للولي أن يقوم بعمل يعد من التصرفات الضارة بالمولى عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا ضرر ولا ضرار))[1]، وروي أنه جاء شيخ يريد النبي صلى الله عليه وسلم فأبطأ القوم عنه أن يوسعوا له، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا)) [2]، وجه الاستدلال: أن "الإضرار بالصغير ليس من المرحمة في شيء"[3].

ومن الأفعال الضارة بمال المحجور عليه والتي منعها الشرع التصرفات الآتية:

أولاً: هبة مال الصغير:

اتفق الفقهاء من حيث الجملة على عدم صحة تصدق أو تبرع الولي من مال الصغير أو المجنون بغير عوض، فقد نص الحنفية على أنه ليس للولي أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض؛ لأنه ضرر محض لأن فيه إزالة ملكه من غير عوض، وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة[4] وأبي يوسف[5]، وقال: محمد[6] له ذلك.

استدل محمد بأن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال، فتكون كالبيع فيملكها الولي.

واستدل الطرفان بأنها هبة ابتداء لأن الملك فيها يتوقف على القبض، وهذا من أحكام الهبة، ثم تصير معاوضة -بيعاً- في الانتهاء، وهو لا يملك الهبة فلا تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة، بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة.

كذلك لا يملك الولي أن يتصدق بمال الصغير، ولا أن يوصي به؛ لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالي، وهو تصرف ضار فلا يملكه[7].

والأصل عند الطرفين: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض، والأصل عند محمد أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض[1].

---

[1] سبق تخريجه ص 154

[2] سبق تخريجه ص 154

[3] بدائع الصنائع للكاساني، 153/5

[4] سبقت ترجمته ص 40

[5] سبقت ترجمته ص 89

[6] سبقت ترجمته ص 89

[7] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 153/5

وإلى قريب من ذلك ذهب المالكية حيث نصوا أن للأب -فقط لا لغيره من الأوصياء- أن يهب مال ابنه الصغير على عوض غير مسمى، مع أنه قد تتغير الهبة فلا يلزمه إلا القيمة كما له أن يبيع مال ابنه بمثل الثمن[2].

وذكر الشافعية والحنابلة أنه ليس للولي أن يهب مال من هو تحت ولايته ولو بعوض إلا إذا كان العوض معلوماً بغبطة فيصح عند الشافعية[3].

ولا يجوز لولي الصبي والمجنون أن يتصرف في مالهما إلا على وجه المصلحة لهما، فإن تبرع بهبة من مالهما، أو صدقة أو حابى بزيادة أو نقصان أو زاد على النفقة عليها، أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن؛ لأنه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما، والمراد أن يضمن القدر الزائد على الواجب لا مطلقاً[4].

واستدلوا لمنع الولي من هبة مال الصغير بالآتي:

1-أنه ينبغي أن يقوم الولي على مال الصبي بما تقتضيه المصلحة حتماً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152][5]. وجه الاستدلال: أن الولي معزول بظاهر النص عن غير التي هي أحسن[6]، والمتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن[7].

2-ولأن هذا التصرف لا يقابله نفع دنيوي، وإذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً.

3-ولأن هذا التصرف ترك المرحمة في حق الصغير، فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا ضرر ولا ضرار))[8] وقوله عليه الصلاة والسلام: ((ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا)) [9] ولهذا لا يملك الولي أي تصرف من التصرفات الضارة المحضة[10].

ثانياً: إقراض مال المحجور عليه:

---

[1] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 118/6

[2] ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 72/5-73، والتاج والإكليل للعبدري، 655/6

[3] ينظر: الغرر البهية، لزكريا الأنصاري، 128/3، والتنبيه للشيرازي، 102، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 309/4، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 107/2

[4] ينظر: المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 309/4، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة المقدسي، 107/2

[5] ينظر: شرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، ومعه حاشية الجمل، 347/3

[6] ينظر: الذخيرة للقرافي، 240/8

[7] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 118/6

[8] سبق تخريجه ص 154

[9] سبق تخريجه ص 154

[10] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 118/6

نص الحنفية على أنه ليس للولي أن يُقرض مال من هو تحت ولايته؛ لأن القرض إزالة الملك من غير عوض للحال، وهو معنى قول الفقهاء: القرض تبرع، وهو لا يملك سائر التبرعات، بخلاف القاضي فإنه يُقرض مال اليتيم؛ لأن الإقراض من القاضي من باب حفظ الدين؛ لأن هلاك الدين يكون بالإفلاس أو بالإنكار، والظاهر أن القاضي يختار أملى الناس وأوثقهم، فيختار من لا يتحقق إفلاسه في الأغلب، وكذا للقاضي أن يقضي بعلمه عند الحنفية فلا يتحقق هلاك الدين بالإنكار، وليس لغير القاضي هذه الولاية فيكون الإقراض منه إزالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فيكون ضرراً فلا يملكه[1].

وذكر المالكية أن الولي ليس له أن يقرض مال المحجور عليه مع إمكان الاتجار فيه، ويجوز أن يقترض له ويرهن ماله، وأن يأكل الأمين والولي من مال اليتيم إلا أن يكونا غنيين لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء، 6][2].

وقال الشافعية: لا يجوز لغير القاضي أن يُقرض مال الصبي إلا عند الضرورة، كخوف نهبه أو احتراقه، وكإرادة الولي السفر، ويجوز للقاضي الإقراض وان لم يعرض له شيء من ذلك لكثرة أشغاله.

ولا يجوز للولي إيداع مال المحجور عليه مع إمكان الإقراض في أصح الوجهين، ويشترط في المودع الأمانة، وفي المقترض الأمانة واليسار، وإذا أقرض فإن رأى أن يأخذ به رهناً أخذ وإلا تركه[3].

"قال الشافعي: إنه لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا في حال الضرورة، وهو أن يكون في بحر، ومعه مال اليتيم، ويخاف عليه الغرق، أو يخاف عليه النهب أو الحريق، ولا يقرضه في غير ذلك، وإنما يودعه"[4].

وبين الحنابلة أنه لا يجوز للولي أن يُقرض ماله إلا لحظِّه، كأن يخاف هلاكه أو نقصانه ببقائه، فيقرضه ليستوفيه كاملاً، ولا يقرضه إلا لمليء يأمن جحده أو مطله[5].

وقد منع القانون مباشرةَ أيٍّ من هذه التصرفات في الفقرة أ من المادة 182

لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية:

أ- التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني.

ثالثاً: التصرف بعقار القاصر

يجوز بيع الوصي أو شراؤه بما يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه، وهذا إذا تبايع الوصي مع أجنبي، وأما إذا اشترى شيئاً من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئاً منه من نفسه

---

[1] ينظر: المصدر نفسه، 153/5

[2] ينظر: الذخيرة للقرافي، 240/8، وحاشية الصاوي، 393/3-394

[3] ينظر: فتح العزيز للرافعي، 293/10

[4] البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، 158/6

[5] ينظر: الكافي لابن قدامة، 108/2

فيجوز عند أبي حنيفة[1] وإحدى الروايتين عن أبي يوسف[2] إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وقدروا هذه المنفعة بأن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه، وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز، وعلى قول محمد[3] وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز، هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنه وكيله، وللأب أن يشتري شيئاً من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير، وقال المتأخرون من الحنفية: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، وبه يفتى[4].

وقال المالكية: لا يبيع الولي عقار الصغير إلا لحاجة الإنفاق، أو لربح وافر في الثمن وخشية سقوطه إن لم ينفق عليه وشراء غيره بثمنه أفضل، أو لكونه في موضع خرب، أو يخشى انتقال العمارة من موضعه فيبيعه ويستبدل بثمنه في موضع أصلح[5].

وقال الشافعية :لا يجوز للولي أن يبيع من مال اليتيم عقاراً أو أرضاً إلا في حالتين: في حالة الغبطة أو الحاجة، لأن الولي مأمور أن يتاع بمال اليتيم عقاراً فلا يجوز أن يبيع عليه عقاراً.

أولاً: حال الغبطة: هي أن يكون له سهم مُشاع من عقار يرغب فيه الشريك ليعمل له الملك فيبذل فيه أكثر من ثمنه، أو يكون له عقار محوز يرغب فيه الجار أو غيره لعرض حصته فيزيد في ثمنه زيادة ظاهرة لا يجدها الولي من غيره ولا فيما بعد وقته، فينبغي للولي أن يستغل هذه الفرصة فيبيع العقار ويأخذ ثمنه فيشتري له به عقاراً أرخص وآجاره أكبر في حي أرقى.

ثانياً: حال الحاجة، والحاجة من وجوه:

منها: أن تكون غلة العقار لا تكفيه، ويحتاج إلى نفقة وكسوة ضرورية، فلا بأس أن يبيع من عقاره قدر ما يصرفه في نفقته وكسوته.

ومنها: أن يكون له عقار قد انهدم وليس لديه ما يعمره به، فلا بأس أن يبيع من عقاره قدر ما يعمر به ما انهدم من عقاره.

ومنها: أن يكون العقار في موضع كثر خرابه والدمار فيه، فلا بأس أن يبيعه الولي ليشتري بثمنه في موضع عامر.

---

[1] سبقت ترجمته ص 40

[2] سبقت ترجمته ص 89

[3] سبقت ترجمته ص 89

[4] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 211/6-212، وبدائع الصنائع للكاساني، 153/5

[5] ينظر: الذخيرة للقرافي 240/8، وحاشية الصاوي، 393/3-394

ومنها: أن يكون العقار في بلد يبعد عن اليتيم والولي، فلا يقدر على رعايته ويلزمه من أجرة القيم به أكثر من غلته، فلا بأس أن يبيع ذلك ليشتري بثمنه عقاراً في بلد اليتيم والولي، ليقرب على الولي رعايته ويتوفر على اليتيم غلته، أما بيع عقاره في التجارة به فلا يجوز أبداً[1].

وقال الحنابلة: يجوز للولي أن يشتري للصغير عقاراً؛ ولا يجوز له بيع عقاره لغير حاجة، ولا يجوز للولي أن يودع ماله إلا لحاجة، وإن أراد الولي السفر فليس له السفر بماله؛ لأنه يخاطر به لكنه يقرضه أو يودعه أميناً، والقرض أولى؛ لأنه مضمون بخلاف الوديعة[2].

وقد عد القانون في المادة 170 امتناع الولي عن تعليم القاصر في المرحلة الإلزامية سبباً مسقطاً لولايته كما سبق تقرير ذلك.

وقد نصت المادة 172 على أنه:

لا ينزع مال القاصر من يد الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانته أو سوء تصرفاته فيه، وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً ولا بيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ.

-وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية: "إن عقد البيع المبرم مباشرة مع القاصر باطل، إلا أن قيام والد القاصر بتقديم طلب فور العقد بوصفه ولياً مجبراً لأولاده إلى القاضي الشرعي بطلب إجازته لهذا البيع وحصول والد القاصر على الإذن الشرعي للبيع قبل نقل ملكية العقار لاسم الشاري، يجعل تصرف الوالد ببيع العقار أصالة عن نفسه وبالولاية عن أولاده صحيحاً بمعزل عن العقد الذي أبرمه القاصر. (نقض سوري- مدنية أولى أساس 1606 قرار 2047 تاريخ 1982/11/1)[3].

وقد نظَّم القانون علاقة الوصي بالقاصر بالمواد الآتية:

المادة 173 إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليه منه فللمحكمة أن تنزع ولايته أو تحد منها، ويجوز للقاضي أن يعهد إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي الشرعي المالية إذا تحقق له أن مصلحة القاصر تقضي بذلك وبعد سماع أقوال الولي.

المادة 180 تبرع الوصي من مال القاصر باطل.

المادة 182 لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية:

أ-التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتِّبة لحق عيني.

ب-تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

---

[1] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 366/5

[2] ينظر: الكافي لابن قدامة، 108/2

[3] المرشد في قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7، لأديب استانبولي، ط3، المكتبة القانونية دمشق، عام 1997م، 682/1

جـ- استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر.

د- إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني.

هـ- إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد.

و- قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

ز- الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة محكوماً بها حكماً مبرماً.

ح- الصلح والتحكيم.

ط- الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم مبرم.

ي- رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.

ك- التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.

ل- التعاقد مع المحامين للخصومة عن القاصر.

م- تبديل التأمينات أو تعديلها.

ن- استئجار أموال القاصر أو إيجارها لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه.

ص- ما يصرف في تزويج القاصر.

ع- إصلاح عقار القاصر وترميمه وتبديل معالمه أو إنشاء بناء عليه أو هدمه أو غرس أغراس ونحو ذلك ويتضمن الإذن في هذه الحالة تحديد مدى التصرف وخطة العمل.

المادة 190

1- يعزل الوصي في الحالات الآتية:

أ- إذا تحقق فيه سبب من أسباب الحرمان من الوصاية المبينة في المادة 178 من هذا القانون.

ب- إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته حكماً مبرماً عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وصي مؤقت.

جـ- إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابه خيانة.

2-يكون العزل بوثيقة بعد التحقيق وسماع أقوال الوصي وطالب العزل.

المادة 193

1- إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً له كالوكيل.

2- للقاضي أن يلزمه بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمئة ليرة سورية وبحرمانه من أجره كله أو بعضه أو بإحدى هذه العقوبات وذلك ما عدا الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ويجوز إعفاء الوصي من ذلك كله أو بعضه إذا تدارك ما قصر فيه.

رابعاً: طلاق الولي امرأة القاصر

ذهب الحنفية والشافعية وهي إحدى الروايتين عن الحنابلة إلى أنه ليس للولي أن يطلق امرأة الصغير؛ لأن الطلاق من التصرفات الضارة المحضة، سواء أكان الطلاق بعوض أو بغير عوض، لأن طريقه الشهوة فلا يدخل في الولاية، ولا يجوز أن يخالع البنتَ الصغيرة من زوجها بشيء من مالها، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((الطلاق لمن أخذ بالساق))[1]؛ ولأن الطلاق إسقاط لحق الصغير فلا يملكه كإسقاط قصاصه[2].

وأجاز المالكية طلاق الصغير وخلعه وطلاق الأب والوصي بمقابل شيء يأخذانه فقط بلا خلاف عندهم[3].

والرواية الثانية عن الحنابلة: أن الولي يملك الطلاق والخلع؛ لأنه يملك تزويجه فيملك الطلاق والخلع كالزوج[4].

الترجيح: القول الأول أقوى لأن الولي قد يطلق امرأة الصبي تعسفاً دون سبب معقول، ولخفاء المصلحة في تطليق هذا الولي وعدم انضباطها ينبغي أن يُمنَع هذا الطلاق.

ولم يتعرض القانون لطلاق الصغير لأنه منع من زواج الصغار أصلاً.

---

[1] سبق تخريجه ص 106

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 155/13، والمجموع للنووي مع تكملة السبكي والمطيعي، 340/16

[3] ينظر: الذخيرة للقرافي، 240/8، وشرح ميارة الفاسي، 380/1

[4] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 97/3

المبحث الثالث: أنواع الفعل من حيث فاعله والآثار المترتبة عليه

المطلب الأول: الفعل الشخصي

"الشخص: كل جسم له ارتفاع وظهور، والمراد به إثبات الذات فاستعير لها لفظ الشخص"[1].

و"الشخص: هو الجسم الذي له مشخص وحجمية، وقد يراد به الذات المخصوصة والحقيقة المعينة في نفسها تعيناً يمتاز عن غيره"[2]، وهذا هو المعنى المراد.

ويمكن أيضاً تقسيم هذا الفعل الشخصي إلى: فعل إرادي وفعل لا إرادي

ومن أمثلة ما تكون فيه دلالة الحال فعلاً شخصياً لا إرادياً: البلوغ بالسن.

والبلوغ في اللغة: الوصول و"بلغ المكان وصل إليه وكذا إذا شارف عليه ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة: 234] أي قاربْنه، وبلغ الغلام أدرك"[3]، والبلوغ "في الاصطلاح: انتهاء حد الصغر"[4].

ما يتحقق فيه البلوغ:

البلوغ قد يكون بالعلامة، وقد يكون بالسن[5]، وبلوغ الغلام عند الحنفية بأحد الأمور الآتية:

1-الاحتلام: والاحتلام من الحُلم "بضم اللام وسكونها ما يراه النائم"[6]، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: 59]، وروي عن علي بن أبي طالب[7] رضي الله عنه: حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يُتْمَ بعد احتلام))[8]، ولحديث: ((رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم))[9] والحلم: الاحتلام، يكني به الفقهاء عن خروج المني من ذكر أو أنثى ولو يقظة بجماع أو غيره، ووقت إمكان البلوغ في الغلام والفتاة استكمال تسع سنين قمرية[10].

---

[1] لسان العرب، لابن منظور، 45/7

[2] الكليات للكفوي، 540

[3] مختار الصحاح، للرازي، مادة بلغ، 39

[4] البناية شرح الهداية، للعيني، 109/11

[5] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[6] مختار الصحاح، للرازي، 80

[7] سبقت ترجمته ص 88

[8] أخرجه أبو داود- كتاب الوصايا- باب ما جاء متى ينقطع اليتم، رقم: 2873، ج115/3، وقد "أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم وحسنه النووي متمسكاً بسكوت أبي داود عليه ورواه الطبراني في الصغير بسند آخر عن علي، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده، وفي الباب حديث حنظلة بن حنيفة عن جده وإسناده لا بأس به وهو في الطبراني وغيره، وعن جابر رواه ابن عدي في ترجمة حزام بن عثمان، وهو متروك وعن أنس". [التلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، رقم: 1388، ج 220/3]

[9] سبق تخريجه ص 105

[10] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 163/5-164، والشرح الكبير لابن قدامة، 512/4

2-الإحبال: والإحبال ولا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض يكون في أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ[1].

3-الإنزال: وهو الأصل. وهذه الثلاثة مجمع عليها بلا خلاف[2].

وبلوغ الفتاة عند الحنفية بأحد الأمور الآتية:

1-الحيض.

2-الاحتلام.

3-الحبَل: "والحبَل بالفتح الحمل"[3]، وهذه الثلاثة بالإجماع[4]، فالحمل يحصل به البلوغ لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد إنما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة، فيحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه[5]، ولا يحكم بأن الحمل بلوغ حتى ينفصل الولد[6].

والمثال هنا عن البلوغ بالسن: فقد أجمع الفقهاء على اعتبار البلوغ بالسن عند عدم البلوغ بالعلامات المذكورة، لكنهم اختلفوا في تحديد السن التي إذا وصلها الإنسان صار بالغاً، فقال الحنفية: البلوغ بالعلامة في الغلام: بالاحتلام أو بالإحبال، وأقل المدة في ذلك اثنتا عشرة سنة، وفي الفتاة بالحيض أو بالحبل أو الاحتلام وأدنى المدة في ذلك تسع سنين، وعند عدم وجود ذلك فعند أبي حنيفة[7] رحمه الله تعالى التقدير في الفتاة بسبع عشرة سنة، وفي الغلام في إحدى الروايتين بثماني عشرة سنة، وفي الرواية الأخرى بتسع عشرة سنة وهو الأصح باعتبار أنه زاد على أدنى المدة سبع سنين، وأدنى المدة التي اعتبرها الشرع[8] بقوله صلى الله عليه وسلم: ((مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين))[9]، وعلى قول أبي يوسف ومحمد[10] يحكم ببلوغهما إذا بلغا **خمس عشرة سنة**[11]، وهو ما قاله الشافعية والحنابلة فقد ذكروا أن البلوغ بالسن باستكمال خمس عشرة سنة قمرية من لحظة

---

[1] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[2] ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني، 109/11

[3] مختار الصحاح للرازي، مادة حبل، 66

[4] ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني، 109/11، والشرح الكبير لابن قدامة، 512/4

[5] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 514/4

[6] ينظر: الذخيرة للقرافي، 238/8

[7] سبقت ترجمته ص 40

[8] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[9] ينظر: المبسوط للسرخسي، 184/9، والحديث أخرجه أبو داود في سننه- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم: 495 ج 133/1 "هذا الحديث صحيح" [البدر المنير لابن الملقن، 238/3]

[10] سبقت ترجمتهما ص 89

[11] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5، والشرح الكبير لابن قدامة، 512/4

انفصال جميع الولد بشهادة عدلين خبيرين؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد سبعة عشر صحابياً وهم أبناء أربع عشرة سنة؛ لأنه لم يرهم بلغوا وعرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم[1].

وقال المالكية: ببلوغ سن ثماني عشرة سنة، وقيل: سبع عشرة، وقيل: خمس عشرة[2].

الأدلة:

دليل أبي حنيفة[3] رحمه الله: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152] وقد حدد ذلك ابن عباس[4] في الصبي بثماني عشرة سنة، وقيل: اثنتان وعشرون سنة، وفي قول عمر: خمس وعشرون سنة، وأقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فيجب تعليق الحكم به للاحتياط، غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فيزاد في حق الصبيان سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه.

وأدنى مدة البلوغ بالاحتلام في حق الصبي: اثنتا عشرة سنة، وفي حق الفتاة: تسع سنين.

فإن راهق الغلام والفتاة وقالا: قد بلغنا صدقا وتصير أحكامهما أحكام البالغين؛ لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهتهما فيقبل فيه قولهما، كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض[5].

وإذا حكم بالبلوغ عند إدراك السن أو بالحيض والاحتلام فإن كان البالغ رشيداً مصلحاً دفع إليه المال، وإن لم يكن بهذه الصفة بل كان مفسداً فلوصيه وللقاضي أن يمنع المال عنه بالإجماع[6].

استدل من حدد البلوغ بالسن بخمس عشرة سنة بالآتي:

1- بما جاء عن ابن عمر[7] رضي الله عنهما: ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة، فلم يُجِزني ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني))،

قال نافع[1] فقدمت على عمر بن عبد العزيز[2] وهو خليفة، فحدثته هذا الحديث فقال: "إن هذا لَحَدّ بين الصغير والكبير، و عرضه يوم عرضه يوم لمن بلغ خمس عشرة"[3] وجه الاستدلال يبدو في أن الظاهر أنه عليه الصلاة

---

[1] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 163/5، والشرح الكبير لابن قدامة، 512/4

[2] ينظر: الذخيرة للقرافي، 237/8

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] سبقت ترجمته ص 61

[5] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[6] ينظر: الفتاوى الهندية، 61/5

[7] سبقت ترجمته ص 23

والسلام لم يُجزه إلا لأنه بالغ ولم يرده إلا لأنه لم يبلغ؛ لأن بلوغهما لا يتأخر عنها عادة وهي إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه[4].

2- ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الفتاة والغلام فيستويان فيه كالإنزال[5].

وقد نصت المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

حكم البلوغ بالإنبات

اختلف الفقهاء في الإنبات وهو نبت الشعر حول الذكر أو فرج المرأة بحيث يستحق أخذه بالموسى، فلم يعتبره الحنفية، وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية، وقيل: يحكم به[6].

وروي عن أبي يوسف[7] في غير رواية الأصول أنه اعتبر نبات العانة[8]، وهو قول المالكية[9] والشافعية[10] – في حق الكافر– والحنابلة[11].

استدل الحنفية بالأدلة الآتية:

---

[1] هو أبو عبد الله نافع مولى عبد الله بن عمر، وأصابه مولاه عبد الله بن عمر في غزاته، وهو من كبار الصالحين التابعين، سمع مولاه وأبا سعيد الخدري، وروى عنه الزهري وأيوب السختياني ومالك بن أنس، رضي الله عنهم، وهو من المشهورين بالحديث، ومن الثقات الذين يؤخذ عنهم، ومعظم حديث ابن عمر عليه دار، وأهل الحديث يقولون: رواية الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر سلسلة الذهب لجلالة كل واحد من هؤلاء الرواة، وتوفي سنة 117هـ، وقيل: سنة 120هـ. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 5/367-368]

[2] عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص، الإمام الحافظ العلامة المجتهد الزاهد العابد، أمير المؤمنين أبو حفص الخليفة الزاهد الراشد، حدث عن: عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، والسائب بن يزيد، وسهل بن سعد، وكان من أئمة الاجتهاد، ومن الخلفاء الراشدين، حدث عنه: أبو سلمة وأبو بكر بن حزم، ورجاء بن حيوة، كان أسمر، رقيق الوجه، حسنه، نحيف الجسم، حسن اللحية، غائر العينين، بجبهته أثر نفحة دابة، قد وخطه الشيب، ولد سنة 61 هـ، توفي سنة 101هـ. [سير أعلام النبلاء للذهبي، 5/114-115، والأعلام للزركلي، 5/50]

[3] أخرجه البخاري –واللفظ له– كتاب الشهادات– باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، رقم: 2664، ج3/177، ومسلم، كتاب الإمارة– باب بيان سن البلوغ، رقم: 1868، ج3/1490

[4] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 5/203

[5] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 4/513

[6] ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني، 11/109

[7] سبقت ترجمته ص 89

[8] ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني، 11/109

[9] ينظر: الذخيرة للقرافي، 8/237

[10] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 5/164

[11] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 4/513

1-بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ﴾ [النور: 58] وجه الاستدلال: ينفي أن يكون الإنبات بلوغاً إذا لم يحتلم، كما نفى كون خمس عشرة سنة بلوغاً[1].

وهذه الآية تدل "على بطلان قول من جعل حد البلوغ خمس عشرة إذا لم يحتلم؛ لأن الله تعالى لم يفرق بين من بلغها وبين من قصر عنها بعد أن لا يكون قد بلغ الحلم"[2]، والله تعالى علق البلوغ والحكم على الحلم فلا يتعلق بغيره[3].

2-وبقوله صلى الله عليه وسلم: ((رفع القلم عن ثلاثة... وعن الصبي حتى يحتلم))[4] وجه الاستدلال: أنه جعل الحلم مناط الأحكام[5].

3-وبأنه نبات شعر من بدن الإنسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية؛ لأنه يمكن أن يتوصل باللحية إلى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور، بخلاف العانة فإنه إما أن ينظر إليها أو تمس، فإذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى[6].

وقال المالكية: بلوغ الذكر بالاحتلام أو الإنبات أو بالسن، ويزيد الإناث على الاحتلام أو الإنبات: بالحيض والحمل، ويقبل قول الصغير في الاحتلام إلا أن يرتاب فيه لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله[7].

وفي إنبات الشعر يكشف ويستدبره الناظر ويستقبلان المرآة، وينظر إليها الناظر فيرى الإنبات أو البياض ويستدل لتجويز النظر للعانة للإنبات بحديث عطية القرظي[8]، قال: "كنت من سبي بني قريظة، فكانوا ينظرون، فمن أنبت الشعر قُتل، ومن لم يُنبِت لم يُقتَل، فكنت فيمن لم ينبت"[1].

---

[1] ينظر: مفاتيح الغيب لفخر الدين الرازي، 417/24

[2] تفسير الرازي، 416/24

[3] ينظر: الذخيرة للقرافي، 238/8

[4] سبق تخريجه ص 105 وهذا لفظ أبي داود ((رفع القلم عن ثلاثة، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)) عن ابن عباس

[5] ينظر: الذخيرة للقرافي، 238/8

[6] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[7] ينظر: الذخيرة للقرافي، 237/8

[8] عطية القرظي، قال ابن عبد البر: لا أقف على اسم أبيه، كان من سبي بني قريظة ووجد يومئذ ممن لم ينبت فخلي سبيله، وروى عنه مجاهد، وعبد الملك بن عمير، وكثير بن السائب، إلا أنه ليس في حديث كثير بن السائب تصريح باسمه، وأرواهم عنه: عبد الملك بن عمير، وعن عبد الملك بن عمير اشتهر حديثه، وبه عرف. [الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، 1072/3] له صحبة ورواية قليلة وروى له الأربعة، توفي في حدود السبعين للهجرة. [الوافي بالوفيات، للصفدي، 54/20-55]

والمراد بالإنبات: الإنبات الخشن على المذاكر[2].

وأجابوا عن قياس الحنفية بأنه قياس مخالف للسنة فلا يسمع، وإذا سلمنا بصحته لكن الفرق: أن تلك الشعور لا تختص بالبلوغ فهي كالبول وهذا كالحيض.

وعن الآية والحديث: بأنه استدلال بالمفهوم والحنفية لا يقولون به، وإذا سلمنا بصحة التمسك به لكن المفهوم هنا عارضه منطوق الحديث المتقدم والمنطوق مقدم على المفهوم إجماعاً[3].

ولم يختلف **الشافعية** في أن الإنبات يتعلق به الحكم بالبلوغ في حق أولاد الكفار، لكن اختلفوا في أن الإنبات عين البلوغ، أو علامة البلوغ، فإن جعلنا الإنبات عين البلوغ، فيجب الحكم بالبلوغ عند من يقول بأن الإنبات عين البلوغ في أولاد المسلمين، كما يجب ذلك في أولاد الكفار، وإن قلنا: إنه علامة البلوغ، ففي أولاد المسلمين وجهان: أحدهما: يحكم بالبلوغ فيهم قياساً على أولاد الكفار، والثاني: أنه لا يحكم بالبلوغ، فإنا نطلع على تواريخ ولادة أولاد المسلمين؛ فلا نتعلق بالأمر الخفي، وقد لا نطلع على التواريخ في أولاد المشركين، فنكتفي بهذه العلامة[4].

وهذا الذي ذكر فيه نظر، فلا وجه للحكم بأن الإنبات عين البلوغ، ولا طريق إلَّا القطعُ بأنه علامة.

وحُكي عن القاضي حسين[5] أنه نزَّل نبات اللحية، والشارب، والإبط، منزلة نبات العانة؛ لأن نبات اللحية، والشارب والإبط لا يتراخى في الغالب عن البلوغ، فكان أولى بالدلالة على البلوغ من إنبات شعر العانة[6].

والمعتمد عند الشافعية أن نبات اللحية ليس بلوغاً، وكذلك الإبط واللحية والشارب بالأولى، وبرروا الاقتصار على العانة بأنه أمر تعبدي[7].

---

[1] أخرجه أبو داود –واللفظ له– كتاب الحدود– باب في الغلام يصيب الحد، رقم: 4404، ج141/4، والترمذي، أبواب السير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم– باب ما جاء في النزول على الحكم– رقم: 1582 ج، 144/4، وقال: "**هذا حديث حسن صحيح**" والنسائي، كتاب الطلاق– باب: متى يقع طلاق الصبي، رقم: 3430، ج155/6، وابن ماجه، كتاب الحدود– باب من لا يجب عليه الحد، رقم:2541، ج849/2

[2] ينظر: الذخيرة للقرافي، 238/8-239

[3] ينظر: المصدر نفسه، 238/8-239

[4] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 434/6-435

[5] القاضي حسين أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد الفقيه الشافعي، كان إماماً كبيراً صاحب وجوه غريبة في المذهب، وصنف في الأصول والفروع والخلاف، ولم يزل يحكم بين الناس ويدرس ويفتي، وأخذ عنه الفقه أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، وتوفي سنة 462هـ. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 134/2-135] وهو من أجل أصحاب القفال المروزي، له: التعليق الكبير، والفتاوى المفيدة، وهي مشهورة. [تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ عنيت بنشره: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، 164/1-165]

[6] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 434/6-435

[7] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 164/5-165

"فأما انفراق الأرنبة، ونتوء غضروفة الحلقوم، وثقل الصوت، ونهود الثدي، فشيء منها لا يكون علامة في البلوغ"[1].

والبلوغ عند الحنابلة يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل، وتزيد الجارية بالحيض والحمل[2].

ويعد نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة بلوغاً، أما الزغب الضعيف فلا اعتبار له[3].

احتج من اعتبر الإنبات بالآتي:

1-أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد بن معاذ[4]: ((حكمت بحكم الله))[5].

2-قوله عليه السلام: ((الصبي إذا بلغ خمس عشرة أقيمت عليه الحدود))[6].

3-ولأن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز ابن عمر[7] رضي الله عنهما في الجهاد ابن خمس عشرة سنة ولا يجاز إلا بالغ[8].

4-ولأن الإنبات معنى يعرض عند البلوغ فيحكم به كخروج المني[9].

5- ولأن هذا الشعر خارج يلازمه البلوغ غالباً يستوي فيه الذكر والأنثى فكان علماً على البلوغ كالاحتلام؛ ولأن الخارج من الجسم نوعان: متصل كالشعر ومنفصل كالمني، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ فكذلك المتصل[10].

---

[1] نهاية المطلب للجويني، 435/6

[2] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 512/4

[3] ينظر: المصدر نفسه، 513/4

[4] سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس، يكنى أبا عمرو، وأمه كبشة بنت رافع، أسلم بالمدينة بين العقبة الأولى والثانية، على يدي مصعب بن عمير، وشهد بدراً وأحداً والخندق، ورمى يوم الخندق بسهم، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمر بضرب فسطاط في المسجد لسعد بن معاذ، وكان يعوده في كل يوم حتى توفي سنة خمس من الهجرة، وكان موته بعد الخندق بشهر، وبعد قريظة بليال، لما فرغ من قتلهم انفتق عِرْقه فمات. [الاستيعاب لابن عبد البر، 602/2-603]

[5] والحديث عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن أناساً نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل إليه فجاء على حمار، فلما بلغ قريباً من المسجد، قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((قوموا إلى خيركم أو سيدكم)) فقال: ((يا سعد إن هؤلاء نزلوا على حكمك)) قال: "فإني أحكم فيهم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم"، قال: ((حكمت بحكم الله، أو بحكم الملك)) أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب المناقب- باب مناقب سعد بن معاذ رضي الله عنه- رقم: 3804، ج35/5-36، ومسلم، كتاب الجهاد والسير- باب جواز قتال من نقض العهد، وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، رقم: 1768، ج1389/3

[6] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، عن قتادة عن أنس مرفوعاً- كتاب الحجر- باب البلوغ بالسن، وقال: "وإسناده ضعيف: لا يصح وهو بإسناده في الخلافيات" رقم: 11089، ج 56/6

[7] سبقت ترجمته ص 23

[8] سبق تخريجه ص 221

[9] ينظر: الذخيرة للقرافي، 237/8-238

[10] ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة، 513/4-514

ويجاب عن الحديث الثاني: بعدم الصحة، وعن الثالث: أن هذا من كلام ابن عمر فلعله عليه الصلاة والسلام علم بلوغه عند هذا السن، ومتى علم البلوغ فلا نزاع فيه، وليس في الحديث دلالة على أنه أجاز لأجل الخمس عشرة سنة، فهذا كقول القائل: قرأت الفقه وأنا ابن كذا، فقد ذكر التاريخ لأن السن سببه[1].

كما اعترض على حديث ابن عمر بأن هذا الخبر مضطرب؛ لأن غزوة أحد كانت في السنة الثالثة والخندق في السنة الخامسة فكيف يكون بينهما سنة؟ ومع ذلك فإن الإجازة في القتال لا تعلُّقَ لها بالبلوغ؛ لأنه قد يرد البالغ لضعفه ويؤذن لغير البالغ لقوته ولطاقته حمل السلاح، ويدل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يسأله عن الاحتلام والسن[2].

ونوقش حديث عطية القرظي بأنه حديث لا يجوز إثبات الشرع به وبمثله لأمور:

1-أن عطية هذا مجهول لا يعرف إلا من هذا الخبر لاسيما مع اعتراضه على الآية، والخبر في نفي البلوغ إلا بالاحتلام.

2-أنه مختلف الألفاظ ففي بعضها أنه "أمر بقتل من جرت عليه الموسى"[3]، وفي بعضها "من اخضر عذاره"[4]، ومعلوم أنه لا يبلغ هذه الحال إلا وقد تقدم بلوغه ولا يكون قد جرت عليه الموسى إلا وهو رجل كبير، فجعل الإنبات وجري الموسى عليه كناية عن بلوغ السن وهي ثماني عشرة سنة فأكثر[5].

فأهل المغازي ذكروا أن سعداً حكم بذلك فيمن أنبت، وورد أن عمر[6] رضي الله عنه كان يكتب إلى أمراء الأجناد "أن لا يقتلوا إلا من جرت عليه المواسي، ولا يأخذوا الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، ولا يأخذوا من صبي ولا امرأة"[7]، فهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الإنبات، وهو خلاف ما يعتبره الجمهور في مجرد الإنبات[1].

---

[1] ينظر: الذخيرة للقرافي، 239/8، والسراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، مطبعة بولاق (الأميرية)– القاهرة، عام: 1285هـ، 9/4

[2] ينظر: مفاتيح الغيب، لفخر الدين الرازي، 417/24

[3] أن سعد بن معاذ رضي الله عنه، حكم على بني قريظة أن يقتل منهم كل من جرت عليه الموسى، وأن تقسم أموالهم وذراريهم فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((لقد حكم اليوم فيهم بحكم الله الذي حكم به من فوق السماوات)) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الجهاد- وأما حديث عبد الله بن يزيد الأنصاري، رقم: 2570، ج 134/2 رقم: 18018 ج،107/9 قال الذهبي: "صحيح"

[4] بحثت عنه ولم أجده

[5] ينظر: مفاتيح الغيب، لفخر الدين الرازي، 417/24، وروح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، ت: 1270هـ، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1415هـ، 401/9

[6] سبقت ترجمته ص 23

[7] أخرجه سعيد بن منصور في سننه -واللفظ له- كتاب الجهاد- باب ما جاء في قتل النساء والولدان- رقم: 2632، ج282/2، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الجهاد- من ينهى عن قتله في دار الحرب- رقم: 33119، ج483/6، والبيهقي في السنن الكبرى- كتاب الجزية- باب الزيادة على الدينار بالصلح- رقم: 18683، ج329/9 "وهذا الأثر صحيح" [البدر المنير، لابن الملقن، 188/9]

3-أن الإنبات يدل على القوة البدنية، فالأمر بالقتل لهذا السبب لا للبلوغ[2].

-والحيض علامة على البلوغ في حق الفتاة[3]، وقد دل ذلك حديث عائشة[4]، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار))[5]، "والعمل عليه عند أهل العلم: أن المرأة إذا أدركت فَصَلَّتْ وشيء من شعرها مكشوف لا تجوز صلاتها"[6].

الترجيح: الذي يترجح لي قول الحنفية في عدم اعتبار الإنبات؛ ذلك أن البلوغ أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، ولا يعرف إلا من جهة المكلف نفسه، وإجابات الحنفية على حديث عطية –الذي عليه المعول في أدلة من عدِّ الإنبات بلوغاً- كانت قوية، ولأن شعر اللحية أو الصدر أو الإبط... أهون من العانة، ثم قد يكون حديث عطية خاصاً بالمشركين كما قال الشافعية في قول لهم، فلا يقاس عليه المسلم، وإنما يمكن أن يعد الإنبات أمارة وقرينة على البلوغ، ثم كيف السبيل لضبط الشعر الثخين المعتبر وتمييزه عن غيره، فكما أن نهود الثديين بالنسبة للمرأة لا يعد بلوغاً فكذلك الإنبات؛ لعدم ظهوره وانضباطه واختلافه باختلاف الأشخاص من حيث الثخانة وعدمها، فالإنبات ليس من قبيل دلالة الحال بل من قبيل القرينة -والله تعالى أعلم-

أما المثال الثاني: فهو مثال للفعل الشخصي الإرادي، وهو طلاق الأخرس حيث يقع طلاقه بالإشارة باتفاق الفقهاء، إن كانت الإشارة يعرف بها في نكاحه وطلاقه وبيعه وشرائه، سواء قدر على الكتابة أم لا؛ لأنه يحتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق، ولو لم يجعل إشارته كعبارة الناطق لأدى إلى الحرج وهو مدفوع شرعاً.

وإن كانت لا يعرف بها كلامه لا يقع؛ لتيقن بقاء نكاحه والشك في زواله، واليقين لا يزول بالشك، وطلاقه المفهوم بالإشارة إذا كان دون الثلاث فهو رجعي.

---

[1] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 203/5

[2] ينظر: مفاتيح الغيب، لفخر الدين الرازي، 417/24

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 224/1

[4] سبقت ترجمتها ص 64

[5] أخرجه أبو داود، كتاب الصلاة- باب المرأة تصلي بغير خمار، رقم: 641، ج173/1، والترمذي-واللفظ له- أبواب الصلاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب: ما جاء لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار، رقم: 377، ج215/2-216، وقال: "حديث عائشة **حديث حسن**"، وابن ماجه، كتاب الطهارة وسننها- باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار، رقم: 655، ج 215/1

[6] سنن الترمذي، 215/2-216

وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له إشارة في الأشياء المذكورة فطلاقه جائز استحساناً، وفي القياس لا يقع لأنه لا يستبين من إشارة الأخرس حروف منظومة، والموجود مجرد قصد الإيقاع، ولا يقع به الطلاق، وإن لم يكن له إشارة معلومة تعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل، لعدم الوقوف على مراده.

هذا إذا ولد هذا الإنسان أخرس أو طرأ عليه **الخرس واستمر**، وإن لم يَدُمْ لم يقع طلاقه[1]، فعلى هذا إذا طلق من اعتُقِل لسانه توقف، فإن دام به البكم إلى الموت نفذ، وإن زال بطل.

وقال الكمال بن الهمام[2]: إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة وهو قول حسن، وهذا القول تصريح بما المفهوم من ظاهر الرواية.

فإن كان الأخرس لا يكتب وكان له إشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز، وإن كان لم يعرف ذلك منه أو شك فيه فهو باطل[3].

جاء في الهداية: "وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة"[4].

واعتبار تصرفات الأخرس من باب الاستحسان بالضرورة، فلو لم يعتبر منه ذلك لأدى إلى موته جوعاً وعطشاً وعرياً، وقد اعتبر الشرع الإشارة من الأخرس في العبادات فتصح صلاته بتحريك لسانه بالقراءة والتكبير[5].

ونص المالكية على أنه يقع الطلاق بالإشارة المفهمة التي يفهم منها التطليق، بأنْ صاحَبَها قرينة يقطع من عاينها بدلالتها عليه، وإن لم تفهمه الزوجة منها، وتعتبر هذه الإشارة ولو من قادر على النطق على المعتمد، وهي

كاللفظ الصريح في عدم الافتقار لنية[6].

جاء في القوانين الفقهية: "إشارة الأخرس بالطلاق كالصريح وإشارة القادر على الكلام بالكتابة"[7].

وقال الشافعية: إذا طلق الأخرس امرأته بكتاب أو إشارة تُفهم عنه وقع الطلاق، وإذا مرض الرجل فخبل لسانه فهو كالأخرس في الرجعة والطلاق، وإذا أشار إشارة تعقل أو كتب كتاباً لزمها الطلاق وألزمت له الرجعة، ولو

---

[1] ينظر: الجوهرة النيرة للزبيدي، 39/2، والبناية شرح الهداية للعيني، 302/5

[2] محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الكمال بن الهمام السيواسي الأصل ثم القاهري الحنفي، ولد سنة 790 هـ، كان دقيق الذهن عميق الفكر، له: شرح الهداية في الفقه، والتحرير في أصول الفقه والمسايرة في أصول الدين، كان إماماً في الأصول والتفسير والفقه والفرائض والحساب والتصوف والنحو والصرف والمعاني والبيان والبديع والمنطق والجدل، مات سنة 861هـ. [البدر الطالع للشوكاني، 201/2- 202 ملخصاً]

[3] ينظر: حاشية ابن عابدين، 241/3

[4] الهداية للمرغيناني، 224/1

[5] ينظر: فتح القدير للكمال بن الهمام، 492/3

[6] ينظر: منح الجليل لعليش، 90/4، وإرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لأبي زيد أو أبي محمد، شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي المالكي، ت: 732هـ، وبهامشه: تقريرات مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط3، د.ت، 68

[7] القوانين الفقهية لابن جزي، 153/1

لم يخبل ولكنه ضعف عن الكلام فأشار بطلاق أو برجعة إشارة تعقل أو كتب كتاباً يُعقل، فتكون رجعة حتى يعقل فيقول: لم تكن رجعة فتبرأ منه بالطلاق الأول[1].

ويعتد بإشارة أخرس في البيع، والهبة والطلاق والدعاوى وغيرها وإن أمكنته الكتابة للضرورة، فإن فهم طلاقه بها كل الناس فهي صيغة صريحة، وإن لم يفهمها أحد أو اختص الأذكياء بفهم الطلاق منها فهي كناية، وتعرف نيته فيما إذا أتى بإشارة أو كتابة بإشارة أو كتابة أخرى، وكأنهم اغتفروا تعريفه بها مع أنها كناية، ولا اطلاع لنا بها على نيته ذلك للضرورة، ويعتبر في الأخرس أن يكتب مع لفظ الطلاق: إني قصدت الطلاق.

وألحقوا بالأخرس من اعتقل لسانه ولم يُرْجَ شفاؤه، وكذلك من رُجي شفاؤه بعد مضي ثلاثة أيام.

ولو كتب إنسان ناطق أو أخرس طلاقاً، ولم ينوِ فهو لغو لأنه لم يوجد لا لفظ ولا نية، وإن نواه فالأظهر وقوعه، وإن تلفظ به ولم ينوه عند التلفظ ولا الكتابة، وقال: إنما قصدت قراءة المكتوب فقط صدق بيمينه[2].

والأخرس يقيم إشاراته المفهمة مقام عبارات الناطق، فيقع بإشارته طلاقه ويصح بيعه وشراؤه وسائر عقوده، ويقع طلاقه بإشارة لها رتبة الصريح، ويقع بإشارة ونية لها رتبة الكناية، **فإشارة الأخرس كعبارة الناطق**، لم يختلف الشافعية في ذلك إلا في الشهادة، فمنهم من صحح شهادة الأخرس، ومنهم من رفضها ولعله الأصح.

فإن ترددت إشارته، وكانت صالحة للطلاق ولغيره، أو كان يختص بدركه الفطن، فهذا يلحق بالكناية.

وإذا كتب الأخرس الطلاق نفذ الطلاق، فإن الكتابة أوقع في البيان من الإشارة، ولو قدر على الكتابة فأشار نفذت إشارته، فإن الكتابة في مرتبة الإشارة[3].

وقال الحنابلة: يقع الطلاق بإشارة مفهومة من الأخرس فقط، فلو لم يفهم إشارتَه إلا بعضُ الناس فهي كناية بالنسبة إليه[4]،

وإذا طلق الأخرس في قلبه لم يقع الطلاق[5].

فإرادة الأخرس طلاق امرأته وصف خفي، فأقيمت إشارته المفهومة مقام التصريح بالطلاق، وهذه الإشارة فعل شخصي من قبل المطلق ترتب عليها إنهاء حياته الزوجية.

وكذلك فقد وافق القانون السوري ما ذهب إليه الفقهاء بإنفاذ التصرفات بإشارة الأخرس، حيث نص في المادة 87 منه في الفقرة 1- أنه "يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة".

وفي المادة 208 تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة.

---

[1] ينظر: الأم للشافعي، 262/5

[2] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 20/8-22

[3] ينظر: نهاية المطلب للجويني، 72/14-73

[4] ينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي، 86/3

[5] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 259/5

لكن القانون لم يأخذ بدلالة الحال في عدم وقوع الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة ولم يوقعها إلا واحدة فقد نصت المادة 92 على أن "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً".

ولعل حجته في ذلك أنه ينحو نحو التخفيف من وقوع الطلاق جهد استطاعته تيسيراً على الناس.

المطلب الثاني: فعل الغير

قد تكون دلالة الحال فعلاً يفعله الغير فيترتب عليها حكم للمكلف لا بفعله إنما بفعل غيره، و"غير: بمعنى المغايرة"[1]، "وتغايرت الأشياء اختلفت"[2].

ومن أمثلته ما يأتي:

المثال الأول: في الوقف إذا بنى إنسان مسجداً فيبقى على ملك الواقف حتى يفرزه عن ملكه ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد زال ملك الواقف عند أبي حنيفة[3] فاشتراط الإفراز لأنه لا يخلص لله تعالى إلا به، واشتراط الصلاة فيه لأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد[4] رحمهما الله، ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه، أو لأنه عند تعذر القبض فيقوم تحقق المقصود مقامه، ويكتفى بصلاة شخص واحد فيه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه يتعذر فعل الجنس فيشترط أدناه، وعن محمد رواية أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب.

فصلاة أي مصلٍّ وصف ظاهر منضبط أقيم مقام التسليم لعدم انضباط كيفية التسليم والتخلية، ومناسب للحكم بخروج هذا البناء عن ملك الواقف إلى ملك الله.

وقال أبو يوسف[5]: يزول ملك الواقف بقوله: جعلته مسجداً؛ لأن التسليم عنده ليس بشرط؛ لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد[6].

المثال الثاني: إثبات حرمة المصاهرة بالمس بشهوة والنظر:

قال الحنفية: من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها، وإذا قبّل امرأة ثم قال: لم يكن عن شهوة أو لمسها أو نظر إلى فرجها ثم قال: لم يكن بشهوة، ففي التقبيل يفتى بثبوت الحرمة ما لم يتبين أنه قبّل بغير شهوة، وفي المس والنظر إلى الفرج لا يفتى بالحرمة إلا إذا تبين أنه فعل بشهوة؛ لأن الأصل في التقبيل الشهوة بخلاف المس والنظر، هذا إذا كان المس على غير الفرج وأما إذا كان على الفرج فلا يصدق أيضاً[7].

---

[1] الكليات للكفوي، 663

[2] مختار الصحاح، للرازي، مادة غير، 232

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] سبقت ترجمته ص 89

[5] سبقت ترجمته ص 89

[6] ينظر: الهداية للمرغيناني، 20/3

[7] ينظر: الفتاوى الهندية، 276/1

وذكر الحنفية أن الزنى يوجب حرمة المصاهرة، فمن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها، وتحرم هذه المرأة الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه، وكذا المس بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضاً، وهي رواية ابن القاسم[1] من المالكية، وإحدى الروايتين عن الحنابلة[2].

ولو مس امرأة فأنزل فالصحيح عند الحنفية أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر[3].

استدل الحنفية بالأدلة الآتية:

أ- الأصل في عد الزنى كالنكاح من حيث التحريم: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء، 22]، وجه الاستدلال: أن الحمل على الوطء أولى من الحمل على العقد؛ لأن النكاح حقيقة في الوطء، ولم يُرِد به العقد؛ لاستحالة كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازاً في حالة واحدة، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية، أو لأن الوطء أعم فيكون الحمل عليه أولى، فيصير معنى الآية ولا تطؤوا ما وطئ آباؤكم مطلقاً، فيدخل فيه النكاح والسفاح[4].

ب- بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها))[5].

جـ-وبحديث: ((لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها))[6]. وجه الاستدلال من هذين الحديثين: أنه إذا نظر إلى فرج امرأة في الزنى أن لا ينظر إلى فرج ابنتها في النكاح[7].

د-وبأن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد فيضاف إليها كما يضاف إليه، فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه والعكس كذلك، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنى، والمس والنظر داع إلى الوطء، فيقام مقامه احتياطاً للحرمة[8].

---

[1] ابن القاسم المالكي، أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، الفقيه المالكي؛ جمع بين الزهد والعلم وتفقه بالإمام مالك رضي الله عنه ونظرائه، وصحب مالكاً عشرين سنة، وانتفع به أصحاب مالك بعد موت مالك، وهو صاحب "المدونة" في مذهبهم، وهي من أجل كتبهم، وعنه أخذها سحنون، وتوفي سنة 191هـ، بمصر، ودفن خارج باب القرافة الصغرى قبالة قبر أشهب الفقيه المالكي. [وفيات الأعيان لابن خلكان، 3/129-130]

[2] ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 3/88-89، وبداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 59/3، والمغني لابن قدامة، 121/7

[3] ينظر: الهداية للمرغيناني، 188/1

[4] ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 3/88-89

[5] أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، عن أبي هانئ، كتاب النكاح- الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته، رقم: 16235، ج480/3، قال ابن حجر: "وإسناده مجهول" [فتح الباري لابن حجر العسقلاني، 156/9]

[6] أخرجه البيهقي -واللفظ له- في السنن الكبرى، كتاب النكاح- باب الزنى لا يحرم الحلال، رقم: 13969، ج275/7-276، وقال: "وهذا أيضاً ضعيف" عن عبد الله بن مسعود، والدارقطني، كتاب النكاح- باب المهر، رقم: 3682، ج402/4، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح- الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته، رقم: 16234، ج480/3

[7] الحاوي الكبير للماوردي، 215/9

[8] ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 3/88-89، والهداية للمرغيناني، 187/1-188

هـ-تثبت الحرمة باللمس والنظر بشهوة عند الحنفية استحساناً، وفي القياس لا تثبت؛ لأن النظر كالتفكر، إذ هو غير متصل بها فلا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؛ ولأن النظر لو كان موجباً للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة، ولكن تركوا القياس للحديث في الفقرة "أ"[1].

و-أن النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع؛ لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع، وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فتبين أنه نوع استمتاع كالمس بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء[2].

حد الشهوة المعتبرة:

والشهوة المعتبرة في المس والنظر عند الحنفية أن تنتشر به الآلة -بالنسبة للرجل- أو يزداد انتشارها، أما مجرد الاشتهاء بالقلب فغير معتبر، والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج، ويكون ذلك إذا كانت المرأة متكئة، أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر[3]، وبالنسبة للمجبوب والعنين بأن يتحرك قلبه بالاشتهاء، أو يزداد اشتهاء، ولو مسها، وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لا تثبت الحرمة، وإن لم تمنع وصول الحرارة تثبت الحرمة، ولو مس شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها؛ لأنه من أجزاء بدنها[4].

وعند المالكية فإن الرواية عن الإمام مالك[5] في الموطأ أنه لا يحرم، "وقال سحنون[6]: أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم[7] فيها، ويذهبون إلى ما في الموطأ"[8].

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 208/4

[2] ينظر: المصدر نفسه، 208/4

[3] ينظر: المصدر نفسه، 208/4

[4] ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، 89/3، والهداية للمرغيناني، 188/1

[5] مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، ولد سنة 95 هـ، إمام دار الهجرة، كان صلباً في دينه، بعيداً عن الأمراء والملوك، وشي به فضربه سياطاً انخلعت لها كتفه، أخذ العلم عن ربيعة، وسأله المنصور أن يضع كتاباً للناس يحملهم على العمل به، فصنف "الموطأ"، وله رسالة في "الوعظ" ورسالة في "الرد على القدرية" ومات سنة 179 هـ، وله أربع وثمانون سنة. [ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي 68، والأعلام للزركلي 257/5-258]

[6] سحنون بن سعيد التنوخي، وسحنون لقب واسمه عبد السلام، وتفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب، ثم انتهت الرياسة إليه في العلم بالمغرب، وولي القضاء بالقيروان، على قوله المعول بالمغرب، وصنف المدونة وعليها يعتمد أهل القيروان، وحصل له من الأصحاب ما لم يحصل لأحد من أصحاب مالك، وعنه انتشر علم مالك في المغرب، ومات في رجب سنة 240هـ. [طبقات الفقهاء للشيرازي، 157] وكان موصوفاً بالعقل والديانة التامة والورع، مشهوراً بالجود والبذل، وافر الحرمة، عديم النظير. [سير أعلام النبلاء، للذهبي، 462/9]

[7] سبقت ترجمته ص 231

[8] بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 59/3

وحكم النظر عند الإمام مالك كحكم اللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أي عضو كان[1].

وهذا قول الشافعية أيضاً حيث قالوا: الزنى لا يحرم الحلال لأن الحرام ضد الحلال فلا يقاس شيء على ضده، فإن قيل: هذا جماع وهذا جماع، أجيب بأن النكاح جماع يُحمَد به الإنسان، والزنى جماع يرجم به، وأحدهما نعمة وجعله الله نسباً وصهراً وأوجب حقوقاً، وجعل الرجل محرماً به لأم زوجته ولابنتها يسافر بهما، وجعل الزنى نقمة في الدنيا بالحد وفي الآخرة بالنار[2].

وذكر الشافعية أن وطء الزنى لا يتعلق به تحريم المصاهرة بحال، فإذا زنى الرجل بامرأة لم تحرم عليه أمها ولا بنتها ولم يحرم على أبيه ولا على ابنه[3].

جاء في البيان: "إذا زنى الرجل بامرأة لم يثبت بهذا الزنى تحريم المصاهرة، فلا يحرم على الزاني نكاح المرأة التي زنى بها ولا أمها ولا ابنتها، ولا تحرم الزانية على آباء الزاني ولا على أبنائه، وكذلك: إذا قبلها بشهوة حراماً أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة حراماً"[4].

وأدلة الشافعية هي الآتية:

1-قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: 54] وجه الاستدلال: أن الله تعالى جمع بين الماءين: الصهر والنسب، فلما انتفى عن الزنى حكم النسب انتفى عنه حكم المصاهرة[5].

2-عن ابن عمر[6] رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: ((لا يحرم الحرام الحلال))[7] وهذا نص لا يجوز خلافه.

3-أنه وطء حرام فلا يتعلق به تحريم المصاهرة قياساً على وطء الصغيرة التي لا تشتهى.

4-ولأنه وطء لا يوجب العدة فلا يوجب تحريم المصاهرة كوطء الصغيرة والميتة، ولأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء الصحيح فيجب أن ينتفي عن الزنى الصريح قياساً على تحريم العدة.

5-ولأنه لو ثبت تحريم المصاهرة بما حرم من الوطء والقبلة والملامسة بشهوة، لاستطاعت المرأة أن تفارق زوجها إذا كرهته إذا قدرت على فراقه بتقبيل ابنه فيصير الفراق بيدها، وقد جعله الله بيد الزوج دونها.

6-إن الله تعالى حرم أمهات النساء، وهذا بالنكاح فلا يجوز أن يقاس الحرام بالحلال؛ لأن النص ورد في النكاح كان الحكم مقصوراً عليه ولم يكن الحرام ملحقاً به لأن حكم الحرام مخالف لحكم الحلال[1].

---

[1] ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 58/3

[2] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 214/9

[3] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[4] البيان للعمراني، 254/9

[5] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 215/9

[6] سبقت ترجمته ص 23

[7] أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح- باب لا يحرم الحرام الحلال، رقم: 2015، ج649/1، وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري، وهو متروك. [مجمع الزوائد، لأبي الحسن الهيثمي، 269/4]

7-وبأن النكاح في الشرع يطلق على المعقود عليها لا على مجرد الوطء، وأيضاً فالزنى لا مهر فيه ولا عدة ولا ميراث[2].

وقال الحنابلة: الوطء الحرام محرم فيثبت به تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وابنتها، استدلالاً:

1-بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 22] والوطء يسمى نكاحاً وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 22] وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء[3].

2-ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض[4].

3-ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة، فيفسده الوطء الحرام كالإحرام[5].

هذا في الوطء، أما من نظر إلى فرج امرأة بشهوة، أو لمسها بشهوة، ففيه روايتان عن الحنابلة: الأولى: أنه ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللمس، والثانية: لا يتعلق به التحريم، لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: 24]؛ ولأنه نظر من غير مباشرة، فلا يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه[6].

جاء في كشاف القناع: "(ولا) يثبت تحريم المصاهرة (بمباشرتها ولا بنظره إلى فرجها أو) بنظره (إلى غيره ولا بخلوّه) ولو (لشهوة) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: 23] يريد بالدخول الوطء"[7].

المناقشة:

1-أجاب الشافعية عن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: 22] بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49] وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: 32] فأراد به العقد دون الوطء.

2-وأجابوا عن حديثي النهي عن النظر إلى فرج امرأة وبنتها بجوابين:

---

[1] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 215/9-217

[2] ينظر: فتح الباري لابن حجر، 157/9

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 118/7

[4] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[5] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[6] ينظر: المصدر نفسه، 121/7

[7] كشاف القناع للبهوتي، 72/5-73، وينظر أيضاً: تصحيح الفروع للمرداوي مع الفروع لابن مفلح، 241/8

أ-أنه مروي عن وهب بن منبه[1] فيما هو مكتوب في التوراة فلا يلزمنا لنسخها بالقرآن.

ب-أن ما تضمنه من الوعيد متوجه إليه في الحرام دون الحلال؛ لأن أحدهما لا محالة حرام[2].

وأجاب الحنابلة عن الحديث الثاني من أحاديث الحنفية بأن الخبر ضعيف، وموقوف على ابن مسعود[3]، ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء[4].

"ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: 23] الوطء؟ أو التلذذ بما دون الوطء؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر؟ أم لا؟"[5].

وفيما يتعلق بإثبات حرمة المصاهرة بالزنى فإن "سبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح، أعني: في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 22] قال: يحرم الزنى، ومن راعى الدلالة الشرعية قال: لا يحرم الزنى، ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت، وبين الأب والابن قال: يحرم الزنى أيضاً، ومن شبَّهه بالنسب قال: لا يحرم؛ لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنى"[6].

الترجيح: الذي يظهر أن قول الحنفية باعتبار اللمس بشهوة والنظر إلى الفرج أرجح؛ لأن هذه الحال حال احتداد الشهوة، وهي حال داعية إلى الوطء، والوطء أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فتقوم الخلوة والمس والنظر مقامه؛ لظهورها وانضباطها وعدم احتلافها باختلاف الأشخاص.

---

[1] وهب بن منبه بن كامل بن سيج بن ذي كبار، وهو الأسوار اليماني الصنعاني الذماري، أبو عبد الله، روى عن: أنس بن مالك، وجابر بن عبد الله، وطاووس بن كيسان، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر بن الخطاب، روى عنه: ابن ابنته إدريس ابن سنان، وإسرائيل أبو موسى، وبكار بن عبد الله الصنعاني، وداود بن قيس الصنعاني، كان من أبناء فارس، تابعي ثقة. [تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي ت: 742هـ، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1400هـ- 1980م، 31/140-141]

مؤرخ، كثير الإخبار عن الكتب القديمة، عالم بأساطير الأولين ولا سيما الإسرائيليات، ولد ومات بصنعاء وولاه عمر بن عبد العزيز قضاءها، وحبس في كبره وامتحن، له: "ذكر الملوك المتوجة من حمير وأخبارهم وقصصهم وقبورهم وأشعارهم" و"قصص الأنبياء" و "قصص الأخيار" توفي عام 114 هـ. [الأعلام للزركلي، 8/125-126]

[2] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 9/216

[3] سبقت ترجمته ص 99

[4] ينظر: المغني لابن قدامة، 7/121

[5] ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 3/58

[6] بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، 3/59

الفصل الثالث: أثر دلالة الحال في اليد في الأحوال الشخصية

المبحث الأول: مفهوم اليد

المطلب الأول: معنى اليد وأدلة اعتبارها

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة: الحيازة- الاستيلاء- القبض

المبحث الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: أنواع اليد من حيث شرعيتها (اليد العاديَة- اليد الشرعية)

المطلب الثاني: أنواع اليد من حيث ثبات العين وحركتها

المبحث الثالث: أحكام وضع اليد

المطلب الأول: تغير صفة اليد وشروط وضع اليد

المطلب الثاني: كيفية وضع اليد

المطلب الثالث: مراتب اليد

المطلب الرابع: وسائل إثبات اليد

الفصل الثالث: أثر دلالة الحال في اليد في الأحوال الشخصية

-يعد وضع اليد على متاع مثلاً دليلاً من أدلة ملكية الإنسان لهذا المتاع، ويعد هذا الفصل تطبيقاً من تطبيقات دلالة الحال، حيث قسمت هذا الفصل إلى مباحث، تحدث المبحث الأول عن مفهوم اليد، وتحدث المبحث الثاني عن أنواع اليد في الفقه الإسلامي من حيث شرعيتها ومن حيث ثبات العين وحركتها، وتحدث المبحث الثالث عن أحكام وضع اليد.

المبحث الأول: مفهوم اليد

المطلب الأول: معنى وضع اليد وأدلة اعتبارها

أولاً: معنى وضع اليد: يقال: "وضع الشيء من يده يضعه وضعاً"[1]، "ووضعت الشيء بين يديه وضعاً تركته هناك"[2]، و"وضع عنه وضعاً: حط من قدره"[3].

ويد: "أصلها يدي... واليد: القوة، وأيده: قواه.. واليد: النعمة والإحسان تصطنعه[4]، و"اليد: الكف... اليد من أطراف الأصابع إلى الكف"[5]، و"يقال: هذا في يد فلان، أي: في حوزه وملكه"[6].

و"وضع اليد على الشيء: حيازته، وهذه الحيازة قد تكون ظلماً كالغصب، وقد لا تكون كالحجر على المال"[7].

ووضع اليد اصطلاحاً: "ادعاء تملك شيء بالتصرف فيه مدة بلا معارضة"[8].

جاء في تبيين الحقائق: "اليد ليست هي إلا عبارة عن القدرة على التصرف، وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف"[9]، و"اليد عبارة عن القرب والاتصال"[10].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية ذا اليد في المادة (1679) بالآتي:

---

[1] مختار الصحاح، للرازي، مادة وضع، 341

[2] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، 663/2

[3] تاج العروس للزَّبيدي، مادة وضع، 335/22

[4] مختار الصحاح للرازي، 348

[5] لسان العرب لابن منظور، مادة يدي، 419/15

[6] المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، 890

[7] معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1408هـ- 1988م، 505

[8] القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو حبيب، دار الفكر، سورية- دمشق، ط2، عام 1408هـ- 1988م، تصوير: 1993م، 104- 105

[9] تبيين الحقائق للزيلعي، 224/5

[10] الفروق للقرافي، 78/4

"هو الواضع اليد على عين بالفعل أو الذي يشبه تصرفه تصرف الملاك"[1].

شرح التعريف: وضع اليد فعلاً يكون في المنقول كالساعة في الجيب وكالثياب الملبوسة، والتصرف تصرف الملاك يكون في المنقول وفي العقار، كزرع الأرض والسكن في البيت، وذو اليد على الدار: هو الساكن فيها، وليس من بيده مفتاح إحدى غرفها، وتصرف الملاك: هو التصرف الذي يتوقف نفاذه أو حَلُّه -إذا كان ملكاً- على أن يكون المحل الذي أوقع فيه التصرف ملك المباشر إذا كان المباشر والمتصرف أجرى ذلك التصرف أصالة كتعمير الأبنية أو هدمها.

ويقابل ذا اليد الخارجُ فقد نصت المادة (1680) من المجلة على أن:

"الخارج هو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المشروح"[2].

ويطلق الخارج على من لم يضع يده على العين وعلى من لم يتصرف بها تصرف المِلّاك[3].

ثانياً: دليل اعتبار اليد: يشهد لاعتبار اليد أحاديث منها:

1- حديث جابر[4] رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة، فقال كل واحد منهما: نتجت هذه الناقة عندي وأقام بينة، ((فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده))[5] وجه الاستدلال: أن هذا "الحديث دليل على أن اليد مرجحة للشهادة الموافقة لها"[6].

2- وحديث أبي موسى[7] رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة ((فقضى بها بينهما نصفين))[8].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، 339

[2] مجلة الأحكام العدلية، 339

[3] ينظر: درر الحكام، لعلي حيدر، 333/4

[4] سبقت ترجمته ص 127

[5] أخرجه الدارقطني -واللفظ له- كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، رقم: 4477، ج 373/5، والبيهقي في السنن الصغرى، كتاب الدعوى والبينات- باب الرجلان يتنازعان شيئاً في يد أحدهما، رقم: 3390، ج190/4-191 "وإسناده ضعيف" [فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للصنعاني، 2077/4] لأن فيه رجلاً لا يعرف حاله [ينظر: البدر المنير لابن الملقن، 695/9]

[6] سبل السلام للصنعاني، 593/2

[7] أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم، كان ممن بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن ليعلم الناس القرآن، ولاه عمر رضي الله عنه البصرة، قال مسروق: كان العلم في ستة نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يصفهم أهل الكوفة: عمر وعلي وأبو موسى وأُبَيّ وزيد بن ثابت، مات بالكوفة سنة اثنتين وخمسين. [أسد الغابة لابن الأثير، 264/3-266، وطبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي، 44/1]

[8] أخرجه النسائي -واللفظ له- كتاب آداب القضاة- القضاء فيمن لم تكن له بينة، رقم: 5424، ج 248/8، وابن ماجه، كتاب الأحكام- باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة، رقم:2330 ج780/2، "ورجاله كلهم ثقات... قال النسائي: إسناده جيد" [البدر المنير، لابن الملقن، 690/9]

وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بالدابة لهما لوجود اليد منهما؛ ولأن اليد حجة وإذا تقابلت اليدان يقسم بينهما[1].

3- وبقاعدة "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" فمن رأى شيئاً في يد آخر يتصرف فيه تصرف الملاك بلا معارض ولا منازع، وكان ممن يملك أمثالُه مثلَه، جاز له أن يشهد له بأنه ملكه؛ لأن الملك من الأمور الخفية غير المشاهدة، وإنما تشاهد دلائله من وضع اليد والتصرف[2].

قال ابن عابدين[3]: "إن وضع اليد والتصرف من أقوى ما يستدل به على الملك، ولذا تصح الشهادة بأنه ملكه"[4]؛ لأن اليد هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها، وعن أبي يوسف[5]: أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له[6].

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة: الحيازة– الاستيلاء– القبض

1-الحيازة: "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه"[7]، و"كل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه حوزاً وحيازاً وحيازة"[8]، "وقد يكون الشيء المحوز في حرز أو لا يكون، لهذا فالحيازة أعم من الإحراز"[9].

أما في الاصطلاح، فأكثر ما تستعمل هذه الكلمة في مذهب المالكية، جاء في البهجة في شرح التحفة: "الحوز: وضع اليد على الشيء المحوز"[10]، "ووضع اليد أعم من الحيازة"[11].

2- القبض: يقال: "قبضت الشيء قبضاً: أخذته، وهو في قبضته أي: في ملكه، وقبض عليه بيده: ضم عليه أصابعه"[12].

---

[1] ينظر: الذخيرة للقرافي، 24/11، والإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي للفائز، 297

[2] ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا، 346

[3] سبقت ترجمته ص 12

[4] حاشية ابن عابدين، 180/4

[5] سبقت ترجمته ص 89

[6] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 75/7

[7] الشرح الصغير للدردير، 319/4

[8] الكليات لأبي البقاء الكفوي، 360

[9] الموسوعة الفقهية الكويتية، 114/2

[10] البهجة في شرح التحفة للتسولي، 271/1

[11] الموسوعة الفقهية الكويتية، 302/43

[12] المصباح المنير للفيومي، 487/2-488

أما شرعاً فـ"معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة"[1]. و"القبض والحيازة شيء واحد"[2]، و"القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض"[3].

والأصل في القبض هو الأخذ بالبراجم؛ لأنه القبض حقيقة إلا فيما لا يحتمل الأخذ بالبراجم، فيقام النقل مقامه فيما يحتمل النقل، وتقام التخلية مقام القبض فيما لا يحتمله[4]، "والقبض مرادف للحيازة بالمعنى الأعم"[5].

3-"الاستيلاء: من ولي، وهو وضع اليد على الشيء... والاستيلاء على المباح: السبق إلى وضع اليد على مال لا مالك له (والاستيلاء على المباح طريق من طرق التملك)"[6]، و"الاستيلاء: هو القهر والغلبة ولو حكماً في أخذ الشيء من حرزه ووضع اليد عليه، فهو مختلف أيضاً عن مطلق الإحراز، وأخص منه"[7].

ويختص الاستيلاء إما بالمباح بوضع اليد عليه أو بالقهر والغلبة، أما وضع اليد فلا يقتصر على وضع اليد على المباح كطريق للتملك، وغالباً ما يتم وضع اليد دون قهر أو غلبة، فوضع اليد أعم من الاستيلاء.

ومدار الاستيلاء على العرف، فيختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص[8].

4- الغصب في اللغة: "أخذ الشيء ظلماً"[9].

والغصب اصطلاحاً: "هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال"[10].

"والصلة بين وضع اليد والغصب أن وضع اليد أعم من الغصب"[11]. لأنه يختص بالمغالبة والمجاهرة، فيد الغاصب يد عدوان.

---

[1] بدائع الصنائع للكاساني، 148/5.

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية، 275/18

[3] بدائع الصنائع للكاساني، 120/6

[4] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 224/5

[5] الموسوعة الفقهية الكويتية، 258/32

[6] معجم لغة الفقهاء، 67

[7] الموسوعة الفقهية الكويتية، 114/2

[8] ينظر: حاشية الجمل، 469/3

[9] مختار الصحاح للرازي، مادة غصب، 227

[10] بدائع الصنائع للكاساني، 143/7

[11] الموسوعة الفقهية الكويتية، 302/43

المبحث الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي

إن اليد في أصلها على قسمين: حسية ومعنوية:

فالحسية: من الأصابع إلى الكوع، ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية، أما المعنوية: فالمراد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي كناية عن القسم الأول؛ لأن باليد يكون التصرف[1].

والحديث هنا عن القسم الثاني فقط من الأيدي دون تطرق للقسم الأول وعلى هذا يمكن وضع التقسيمات الآتية لليد.

المطلب الأول: أنواع اليد من حيث شرعيتها (اليد العاديَة– اليد الشرعية)

يقسم الفقهاء اليد من حيث شرعيتها وعدم شرعيتها إلى يد عادية ويد شرعية غير عادية:

فاليد المبطلة: كيد الغصب والسرقة، واليد المحقة: كيد الملك ويد الأمانة، ويد الضمان[2].

وقد عرَف الفقهاء اليد المحقة واليد المبطلة حينما تحدثوا عن الغصب، حيث ميزوا بين هذين النوعين من الأيدي فقالوا في تعريف الغصب: "هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة"[3]، وبأن "الغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية، وإزالة اليد المحقة"[4].

أولاً: اليد العاديَة: يقال في اللغة: "دفعت عنك عادية فلان، أي: ظلمه وشره"[5]، و"يد عادية بتخفيف الياء تأنيثه عادٍ بمعنى متعد"[6]. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

واليد العادية: هي الاستيلاء على شيء دون وجه حق كيد السارق والغاصب.

والغصب عند الحنفية يكون في المنقول فقط؛ لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره؛ لأن إزالة اليد بالنقل.

وعلى هذا فإذا غصب إنسان عقاراً فهلك في يده لا يضمنه عند أبي حنيفة[7] وأبي يوسف[8]؛ لأن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار؛ لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعل فيه لا في العقار، وفي المنقول: النقل فعل فيه وهو الغصب.

---

[1] ينظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، 3/369-370

[2] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 6/242، و7/91

[3] تبيين الحقائق للزيلعي، 5/222

[4] المصدر نفسه، 5/224، وينظر: حاشية ابن عابدين، 4/276، والذخيرة للقرافي، 8/383، ونهاية المطلب للجويني، 7/31

[5] مختار الصحاح للرازي، مادة عدا، 203

[6] مغني المحتاج للخطيب الشربيني، 3/344

[7] سبقت ترجمته ص 40

[8] سبقت ترجمته ص 89

وقال محمد[1]: يضمنه، لتحقق إثبات اليد، والذي يعني بالضرورة زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة، فيتحقق الوصفان وهو الغصب ويصير كالمنقول.

وما نقص من العقار بفعل الغاصب أو سكناه يضمنه باتفاق الحنفية؛ لأنه إتلاف والعقار يضمن به؛ لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله[2].

والغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية، وإزالة اليد المحقة –كما سبق قبل قليل– وذلك ممكن في العقار؛ لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة؛ **لأن اليد ليست هي إلا عبارة عن القدرة على التصرف**، وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة، ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك، وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالإقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء[3].

ثانياً: اليد الشرعية العادلة: يقال في اللغة "شرع الوارد يشرع شرعاً وشروعاً: تناول الماء بفيه... والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي ينحدر إلى الماء منها"[4]، واليد الشرعية: أي المشروعة، وهي ما سوغها الشرع[5].

مثالها: وضع اليد على مال المحجور عليه، فاليد الموضوعة على هذا المال هي يد حق ويد شرعية؛ لأن غايتها القيام بحفظ مال المحجور عليه، أو مصلحة غيره.

والحجر نوعان:

1–نوع شُرع لمصلحة الغير: كالحجر على المفلس للغرماء، والراهن للمرتهن في المرهون، والمريض للورثة في ثلثي ماله.

2–ونوع شُرع لمصلحة المحجور عليه: وينحصر في الحجر على المجنون والصبي والسفيه[6]، فسبب وضع اليد على المال مراعاة مصلحة المحجور عليه[7].

وكوضع اليد على المبيع والثمن والمهر، والعارية والإجارة والهبة والمرهون، والوديعة والوصية والصدقة.

فالزوجة مثلاً لها الحق في التصرف في مهرها بالبيع والهبة والصدقة اتفاقاً[8].

جاء في درر الحكام: "فإن الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق، كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لأجل قبض الثمن"[1].

---

[1] سبقت ترجمته ص 89

[2] ينظر: الهداية للمرغيناني، 297/4

[3] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 223/5-224

[4] لسان العرب لابن منظور، 175/8

[5] ينظر: المعجم الوسيط، مادة شرع، 479/1

[6] ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، 205/2

[7] ينظر: دقائق أولي النهى للبهوتي، 180/2

[8] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 160/2، ومواهب الجليل للحطاب، 520/3، والحاوي للماوردي، 39/9

ثالثاً: تقسيم ابن القيم[2] للأيدي:

وقد قسم ابن القيم –رحمه الله تعالى– الأيديَ إلى ثلاثة أنواع:

الأولى: "يد يعلم أنها مبطلة ظالمة، فلا يلتفت إليها"[3]، ولا تجوز الشهادة على ملكية عقار أو منقول بمجرد وضع اليد؛ لأن اليد لا تستلزم الملك، كما لا تصح الشهادة بوضع اليد والتصرف في مدة قصيرة لاحتمال أنه وكيل عن غيره[4].

الثانية: يد يعلم أنها محقة عادلة، فلا تسمع الدعوى عليها، كمن تُشاهَد في يده دارٌ يتصرف فيها بأنواع التصرف من عمارة وخراب وإجارة وإعارة مدة طويلة من غير منازع ولا مطالب، مع عدم سطوته وشوكته، فجاء من ادعى أنه غصبها منه، واستولى عليها بغير حق –وهو يشاهده في هذه المدة الطويلة ويمكنه طلب تحصيلها منه، ولا يفعل ذلك– فهذا مما يعلم فيه كذب المدعي، وأن يد المدعى عليه محقة.

فإذا جاء بعد مدة طويلة –وقد حددوها بعشر سنين– إنسانٌ يدعيها لنفسه، ويريد أن يقيم بينة على ذلك، فلا تسمع دعواه أصلاً، فضلاً عن يمينه.

وتبقى الدار في يد من يحوزها؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فهي مرفوضة غير مسموعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199] وأوجبت الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى.

الثالثة: يد يحتمل أن تكون محقة، وأن تكون مبطلة، فهذه هي التي تسمع الدعوى عليها، ويحكم بها عند عدم وجود ما هو أقوى منها، فالشارع لا يغير يداً شهد العرف والحس بكونها مبطلة، ولا يهدر يداً شهد العرف بكونها محقّة، واليد المحتملة: يحكم فيها بأقرب الأشياء إلى الصواب، وهو الأقوى فالأقوى[5].

المطلب الثاني: أنواع اليد من حيث ثبات العين وحركتها

يمكن تقسيم اليد من حيث حركة وثبات العين الموضوعة عليها اليد إلى وضع اليد على المنقول، ووضع اليد على غير المنقول.

أولاً: وضع اليد على المنقول

النقل في اللغة: "التحويل من موضع إلى موضع"[6].

---

[1] درر الحكام شرح غرر الأحكام، للمنلا خسرو، 330/2

[2] سبقت ترجمته ص 30

[3] الطرق الحكمية، لابن القيم، 100

[4] ينظر: المصدر نفسه، 100، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 266/10

[5] ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم، 100-101

[6] ينظر: المصباح المنير للفيومي، 623/2

وقد عرّفت مجلة الأحكام العدلية المنقول وغير المنقول في المادة 128 حيث جاء فيها:

"المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات"[1].

مثاله: اختلاف الزوجين في متاع البيت:

ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن متاع البيت الذي يصلح للرجال، كالسيف والرمح والبندقية والعمامة والقلنسوة والفرس وما في حكمها يحكم به للزوج، وما يصلح للنساء كالحلي والأساور والخمار والثياب يحكم به للزوجة؛ لأن دلالة الحال القائمة على العرف والعادة تشهد في صلاحية كل نوع لصاحبه ولا عبرة لليد الحسية فيها.

واختلفوا في المتاع الذي يصلح للرجال والنساء معاً كالأواني والمفروشات وسائر الحيوانات والنقود والعقارات والسيارات:

فقال الحنفية والمالكية: يقضى به للرجال لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، واليد دلالة على الملك[2].

وقال ابن القاسم[3] من المالكية والإمام أحمد[4]: إن ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد اليمين لاشتراكهما في اليد[5].

هذا إذا كان الزوجان على قيد الحياة أما بعد وفاة أحدهما فالحكم كالسابق بالنسبة للمالكية، أما الحنفية فعندهم تفصيل يأتي -إن شاء الله-

بينما ذهب الشافعية إلى القول بقسمة المتاع بين الزوجين في كل الحالات[6].

وهذا تفصيل بعد الإجمال:

1-قال الحنفية: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالمعطف النسائي والخمار وما أشبه ذلك فهو للمرأة، وما كان للرجال كالسلاح والقلنسوة والبنطال الرجالي والعباءة الرجالية فهي للرجل، وما كان للرجال والنساء كالخادم والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة[7] رحمه الله تعالى إن كان الزوجان على قيد الحياة، وإن مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منها وورثة الميت فهو للباقي منهما أياً كان، وقال محمد[8] رحمه

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، 31

[2] ينظر: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي للفائز، 308

[3] سبقت ترجمته ص 231

[4] سبقت ترجمته ص 94

[5] ينظر: شرح ميارة الفاسي، 306/1، والمغني لابن قدامة، 283/10

[6] ينظر: نهاية المحتاج للرملي، 363/8، والإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي للفائز، 308

[7] سبقت ترجمته ص 40

[8] سبقت ترجمته ص 89

الله تعالى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً، وقال أبو يوسف[1] رحمه الله تعالى: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل، وقال زفر[2] رحمه الله تعالى: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما بينة.

دليل زفر: أن الزوجين استويا في سبب الاستحقاق؛ لأنهما ساكنان في البيت، فالبيت مع ما فيه يكون في يدهما، ولا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد منهما؛ لأن الإنسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه.

ودليل أبي يوسف: أن القياس أن يكون الكل للزوج؛ لأن المرأة مع ما في يدها في يد الزوج، إلا أن الظاهر أنها لا تُزف إلى بيت زوجها إلا مع جهاز مثلها، ففي مقدار جهاز مثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد على القول قول الزوج بطريق القياس المذكور.

ودليل أبي حنيفة[3]: أن ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل، وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمال المرأة، والاستعمال يد، لأنه لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله، فالقول قول المستعمل فهي أقوى فيما هو صالح لأحدهما، فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق؛ لأنه صاحب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده.

أما بعد موت أحدهما فقال محمد: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج، فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته.

وقال أبو حنيفة: يد الباقي منهما تكون أسبق إلى المتاع؛ لأن يد الوارث تثبت بعد موت المورث، وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد، وما كان من الأموال والسلع التجارية، والرجل يعمل بتجارة هذا الصنف فهي للرجل[4].

والألبسة الرجالية في وقتنا تتميز عن الألبسة النسائية بشكل واضح، فيحكم بالرجالية منها للرجل وبالنسائية منها للمرأة، وقد ذكر الفقهاء أمثلة لهذا مما كان من ألبسة عرفهم وهذا يختلف باختلاف الأزمان.

قال السرخسي[5]: "والجبة المحشوة وجبة القز والخز والبرد فهو للرجل إذا كانت ذات لبة؛ لأن هذا مما يستعمله الرجال دون النساء"[6].

وإذا كان للرجل عدة نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن، فإن كنَّ في بيت واحد يقسم متاع النسوة بينهن بالتساوي؛ للمساواة بينهن في سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وقوة اليد، وإن كانت كل واحدة منهن

---

[1] سبقت ترجمته ص 89

[2] سبقت ترجمته ص 153

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] ينظر: المبسوط للسرخسي، 5/213-215

[5] سبقت ترجمته ص 80

[6] المبسوط للسرخسي، 5/215

في بيت واحد، فيقسم ما في بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما سبق ولا يشارك بعضهن بعضاً؛ لأنه لا يد لكل واحدة منهن فيما في بيت ضرتها فلا تستحق شيئاً من ذلك إلا بحجة.

وإذا أقرت المرأة بمتاع أن زوجها اشتراه فهو للرجل؛ لأن الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب[1].

جاء في بدائع الصنائع: "وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يكون للرجال يجعل في يد الزوج، وما يكون للنساء يجعل في يد المرأة بناء على ظاهر الحال وغالب الأمر"[2].

2-وقال المالكية: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لواحد من الزوجين، فإنه يرجع في ذلك لما هو العرف، فما كان يصلح للنساء فالقول قولها باليمين كالحلي، وما كان يصلح للرجال والنساء معاً أو للرجال فقط فالقول للرجل باليمين؛ لأن البيت بيته وهذا إذا لم تكن فقيرة وإلا فلا يقبل قولها إلا بمقدار مهرها[3].

3-وقال الشافعية: لو اختلف الزوجان في أمتعة دار ولو بعد الفرقة، فمن أقام بينة على شيء فله، وإلا فإن كان في يدهما حلف كل منهما لصاحبه وهو بينهما بالسوية، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضي للحالف، ويستوي في ذلك ما يصلح للزوج كالسلاح، أو للزوجة كالحلي، أو لهما كالنقود، أو لا يصلح لهما كالمصحف والكتب وهما أمّيان[4].

ولو قال الخارج هو ملكي اشتريته منك فقال الداخل: بل ملكي وأقاما بينتين تقدم بينة الخارج؛ لزيادة علم بينته بالانتقال، ولهذا تقدم بينته لو شهدت أنه ملكه، وإنما أودعه أو آجره أو أعاره للداخل أو أنه باعه أو غصبه منه وأطلقت بينة الداخل، ولو قال كل للآخر: اشتريته منك وأقام بينة ولا تاريخ قدم ذو اليد [5].

4-وقال الحنابلة: إذا تنازع الزوجان في متاع البيت حال الزوجية أو بعد الفرقة، أو تنازع ورثتهما بعد موتهما أو موت أحدهما وورثة الآخر ولا بينة لهما، فيحكم بما يصلح للرجال من ثيابهم وعمائمهم وسلاحهم للرجل، وبما يصلح للنساء من ثيابهن وحليهن ونحو ذلك للمرأة، أما يصلح لهما من الفرش والحصر والآنية ونحو ذلك فيقسم بينهما؛ لأن الظاهر أن من يصلح له شيء فهو له، فيقدم قوله فيه كصاحب اليد.

هذا إذا كانت أيديهما على المتاع حكماً، بأن يكون في منزلهما، فإن كان في يد أحدهما المشاهدة فهو له، وإن كان في أيديهما فهو بينهما؛ لأن اليد المشاهدة أقوى[6].

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 216/5

[2] بدائع الصنائع للكاساني، 253/6

[3] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 300/3-301

[4] ينظر: نهاية المحتاج للرملي، 363/8

[5] ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 228/10-330

[6] ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي، 262/4، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي، 559/3-560

ما ذهبت إليه مجلة الأحكام في وضع اليد على المتاع:

جاء في درر الحكام في شرح (المادة 1771) أنه إذا اختلف الزوج والزوجة في أثاث البيت الذي يسكنانه ينظر إلى هذا الشيء، فإن كان من الأشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف، أو من الأشياء التي تصلح لكل من الزوج والزوجة، كالأواني والمفروشات ترجح بينة الزوجة، وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين، أي إذا حلف الزوج بأن تلك الأشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له، وأما في الأشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي وألبسة النساء فترجح بينة الزوج، وإذا عجز الزوجان عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين، إلا أن يكون أحدهما يصنع الأشياء الصالحة للآخر أو يبيعها، فالقول له مع اليمين على كل حال، فالقرط حلي مخصوص بالنساء، لكن إذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين، إذا اختلف الزوج والزوجة حال بقاء النكاح أو بعد الفرقة، فإن كانت من الأشياء التي تصلح للزوج فقط، كالبندقية والسيف والأسلحة الأخرى والعمامة والجبة... أو من الأشياء التي تصلح لكل من الزوج والزوجة كالأواني والمفروشات والنقود، فترجح بينة الزوجة لأن الزوجة هي خارجة معنى، والزوج ذو يد على زوجته وعلى ما في يدها من المال، وترجح بينة الخارج.

وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين، إذا لم يقر الزوج أنه اشترى تلك الأشياء من زوجته، أو أن زوجته قد وهبته وسلمته المال المذكور، يعني إذا حلف الزوج بأن تلك الأشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له لأن ظاهر الحال الذي هو اليد شاهد للزوج[1].

وما يختص بالرجال أو النساء ويعمل أحدهما فيه على صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان الزوج صانعاً أو بائعاً للأشياء الخاصة بالنساء من الثياب والحلي، فالقول في ذلك مع اليمين للزوج لأن ظاهر الحال مع الزوجة؛ لكون هذه الأشياء مخصوصة بالنساء، وظاهر الحال مع الزوج لكونه صانعَ وبائعَ تلك الأشياء، وفي هذه الصورة لا يمكن العمل بالظاهرين وقد بقي أحد الظاهرين بلا معارض، وهو أن الزوج واضع اليد على الزوجة وعلى الأموال التي في يدها والقول في الدعاوى لصاحب اليد.

الصورة الثانية: إذا كانت الزوجة صانعة للثياب أو للأموال الصالحة للرجال أو الصالحة للرجال وللنساء، فعلى قول: القول مع اليمين للزوجة.

وقد احترزت المجلة بقولها "الزوج والزوجة" عن المسائل الآتية اختلاف الزوجتين إذا كان لشخص زوجتان وكانتا ساكنتين معاً واختلفتا على هذا الوجه، فإذا كانت الزوجتان تسكنان في غرفة واحدة فيحكم لهما مناصفة في الأشياء الصالحة للنساء أما إذا كانت كل منهما تسكن في غرفة على حدتها فالأشياء التي تكون في غرفة تلك الزوجة يحكم لها ولزوجها بها ولا تشترك في ذلك الزوجات الأخريات[2].

ثانياً: وضع اليد على غير المنقول:

عرَّفت مجلة الأحكام العدلية غير المنقول في المادة 129 حيث نصت على أن:

---

[1] ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، 4/547-548

[2] ينظر: المصدر نفسه، 4/549

"غير المنقول ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدُّور والأراضي مما يسمى بالعقار"[1].

"وعليه يفهم بأن العقار هو عبارة عن مبني كالدور وغيرها من المباني، وغير مبني وهو الأراضي إلا أن البناء بدون الأرض يعد منقولاً، فإذا بنى أحد داراً مثلاً في غير ملكه فتكون الدار منقولاً"[2].

وإذا اختلف الزوجان في الدار لأي الزوجين هو، فالدار مما يصلح لهما فهي للرجل إلا أن يقيم الزوج البينة، وإن أقاما البينة في ذلك فالبينة بينة الزوج[3].

ولو تنازع شخصان داراً هي في يد أحدهما يكون القول فيها قول صاحب اليد؛ لأن ظاهر العرف يشهد له بالملك[4].

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة 1754) على أنه: "يلزم إثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه"[5].

وإذا قامت إحدى البينتين على الملك والأخرى على اليد فبينة الملك أولى، نحو ما إذا أقام الخارج البينة على أن الدار له منذ سنتين، وأقام ذو اليد البينة على أنها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج؛ لأن البينة القائمة على الملك أقوى؛ لأن اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة، كيد الغصب والسرقة، واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد إعارة وإجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك[6].

وكون العقار في يد المدعى عليه لا بد منه؛ لأن المدعى عليه إنما ينتصب خصماً في دعوى العين إذا كان المدعى في يده، وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أن العقار في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بأحد أمرين:

1-بالبينة بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه.

2-أو بعلم القاضي أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه.

وإنما لا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة أو علم القاضي نفياً لتهمة المواضعة، فيحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه، وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير.

وهنا العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يتواضعان على أن يصدق المدعى عليه في أن ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضي للمدعي بكونه له، فيصير

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، 31

[2] درر الحكام لعلي حيدر، 117/1

[3] ينظر: المحيط البرهاني لابن مَازَةَ، 164/3

[4] ينظر: الحاوي الكبير للماوردي، 447/11

[5] درر الحكام لعلي حيدر، 512/4

[6] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 242/6

هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع، ويفضي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير[1].

ولا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة أو علم القاضي؛ ولا يكفي التصادق لصحة الدعوى إلا في دعوى الغصب[2]؛ لأن اليد فيه غير مشاهدة، ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم القاضي، فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضي لتنتفي تهمة الاتفاق على الصورية، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه معاينة فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة[3].

و"اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف فيها"[4].

-ولو ادعى شخصان داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن، وكذلك لو أحدث أحدهما فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر؛ لأن السكن في الدار والبناء والحفر يعدُّ تصرفاً في الدار وهي في يده، ولو لم يكن شيء مما سبق ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما، وكذلك إذا كانا جميعاً فيها؛ لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه[5].

وإن أرَّخ الخارج وذو اليد في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخُ الخارج أسبق يقضى لذي اليد، عند الشيخين[6] من الحنفية فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باعه من ذي اليد، وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد[7] يقضى للخارج، إذ لا يصح عنده بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه.

وإن أثبتا قبضاً قضى لذي اليد اتفاقاً؛ لأن البيعين جائزان على القولين؛ لأن الخارج باعه على بائعه بعدما قبضه وذلك صحيح.

وإن كان وقت ذي اليد أسبق يُقضى للخارج في الوجهين، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر.

والحاصل: أنه إن كان تاريخ أحد المدعيين عند إقامتهما البينة سابقاً فهو أحق، وإن لم يكن سابقاً بل كان مساوياً بأن أرّخا تأريخاً موحداً أو لم يؤرخا أبداً، أو أرخ أحدهما وكان كل واحد منهما صاحب يد، أو كان كل منهما خارجاً في الملك المطلق أو في الملك بسبب فهما متساويان، إلا إذا تلقيا من واحد وأرخ أحدهما فهو أحق، وإن كان أحدهما صاحب يد والآخر خارجاً فالخارج أحق في الملك المطلق عند التساوي في التاريخ، هذا في الخارج وذي اليد في الملك المطلق، أما في الملك بسبب: فإن ذكر الخارج وذو اليد سبباً واحداً وتلقيا من واحد فذو اليد

---

[1] ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام، 162/8-164

[2] ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، 231

[3] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 293/4، والبحر الرائق لابن نجيم، 550/8 والدر المختار للحصكفي، 547/5، والأشباه والنظائر لابن نجيم، 196

[4] بدائع الصنائع، للكاساني، 256/6-257

[5] ينظر: المصدر نفسه، 256/6

[6] سبقت ترجمة أبي حنيفة ص 40 وأبي يوسف ص 89

[7] سبقت ترجمته ص 89

أحق، وإن تلقيا من اثنين فالخارج أحق عند التساوي في التاريخ، وإن ذكرا سببين كالشراء والهبة وغير ذلك ينظر إلى قوة السبب[1].

وإثبات اليد في المنقول تكون بالنقل إلا في السيارة والدابة فيكفى فيها الركوب، وفي الفراش الجلوس عليه... أما في العقار فيثبت الغصب بالدخول وإزعاج المالك[2].

ثمرة قسمة المال إلى عقار ومنقول:

الفرق بين المنقول والعقار أن اليد على العقار حكمية بخلاف المنقول[3].

وتظهر فائدة قسمة المال إلى عقار ومنقول في الآتي:

أ- الوقف: اتفق الفقهاء على جواز وقف العقار، واختلفوا في صحة وقف المنقول، فلم يجزه الحنفية إلا تبعاً للعقار، أو ورد بصحة وقفه أثر عن السلف كوقف الخيل والسلاح.

وقال أبو يوسف[4]: إذا وقف ضيعة ببقرها جاز للتبعية، وعن محمد[5] جواز وقف ما جرى فيه التعامل كالمصاحف والكتب، بخلاف ما لا تعامل فيه كالثياب والأمتعة؛ لأن من شرط الوقف التأبيد أو ما جاء به النص في السلاح، والفتوى عندهم على قول محمد لحاجة الناس وتعاملهم بذلك، وأجاز الجمهور وقف المنقول أيضاً[6].

ب- بيع عقار القاصر: ليس للوصي بيع عقار الصغير بدون مسوغ شرعي، ولو فعل فللصبي عند بلوغه استرداده من المشتري، أما إذا وجد المسوغ الشرعي للبيع فللوصي ذلك[7].

كذلك ليس لوصي الأم حق التصرف في تركة الأم إذا كان الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه، فإذا لم يوجد أحد هؤلاء الأولياء فلوصي الأم أن يحفظ تركة الأم وأن يبيع المنقول بطريق التحصين والحفظ لا بطريق التجارة، وليس له أن يبيع العقار كما أنه ليس له أن يشتري للصغير أموالاً لأجل التجارة[8].

ج- مال المدين المحجور عليه والقاصر:

---

(1) ينظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده، 2/279-280

(2) ينظر: فتح العزيز للرافعي، 11/349

(3) ينظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 6/73

(4) سبقت ترجمته ص 89

(5) سبقت ترجمته ص 89

(6) ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي، 3/42-43، والذخيرة للقرافي، 6/312-313، ونهاية المطلب للجويني، 8/344، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، 7/7

(7) ينظر: درر الحكام لعلي حيدر، 1/390

(8) ينظر: المصدر نفسه، 2/697

"يباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار، يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون"[1].

ولا يبيع الولي عقار القاصر إلا لحاجة الإنفاق أو لدفع ثمن عالٍ أو خشية سقوطه إن لم ينفق عليه[2].

د- الغصب:

لا يمكن غصب العقار عند أبي حنيفة[3] وأبي يوسف، ويرى محمد[4] وجمهور الفقهاء إمكان غصب العقار، أما المنقول فيتصور غصبه اتفاقاً[5].

---

[1] الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني، 282/3

[2] ينظر: الذخيرة للقرافي 240/8، والتنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، 103، وفتح العزيز للرافعي، 291/10 والمغني لابن قدامة، 181/4

[3] سبقت ترجمته ص 40

[4] سبقت ترجمتهما ص 89

[5] سبق الحديث عن الغصب ص 238

المبحث الثالث: أحكام اليد

المطلب الأول: تغير صفة وضع اليد وشروط وضع اليد

أولاً: تتغير صفة يد الأمانة وتصبح يد ضمان بالتعدي، فإذا تلف الشيء بعد ذلك يضمن، مهما كان سبب التلف ولو كان سماوياً.

ذلك أن الأيدي تتنوع إلى: يد أمانة، ويد ضمان، ويد ملك[1].

ويد الأمانة: هي قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء؛ لأنه قبضه على وجه إعطاء البدل فهو مضمون، وبخلاف الرهن فإنه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين[2].

وكيد الوصي فهي يد أمانة[3]، وغلة الوقف فهي ملك المستحقين وهي أمانة تحت يد الناظر[4].

ثانياً: والشروط التي يجب توافرها لتكون الحيازة شرعية ومنتجة لآثارها سبعة شروط:

1-وضع يد الحائز على الشيء المحاز.

2-تصرف الحائز في هذا الشيء المحاز بالمعنى الفقهي، أي قيامه بما يسمى تصرفاً مناسباً للشيء المحاز.

3-ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز.

4-حضور المحاز عليه، أي: مدعي ملكية الشيء المحاز والمطالب به بالبلد الذي يوجد فيه الشيء المحاز.

5-علم المحاز عليه بأمرين: الأول: بحيازة الشيء من قبل الحائز، والثاني: بأن هذا الشيء المحاز ملك للحائز ومع ذلك سكت المحاز عليه طيلة المدة ولم يدَّعِ على الحائز.

6-سكوت المحاز عليه وعدم اعتراضه على الحائز وعدم مطالبته بحقه، وأن يكون هذا السكوت بلا مانع من إكراه أو نحوه.

7-استمرار الحيازة بشروطها هذه المدة المحدودة بالنسبة للمال المحاز وللصلة بين الحائز والمحوز عليه[5].

المطلب الثاني: كيفية وضع اليد

تختلف كيفية وضع اليد باختلاف الشيء الموضوع عليه اليد من حيث كونه منقولاً أو غير منقول.

أولاً: كيفية وضع اليد على غير المنقول

1)صورة وضع اليد على الدار أن يسكن فيها أو أن يحدث أبنية فيها.

2)وفي الأراضي أن يحفر بئراً أو نهراً أو قناة أو يغرس الأشجار أو يزرع المزروعات أو يبني أبنية فيها.

---

[1] ينظر: المبسوط للسرخسي، 54/17

[2] ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 87/6، والهداية للمرغيناني، 11/2، وفتح القدير للكمال بن الهمام، 185/6

[3] ينظر: المبسوط للسرخسي، 182/20، ومختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن علي الحنبلي البعلي، ت: 777هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم، السعودية- الدمام، عام 1406هـ- 1986م، 344

[4] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 60/5

[5] ينظر: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي للفائز، 294-295

3)وفي الغابات أن يقطع الأشجار منها ويبيعها وينتفع منها بوجه قريب من ذلك.

4)وفي المرعى أن يقلع الحشائش أو يبيعها أو يرعى الحيوانات فيها وما أشبه ذلك من التصرفات.

أما وجود مفتاح باب الدار في يد أحد فلا يكون بمجرد وجوده في يده ذا يد، فلذلك إذا كان واحد ساكناً في دار، وأشياؤه موضوعة فيها، وكان مفتاح تلك الدار في يد آخر فواضع اليد على الدار هو الساكن فيها، وليس حامل مفتاح بابها[1].

ثانياً: كيفية وضع اليد على المنقول:

وضع اليد على المنقول يكون بكل ما يدل على حيازة الشخص له[2]، فلا حاجة فيه إلى إثبات ذي اليد فيه على الوجه المذكور آنفاً، ويعلم وضع اليد في المنقول أيضاً بمعاينة القاضي، فإذا وجد المنقول في يد أي شخص كان فهو ذو اليد؛ لأنه حسب المادة (1621) يلزم إحضار المنقول إلى مجلس القاضي فيفهم واضع اليد على المنقول برؤيته في يده، فلذلك لا حاجة لإثبات ذي اليد على المنقول كما هو الحال في العقار، ويكفي تصادق الطرفين على وضع اليد، وعلى هذه الصورة يثبت وضع اليد على المنقول: 1) بالمشاهدة والعيان، 2) بالإقرار، 3) بالبينة، مثلاً: إذا أنكر المدعى عليه وجود المال المنقول في يده، وادعى المدعي أن المال المنقول كان تحت يد المدعى عليه منذ سنة، وأقام البينة على ذلك فتسمع البينة ويعد المدعى عليه ذا اليد[3].

المطلب الثالث: مراتب اليد

عرّف العز بن عبد السلام[4] اليد بقوله: هي عبارة عن القرب والاتصال، ثم قال: وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة:

المرتبة الأولى: وهي ما اشتد اتصاله بالإنسان كثيابه التي هو لابسها وعمامتِه وخاتِمه وحذائه الذي هو في رجله، ونقوده التي في جيبه أو يده، فهذا الاتصال أقوى الأيدي لاحتوائه عليها ودُنُوِّه منها.

المرتبة الثانية: السجاد والبساط الذي هو جالس عليه أو السيارة أو الدابة التي هو راكبها.

المرتبة الثالثة: الدابة التي هو سائقها أو قائدها فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها.

المرتبة الرابعة: الدار التي هو ساكنها، ودلالتها تكون دون دلالة الراكب والسائق والقائد لأنه غير مستولٍ على جميعها، ويقدم أقوى اليدين على أضعفهما فلو كان اثنان في دار فتنازعا في الدار وفيما هما لابسانه جعلت الدار بينهما بأيمانهما لاستوائهما في الاتصال، ويجعل القول قول كل واحد منهما فيما هو لباسه المختص به لقوة

---

[1] ينظر: درر الحكام لعلي حيدر، 514/4

[2] ينظر: المصدر نفسه، 515/4

[3] ينظر: المصدر والموضع نفسه

[4] عبد العزيز بن عبيد السلام بن أبي القاسم بن الحسن شيخ الإسلام عز الدين أبو محمد السلمي الدمشقي الشافعي، ولد سنة 577هـ، كان ناسكاً ورعاً أماراً بالمعروف نهاء عن المنكر لا يخاف في الله لومة لائم، حبس ثم أطلق فنزح إلى مصر وولي قضاء مصر، وأرسل إليه السلطان لما مرض وقال: عين مناصبك لمن تريد من أولادك فقال: ما فيهم من يصلح، اختصر نهاية المطلب وله القواعد الكبرى، والقواعد الصغرى، توفي سنة 660هـ. [الوافي بالوفيات، للصفدي، 318/18-319]

القرب والاتصال، ولو اختلف الراكبان في مركوبهما حلفا وجعل بينهما لاستوائهما، ولو اختلف القائد مع الراكب أو السائق قدم الراكب عليهما بيمينه[1].

وإذا تصرف شخصان في مال ففي ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يكون تصرفهما متساوياً، وفي هذه الحالة يكون الاثنان ذوَي اليد، كما إذا كان طرف الثياب في يد أحد وطرفها الآخر في يد آخر، وادعى كلاهما وضع اليد مستقلاً فيعد الاثنان ذَوَي اليد على تلك الثياب مناصفة ومشاركة، ولو كان أحدهما قابضاً على أكثر من نصفها؛ لأنه قد ثبتت يد الاثنين على تلك الثياب ولا يكون الترجيح بكثرة الدليل.

الصورة الثانية: أن لا يكون تصرفهما متساوياً وهذا يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون تصرف أحدهما أظهر وأقوى من تصرف الآخر، فلذلك إذا تصرف اثنان في مال وادعى كل منهما أنه واضع اليد المستقل على ذلك المال فيعد مَن تصرفه أظهر وأقوى على ذلك المال ذا اليد ويعد الآخر خارجاً، فمثلاً لو أمسك أحد طرف الثياب وكان الآخر لابسها فيعد اللابس ذا اليد والآخر خارجاً؛ لأن تصرف لابس الثياب أظهر وأقوى من تصرف الآخرين، حيث إن التصرف المذكور خاص بالملك، ففي هذا الحال إذا أقام الاثنان البينة على الملكية تُرجَّح بينة الخارج.

الوجه الثاني: أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر حال كون الاثنين متصرفين به، فيعد في هذا الحال المتصرف في الأكثر ذا اليد والآخر خارجاً، فلو كان لأحد عجلات للسيارة مركبة، وكان لآخر بضاعة محملة في السيارة فيعد صاحب العجلات ذا اليد على السيارة ويعد الآخر خارجاً[2].

المطلب الرابع: وسائل إثبات اليد

يثبت وضع اليد بالبينة في المنقول وغير المنقول، وإذا كان النزاع الدائر على وضع اليد متعلقاً بالمنقولات فيعلم ذو اليد عند القاضي بالرؤية، كما أنه يعلم ذو اليد في المنقول بالإقرار، فعلى ذلك إذا تنازع اثنان على وضع اليد على شيء وادعى أحدهما بأنه تحت يده منذ شهر، وادعى الآخر أنه تحت يده منذ ساعة، وأقاما البينة فيترك المال في يد صاحب البينة الثانية، كما أنه لو ادعى أحدهما أن ذلك الشيء تحت يده منذ شهر، وادعى الآخر أنه تحت يده منذ يوم الجمعة الماضية، فتعتبر بينة صاحب الجمعة[3].

أما في العقار فيلزم إثبات وضع اليد بالبينة المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين، فلا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد بإقراره عند دعوى المدعي، ولكن إذا ادعى المدعي قائلاً: إني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو كنت غصبته مني، فلا حاجة إلى إثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة.

---

[1] ينظر: المنثور للزركشي، 371/3

[2] ينظر: درر الحكام، لعلي حيدر، 332/4

[3] ينظر: المصدر نفسه، 333/4

وإذا أنكر المدعى عليه دعوى الملك المطلق في العقار المنازع فيه، فلأجل صحة إقامة البينة يلزم إثبات وضع اليد بالبينة، ولا يثبت وضع اليد بعلم القاضي؛ لأن علم القاضي ليس من أسباب الحكم[1].

ولا يحكم بوضع اليد بتصادق الطرفين، فلا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد بإقراره عند دعوى المدعي، ولا يستمع شهود على دعوى الملك المطلق؛ لأنه يحتمل أن الطرفين يتصادقان ويتفقان في مسألة وضع اليد فتكون وسيلة لأخذهما عقار الغير بحكم القاضي ففي هذه الصورة إذا ثبت وضع اليد بمجرد الإقرار وثبتت الملكية بالشهود وحكم بها لا ينفذ الحكم.

ويستثنى من لزوم إثبات وضع اليد في دعوى العقار مسائل الشراء والغصب والسرقة، فإذا ادعى المدعي قائلاً: إني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو من مورِّثك فلان، أو كنتَ غصبتَه مني، فيكفي تصادق الطرفين على وضع اليد ولا حاجة إلى إثبات كون المدعى عليه ذا اليد[2].

فاشتراط ثبوت اليد في العقار إنما هو في دعوى الملك المطلق، أما في دعوى الغصب والشراء فلا يشترط، ودعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على صاحب اليد، ودعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد إذا كان ذلك الغير ينازعه في اليد فيجعل مدعياً لليد مقصوداً، ومدعياً للملك تبعاً لملك اليد[3].

وقال المالكية: إذا تعارضت بينة صاحب اليد مع بينة الطالب قضي بأعدلهما، وإن كانت أقل عدداً فإن استوتا تساقطتا ويُترَك الشيء بيد حائزه ويحلف، ولا يقضى بأكثرهما فيساوي رجلان ورجل وامرأتان مئة رجل[4].

وتقدم بينة صاحب اليد على بينة الخارج عند المالكية لأن أحدهما تَرَجح باليد فيقدم كما إذا لم يقيما بينة[5].

وفي الأحوال التي نص فيها القانون على تملك العقارات بوضع اليد بالشروط والمدة التي عينها، لاحظ القانون أن في وضع اليد على هذه الصورة دلالة على أن واضع اليد يملك العقار، فإذا ثبت وضع اليد على العقار بالشروط وفي المدة المعينة في القانون، وجب الحكم بهذه الدلالة لمن تقررت لمصلحته دون لزوم للبحث في طريقة أخرى من طرق الإثبات[6].

ومما يلحق بوضع اليد:

-توسع موظفي الوقف في الأموال:

---

[1] ينظر: درر الحكام، لعلي حيدر، 512/4

[2] ينظر: المصدر نفسه، 513/4

[3] ينظر: البحر الرائق لابن نجيم، 201/7

[4] ينظر: الذخيرة للقرافي، 178/10

[5] ينظر: الذخيرة للقرافي، 11/11

[6] ينظر: قانون البينات معدلاً ومضبوطاً على الأصل، لممدوح عطري، 47-48

ذلك أن الموظفين والجباة والكَتَبة في بيت المال ونُظّار الأوقاف، إذا توسعوا في الأموال وتعاطوا أنواع اللهو وبناء الأماكن فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم؛ لأن ذلك دليل على خيانتهم، فإن عُرفتْ خيانتهم في وقف معين يرد المال إليه وإلا فيضعه في بيت المال، ومصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال[1].

-وضع اليد على اللقيط:

نص الحنفية على أنه إذا التقط رجل لقيطاً فليس لغيره أن يأخذه منه؛ لأنه ثبت له حق الحفظ لسبق يده، فإن ادعى مدعٍ أنه ابنه فالقول قوله إذا لم يدَّعِ الشخصُ الملتقِطُ نسبَه، وهذا استحسان لأنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويُعيَّر بعدمه، والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط[2].

وقال الشافعية: إذا تداعى رجلان نسب مولود يقدم صاحب اليد بشرطين:

الأول: أن لا تكون يده يد التقاط، فإن يد الالتقاط لا تدل على النسب لكنها تدل على الحضانة.

والثاني: أن يكون صاحب اليد قد استلحق من قبل[3].

"وإن كان المال في يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة وتساويا في العدالة، حكم لمن بيده المال لكونه حائزاً، فيحكم له به مع اليمين"[4].

ولو تسابق اثنان على لقيط، وكل منهما أمين وأهل لكفايته قدم الأسبق، وهو من وضع يده عليه ابتداء، وأخذه فإن استويا في وضع اليد قدم الأصلح لحفظه والقيام به فإن استويا فيقرع بينهما[5].

وقال الحنابلة: إن ادعى شخصان كل منهما أنه الذي التقط اللقيطَ وحده يقدم صاحب البينة سواء كان في يده أم في يد غيره، فإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً؛ لأن الثاني إنما أخذ ممن ثبت الحق له، وإن لم تكن لهما بينة قدم صاحب اليد مع يمينه؛ لأن اليد تفيد الملك فأولى أن تفيد الاختصاص، فإن كان اللقيط في أيديهما أقرع بينهما لتساويهما في موجب الاستحقاق، وإن لم يكن لهما يد فوَصَفَه أحدهما بعلامة مستورة في جسده قدم على من لم يصفه به؛ لأن هذا نوع من اللقطة فقدم بوصفها كلقطة المال؛ ولأنه يدل على سبق يده عليه[6].

ومناسبة ذكر وضع اليد في تطبيقات دلالة الحال: أن الملكية قد لا تكون مسجلة في وثائق أو في السجلات العقارية فيما يتعلق بالعقارات، أو في سجلات المواصلات فيما يتعلق بالآليات والسيارات، وهذه الملكية تكون خافية على القاضي، ولا يملك أي من الطرفين المتخاصمين بينة أمام القضاء تُثبت ملكيته للشيء المدعى، فتجعل

---

[1] ينظر: الدر المختار للحصكفي، 5/334-335

[2] الهداية للمرغيناني، 415/2

[3] ينظر: الوسيط في المذهب للغزالي، 318/4

[4] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون اليعمري، ت: 799هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، عام 1406هـ- 1986م، 378/1

[5] ينظر: الشرح الكبير للدردير، 126/4

[6] ينظر: كشاف القناع للبهوتي، 231/4

حيازة هذا الشيء المتنازع في ملكيته والتي هي وصف ظاهر منضبط لا يختلف باختلاف الناس قائمة مقام حقيقة الملكية الخفية لعسر انضباطها وخفائها.

وقد نظم القانون المدني السوري مسألة الحيازة في المواد الآتية:

المادة 909

1-تعتبر الحيازة مستمرة ابتداء من ظهورها باستعمال الحق المستولى عليه استعمالاً اعتيادياً وبصورة منتظمة.

2-يحق لمن يدعي بالتقادم أن يستند إلى حيازة الشخص الذي اتصل منه العقار إليه.

3- لا يجوز للمزارع، والمنتفع، والوديع، والمستعير ولا لورثتهم أن يدعوا بالتقادم.

المادة 917

من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في السجل العقاري دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عيناً على منقول أو حقاً عينياً على عقار غير مسجل في السجل العقاري دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة.

المادة 927

1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله، فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها.

3- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

الفصل الرابع: تطبيقات معاصرة لدلالة الحال

المبحث الأول: تطبيقات معاصرة في الزواج والطلاق وآثارهما

المطلب الأول: أثر دلالة الحال في إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

المطلب الثاني: حكم إجهاض الجنين المشوه خَلقياً بناء على تقرير الفحص الطبي

المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في البصمة الوراثية

المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في تحديد عدة الحامل والحائل بالفحص الطبي

المطلب الخامس: أكثر مدة الحمل في الطب والقانون

المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة في الإرث والوصية

المطلب الأول: أثر دلالة الحال في تحديد ميراث الخنثى والحمل بناء على تحديد جنسه طبياً

المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في ميراث المفقود في الفتن

المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في الوقف

المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في الوصية

الفصل الرابع: تطبيقات معاصرة لدلالة الحال

لابد في هذا البحث من ذكر تطبيقات لدلالة الحال من القضايا الفقهية المعاصرة، مواكبة لتطور الفقه الإسلامي وتغطيته لاحتياجات كل الأزمنة، ويعد هذا الفصل تطبيقاً لدلالة الحال في قضايا فقهية معاصرة في مسائل الزواج والطلاق ةآثارهما وفي مسائل الوصية والوقف والإرث.

المبحث الأول: تطبيقات معاصرة في الزواج والطلاق وآثارهما

المعاصرة لغة على وزن المفاعلة، وهي مأخوذة من العصر، بمعنى الدهر أو الزمن[1]، والمراد بها هنا: المسائل التي تجد على حياة الناس في مجالاتها المختلفة، وتصير الحاجة ماسة لبيان الحكم الشرعي[2].

المطلب الأول: أثر دلالة الحال في إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

تمهيد:

"لقد أحاطت الشريعة الإسلامية الزواج بسياج من الضمانات لحماية هذه الرابطة الإنسانية ودوامها وتحقُّقِ الغاية منها، كاستقرار الحياة الزوجية وإنجاب الأطفال، فالزواج مدخل لتكوين نواة الأسرة التي هي عماد المجتمع إن صح تكوينها صح بناء المجتمع"[3].

ومع تطور العلوم الطبية وانتشار الأمراض برزت فكرة الفحص الطبي قبل الزواج، وتقديم الاستشارة الطبية للزوجين كوسيلة لحماية الزوجين من الأمراض، وأصبح من الضروري على كل شاب وفتاة مقبلين على الزواج التأكد من صحة أجسامهم وخلوها من الأمراض، ويعد هذا الفحص الطبي إجراءاً وقائياً فيه مصلحة للفرد والمجتمع[4].

أولاً: تعريف الفحص الطبي: الفحص لغة: هو "شدة الطلب خلال كل شيء... وتقول: فحصت عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم كُنْهَ حاله"[5]، و"الطب: علاج الجسم والنفس"[6].

والفحص الطبي: الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة واكتشاف المرض[7].

---

[1] ينظر: المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، 569، ولسان العرب لابن منظور، 575/4، مادة عصر

[2] قاعدة تغير الفتوى بتغير الأزمان والأحوال وأثرها في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة، لرشاد صالح رشاد زيد الكيلاني، مؤتمر: نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة- الرياض 13-1431/5/14هـ، الموافق 27-2010/4/28م، المقام في المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 1422

[3] أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة، لمنال محمد رمضان هاشم العشي، إشراف: مازن إسماعيل هنية، رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية، فلسطين- غزة، 1429هـ- 2008م، 51

[4] ينظر: أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، للعشي، 51

[5] لسان العرب، لابن منظور، مادة فحص، 63/7

[6] المصدر نفسه، مادة طبب، 553/1

[7] ينظر: أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، للعشي، 53

والفحص الطبي قبل الزواج: هو إجراء الفحص المخبري للشريكين المقدمين على الزواج لمعرفة وجود الإصابة، أو الحمل لصفة بعض الأمراض الوراثية بغرض إعطاء المشورة حول إمكانية نقل الأمراض الوراثية إلى الأبناء، وإعطاء الخيارات والبدائل أمام الشريكين من أجل التخطيط لبناء أسرة سليمة صحياً[1].

ويتم هذا الفحص عند الرغبة في الزواج وقبل إبرام عقد النكاح، وذلك لمعرفة ما لدى الزوجين من أمراض خطيرة[2].

ثانياً: أهمية الفحص الطبي قبل الزواج:

تتجلى أهمية الفحص الطبي قبل الزواج في الآتي:

أ-إن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يُعرّف المقدمين على الزواج ببعض الأمراض الشائعة في المجتمع، فتتخذ الإجراءات اللازمة للوقاية من حدوثه قبل الزواج.

ب-تعد الفحوص الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والخطرة، فالتعرف على حاملي المرض للوقاية من انتقال الأمراض الوراثية والتشوهات الخَلْقية إلى الذُّرية أفضل والوقاية خير من العلاج.

ج-يساعد الفحص الطبي في التشخيص المبكر لبعض الأمراض الوراثية التي قد يكون الرجل والمرأة أو الاثنان معاً حاملين لها دون أن يعلموا؛ لأن الحامل للمرض الوراثي ليس مريضاً، لكن إذا ارتبط بشخص آخر حامل للمرض فإن نسبة إنجاب أطفال مرضى هي 25% وأطفال سليمين 25% وأطفال حاملين لمرض 50% لذلك فلا بأس من ارتباط رجل حامل للمرض بامرأة سليمة، أو ارتباط امرأة حاملة للمرض برجل سليم، لكن الأهم ألا يرتبط رجل حامل للمرض بامرأة حاملة للمرض.

د-إنه من الممكن -إلى حد ما- التنبؤ عن احتمال إصابة الذُّرية بمرض وراثي عن طريق فحص الرجل والمرأة، وعلى حسب نوع المرض يمكن الحديث عن إمكانية تفادي حدوثه أم لا.

هـ-الفحص الطبي قبل الزواج يشكّل وسيلة ملائمة لمكافحة الأمراض الوراثية ووسيلة للوقاية وبأقل تكلفة، مقارنة بالفوائد الكبيرة التي تتحقق إذا ما تم حماية المجتمع من الأمراض الوراثية والتي يكلف علاجها مبالغ طائلة[3].

ثم إن الفحوصات الطبية مأمونة وفاعلة، لذلك لا مجال "للخوف والتردد والشك من سلامة الإجراء والفحص الطبي قبل الزواج؛ لأن الطبيب مختص وآلة الفحص موثوق بها، وناسخ التقرير كاتم السر، والممرض أو الممرضة دقيقان في مواكبة مراحل الإجراء إلى نهايته.

أما الادعاء بأن طبيب الفحص غير مختص، وأن الممرض عابث، وأن آلة الفحص عاجزة عن أن توفي بالغرض وتعطي نتائج صحيحة دون تأكد من الذي نقوله أو نزعمه، فذلك ضرب من خلط الأوراق أو بعثرة الجهود.

---

[1] ينظر: أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، للعشي، 53

[2] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، دراسة علمية فقهية، لعلي محي الدين القره داغي، د.ط، ص4

[3] ينظر: أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، للعشي، 54-55

وأيضاً إذا لم نجند أنفسنا من خلال مراكز التعليم والجامعات والمدارس ووسائل الإعلام للإشادة بهذا المشروع وحَثّ أبنائنا عليه، ورضينا بالأمر الواقع من أمراض وإعاقة مع الزعم أن المرض والإعاقة من الله أولاً دون الاحتراز والاحتياطات اللازمة فلنتوقع المزيد؛ لأننا نكون بذلك قد استهنَّا بكل قيمة تربطنا بعقيدتنا وديننا، ونكون أيضاً قد جمدنا أمام النصوص ولم نستفد من روح النصوص"[1].

ثالثاً: الحكم الفقهي في الفحص الطبي قبل الزواج

إذا تمت هذه الكشوفات المختبرية والجينية فإن النتائج في الغالب تدل على السلامة بوجه عام، أو حسب الظن الغالب أما القطع فبعيد، وبالأخص في مجال الأمراض الوراثية؛ وذلك لأن هناك حوالي ثلاثين ألف جين لم تعرف بعد ولم تكتشف خصائصها[2].

والحكم التكليفي في الفحص الطبي قبل الزواج يتناوله من حيث جوازه أو تحريمه أو وجوبه أو كراهته:

ولا يوجد دليل من الكتاب والسنة على وجوب الفحص قبل الزواج من حيث هو، لكن يمكن الاستئناس بحديث أبي هريرة[3] رضي الله عنه، قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أنظرت إليها؟))، قال: لا، قال: ((فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً))[4]. "قيل: المراد صغر، وقيل: زرقة"[5]. وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر إلى المرأة الأنصارية خشية وجود عيب فيها، فإذا عرف أحد الزوجين بوجود مرض عند الطرف الآخر عبر الفحص الطبي ربما لا يتم هذا الزواج.

وقد اختلف المعاصرون في جواز إصدار تشريع من الدولة بإجبار الراغبين في الزواج على الفحص الطبي قبل الزواج، فذهب د.عبد الكريم زيدان[6]،

---

[1] مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد الأول، عام 2001م، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، لياسين محمد غادي، 288

[2] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج، للقره داغي، ص، 12-13

[3] سبقت ترجمته ص 24

[4] أخرجه مسلم- كتاب النكاح- باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، رقم: 1424، ج1040/2

[5] شرح صحيح مسلم للنووي، 210/9

[6] ولد ببغداد سنة 1917، حيث درس الحقوق وتخرج فيها بجامعة ببغداد، ثم التحق بعد ذلك بمعهد الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة، تنقل بين مناصب عدة في العراق وخارجها، حيث تولى أستاذية الشريعة الإسلامية ورئيس قسمها بكلية الحقوق، ثم أستاد الشريعة الإسلامية ورئيس قسم الدين بكلية الآداب جامعة بغداد، كما تولى أستاذية الشريعة الإسلامية بكلية الدراسات الإسلامية ببغداد، وتولى عمادة هذه الكلية كذلك. له: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، والكفالة و الحوالة في الفقه المقارن. [/228530http://islamhouse.com/ar/author/]

ود.محمد رأفت عثمان[1]، ود. محمد عبد الغفار الشريف[2] إلى عدم جواز ذلك مستدلين بالأدلة الآتية:

1-أن عقد النكاح ليس عقداً جديداً حتى يبحث عن شروط جديدة لصحته، بل هو عقد تناوله الشرع بالتفصيل من حيث أركانُه وشروطُه، بل له خصوصيته حيث أحاطها الشارع بمزيد من العناية والخصوصية، وبالتالي فإن إجبار العاقدين بوجود هذا الشرط -الفحص الطبي- مخالف لما ثبت عن الشرع، ويكون هذا الشرط باطلاً؛ لأنه يدخل في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل))[3].

2-لا نجد في الكتاب والسنة ولا في أقوال الفقهاء السابقين دليلاً أو قولاً باشتراط سلامة الصحة لصحة النكاح، كما لا نجد اشتراط أن يكون النكاح يلزم منه الذرية، كما في المرأة الآيسة والرجل كبير السن حيث يجوز لهما الزواج دون إرادة الذرية.

3-إن تصرفات ولي الأمر وبالأخص في جعل المباح واجباً إنما تصح إذا تعينت فيها المصلحة أو غلبت؛ للقاعدة الفقهية: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)[4].

وذهب د.محمد الزحيلي[5]، وحمداتي ماء العينين[6]، إلى أنه يجوز لولي الأمر إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي مستدلين بما يأتي:

1-أن الأصل في الوقاية الطبية من الأمراض قوله تعالى عن دعاء زكريا عليه الصلاة والسلام: ﴿قال رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾ [آل عمران، 38] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾ [الفرقان، 74] وقوله تعالى: ﴿فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ﴾ [الصافات،

---

[1] أ.د محمد رأفت عثمان، أستاذ الفقه المقارن وعميد كلية بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة حالياً وعميد كلية الشريعة والقانون بطنطا سابقاً، حصل على الليسانس من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، والدكتوراه في الفقه المقارن مع مرتبة الشرف الأولى من كلية الشريعة والقانون عام 1971م، أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة من 1995م، عميد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، له: رياسة الدولة في الفقه الإسلامي، والعلاقات الدولية في الإسلام، وعقد الزواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي. [3118http://www.bab.com/node/]

[2] أستاذ بكلية الشريعة جامعة الكويت لم أقف له على ترجمة

[3] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب البيوع- باب البيع والشراء مع النساء رقم: 2155 ج، 71/3، ومسلم، كتاب العتق- باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 1504ج،1142/2

[4] ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، 121

[5] سبقت ترجمته ص 13

[6] الدكتور حمداتي ماء العينين، وهو عضو بالديوان الملكي، وتابع دراسته بدار الحديث الحسنية، وعين رئيساً للمجلس العلمي في بعض المدن المغربية، وهو باحث يتميز بأخلاق رفيعة، يعتز أبناء أسرة الشيخ ماء العينين بتاريخ أسرتهم سواء في مجال الجهاد ضد الاستعمار أو في مجال العلم والثقافة، ويحتفظون بكتب آبائهم وأجدادهم في بيوتهم من كتب مطبوعة أو مخطوطة، كما يحفظون أشعار الشيخ ودواوينه، ومعظمهم عالم، والشعر فيهم سليقة.

http://www.dr-mfalnbhan.com/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%83%D8%AA%D9%D8%B1-%D8%AD%D9%85%D8%AF%D8%A7%D8%AA%D9%89-%D9%85%%88/D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%8A%D9%86%D9%8A%D9%86

101] وقوله تعالى: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات، 28] وجه الاستدلال من هذه الآيات: أنها تدل على أن الولد المريض لا يوصف بالذرية الطيبة في أجسامها وعقولها، ولا يكون موصوفاً بِقُرّة أعين والديهم بهم، وبشرى الله لنبيه إبراهيم عليه الصلاة والسلام بولدين موصوفين بالحلم والعلم دليل على أنهما كاملا الوصف في جسميهما وعقليهما[1].

2-أرشد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الوقاية من الأمراض قبل حدوثها فقال صلى الله عليه وسلم: ((لا يوردن ممرض على مُصحّ))[2]، حيث أمر باجتناب المصابين بالأمراض المعدية والوراثية، وهذا لا يتحقق إلاّ من خلال الفحص الطبي[3].

3-إن الفحص الطبي لا يعتبر افتئاتاً على الحرية الشخصية؛ لأن فيه مصلحة الفرد أولاً والجماعة ثانياً، وحتى لو ترتب عليه ضرر خاص فإنه يتحمل لأجل الضرر العام[4] كما تقضي بذلك القواعد الفقهية: (يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع ضرر العام)[5] و(يختار أهون الشرّين)[6] و(درء المفاسد أولى من جلب المصالح)[7].

4-قاعدة (الدفع أقوى من الرفع)[8] فحيث أمكن دفع الضرر قبل وقوعه فهذا أولى من رفعه بالوقوع.

5-رعاية الوسائل، حيث إن للوسائل حكم الغايات[9].

جاء في إعانة الطالبين: "لأن السليمة من العيوب لا يكافئها من هو متصف بها"[10].

وتقرير الفحص الطبي عبارة عن كتاب ظاهر ومنضبط، ولا يختلف باختلاف المختبرات -في الأغلب لأن نسبة الخطأ فيه نادرة- يقام مقام حقيقة خلو الخاطبين من الأمراض السارية والمعْدية لخفائها، وتقديم هذا التقرير مناسب للحكم بالسماح للخاطبين بالزواج، فيدل هذا التقرير على أن حال الزوجين صالحة للزواج.

رابعاً: الترجيح: الذي يترجح لي أنه يجوز لولي الأمر إلزام المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي؛ لأن الفحص الطبي لا يعد افتئاتاً على الحرية الشخصية؛ لأن فيه مصلحة الفرد والمجتمع؛ لأن درء المفسدة أولى من جلب

---

[1] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، لعبد الرحمن بن حسن النفيسة، المكتبة الإلكترونية، ص4

[2] أخرجه البخاري -واللفظ له- عن أبي هريرة، كتاب الطب- باب لا هامة، رقم: 5771 ج،138/7، ومسلم، كتاب الآداب- باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوء ولا غول ولا يورد ممرض على مصحّ، رقم: 2221 ج،1743/4

[3] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج، للقره داغي، 33

[4] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج للقره داغي، 33

[5] الأشباه والنظائر، لابن نجيم، 74

[6] مجلة الأحكام العدلية المادة: 29 ص19

[7] الأشباه والنظائر، للسبكي، 105/1

[8] الأشباه والنظائر، للسيوطي، 138، والمنثور للزركشي، 155/2

[9] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج للقره داغي، 33

[10] إعانة الطالبين للدمياطي، 382/3

المصلحة[1]، لكن لا يجوز عد هذا الشرط من شروط الانعقاد أو الصحة أو النفاذ أو اللزوم، بل ينبغي أن يثبت القاضي العقد –في حال إجرائه خارج المحكمة– صيانة لحق النسب، أما عند تسجيل العقد في المحكمة ابتداء فلا تسجله المحكمة إلا بعد إحضار تقرير المركز الطبي، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 40 على أنه:

لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات، على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

وقد سبقتها الفقرة الأولى من المادة ذاتها بأنه يقدم لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

ج–شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية، ومن الموانع الصحية للزواج وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

لكن تجنباً للتزوير والأخطاء فقد خصصت وزارة الصحة السورية مراكز معتمدة من قبلها لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، فلا يقبل أي تقرير طبي –كما كان عليه الحال سابقاً– دون كشف وتحليل حقيقيين، لكن المأمول من وزارة الصحة إجراء هذه الفحوصات مجاناً، فإن لم يمكن ذلك فالمأمول تخفيض هذه الرسوم المرتفعة نوعاً ما، حيث تبلغ كلفة هذه الفحوصات 4000 ل.س[2]، خاصة أن قانون الأحوال الشخصية السوري أخلى عقد الزواج عن أي رسم، حيث نصت المادة 46 على أنه: تعفى معاملات الزواج من كل رسم.

فالأَولى أن تتحمل الدولة هذه المصاريف، أو تهيئ المختبرات الخاصة التي تقوم بهذه الفحوصات مجاناً؛ لأن مصالحها ومنافعها ليست خاصة بالفرد وإنما مصالح عامة تتحملها خزانة الدولة العامة، وفي حالة عدم توافر ذلك فإن كلاً من الزوجين يتحمل مصاريفه إلا إذا اشترط على الطرف الآخر، وحينئذٍ يكون الشرط معتبراً[3].

والعرف جارٍ في بلادنا على أن الخاطب هو من يتحمل تكاليف الفحص للطرفين.

وهذا الإلزام يخالف رأي الدكتور القره داغي[4] حيث قال:

"الذي يظهر لي رجحانه هو التفصيل في المسألة، وهو القول بعدم جواز الإجبار على الفحص الجيني وضرورة ترك ذلك للحرية الشخصية مع التوعية بأهميته، والقول بجواز صدور قرار ملزم من الدولة بإلزام الراغبين في

---

[1] ينظر: أثر قاعدتي: المشقة تجلب التيسير، ولا ضرر ولا ضرار في المسائل الطبية المستجدة، لمحمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، د.ط، د.ت، 35

[2] هذا حتى تاريخ 2015/10/20

[3] ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج للقره داغي، 34

[4] علي محيي الدين علي القره داغي، ولد عام 1949 بكوردستان العراق، تخرج في المعهد الإسلامي، ثم التحق بكلية الإمام الأعظم ببغداد، نال الدكتوراه عن أطروحته: (مبدأ الرضا في الشريعة الإسلامية والقانون المدني)، انضم إلى هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة قطر، له أكثر من 30 كتاباً ومئة بحث معظمها في المعاملات المالية الإسلامية والبنوك والاقتصاد والفقه الإسلامي، وهو رئيس مجلس الاستشاري الأعلى للتقريب بين المذاهب، له: التأمين التكافلي الإسلامي، والحقوق المالية مع تطبيقاتها المعاصرة ومدى جواز الاعتياض عنها، والتورق المصرفي بين التورق المنضبط والتورق المنظم.

(http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4)

الزواج بالفحص الطبي العادي قبل الزواج بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون ذلك في الأمراض المعدية الخطيرة السارية، مثل التهاب الكبد الوبائي والإيدز، وعلى أن تشكل لجنة متخصصة لتحديد هذه الأمراض المعدية الخطيرة دون التوسع فيها، وذلك من باب (أن الضرورات والحاجيات الملحة تقدر بقدرها).

الشرط الثاني: أن لا يكون جزاء الإخلال بالفحص الطبي هو إبطال العقد وفساده، أو عدم ترتيب الآثار الشرعية على عقد النكاح ، بل يكون الجزاء على الإخلال شيئاً آخر مثل غرامة مالية أو نحو ذلك.

وقصدي من ذلك أنه لا يجوز للدولة أو لولي الأمر إصدار قرار بالإجبار على الفحص الطبي قبل الزواج، وترتيب فساد العقد أو بطلانه أو عدم ترتب آثاره الشرعية عليه، فهذا ليس من حق الإمام؛ لأنه يصطدم بالنصوص الشرعية القاضية بصحة العقد ما دامت الأركان والشروط متوافرة، أما أن يقول القرار مثلاً: (وفي حالة الإخلال بهذا الشرط يعاقب بغرامة مالية، أو أنه لا يعطى له المزية الفلانية) فهذا جائز"[1].

والشرطان المذكوران قد روعيا في بلادنا، فالفحص يختص بالأمراض المعدية والتي يمكن أن تؤثر على الحياة الزوجية، ولم تبطل المحكمة عقداً أجري خارج المحكمة دون فحص طبي.

وقد اعتمد قانون الأحوال الشخصية السوري على التقرير الطبي في جواز تزويج المجنون إن كان ذلك مفيداً له، فقد نصت المادة 15 في الفقرة الثانية منه على أنه:

للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

وعلى هذا فإن تقرير الفحص الطبي وصف ظاهر ومنضبط ولا يختلف باختلاف الأشخاص، يقوم مقام التأكد من خلو الطرفين المقبلين على الزواج من الأمراض السارية والمعدية والوراثية لخفائها وعدم انضباطها.

---

[1] الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، للقره داغي، 33

المطلب الثاني: حكم إجهاض الجنين المشوه خَلقياً بناء على تقرير الفحص الطبي

أولاً: أ-تعريف الإجهاض: "الجهيض: السقط الذي تم خلقه، ونفخ فيه روحه من غير أن يعيش"[1]، "وهي مجهض: ألقت ولدها لغير تمام"[2]، "والإجهاض أن تلقى جنينها ميتاً، فإن ألقته حياً لم يسم إجهاضاً"[3].

أو هو إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة تلقائياً أو بفعل فاعل[4].

ب-يقال: "رجل أشوه: قبيح الوجه... وكل شيء من الخلق لا يوافق بعضه بعضاً: أشوه ومشوه"[5].

جـ-و"الجنين: الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه"[6].

ثانياً: الحكم الشرعي لإجهاض الجنين المشوه:

لا خلاف بين الفقهاء في تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، وهو قتل للجنين بلا خلاف[7].

وذكر الحنفية صورة "امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إلا بقطعه أرباعاً، ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن كان حياً لا يجوز؛ لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع"[8].

وذكروا أيضاً صورة "امرأة حامل ماتت فاضطرب الولد في بطنها فإن كان أكبر رأيه أنه حي يشق بطنها؛ لأن ذلك تسبب في إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الميت فالإحياء أولى"[9].

ونصوا على أنه لو كان الجنين حياً ويُخشى على حياة الأم من بقائه، فإنه لا يجوز تقطيعه؛ لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم[10].

وذكر الشافعية الإجهاض جناية على موجود حاصل، وأول مراتب الوجود: وقوع النطفة في الرحم فإفسادها جناية، فإن صارت علقة أو مضغة فالتعدي عليها أعظم، فإن نفخت الروح أو استقرت الخلقة زادت الجناية فحشاً،

---

[1] كتاب العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، ت: 170هـ، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت، مادة جهض، 383/3

[2] لسان العرب، لابن منظور، مادة جهض، 131/7

[3] الحاوي الكبير للماوردي، 419/13

[4] ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 56/2

[5] لسان العرب، لابن منظور، مادة شوه، 508/13

[6] المصدر نفسه، مادة جنن، 93/13

[7] ينظر: الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي، 267/2، ونهاية المحتاج، للرملي، 442/8، وحاشية الجمل، 91، والإنصاف للمرداوي، 386/1

[8] البحر الرائق، لابن نجيم، 233/8

[9] المصدر نفسه، 233/8

[10] ينظر: حاشية ابن عابدين، 238/2

وبعد نفخ الروح لا شك في تحريمه، وأما قبله فلا يقال: إنه خلاف الأولى، بل هو محتمل للتنزيه والتحريم ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة[1].

وقال الشافعية أيضاً: إذا ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي فيعرض على الطبيبات، فإن قلن: إذا أخرج هذا الولد ترجى حياته، وهو ما يكون له ستة أشهر فصاعداً، يشق جوفها ويُخرَج، وإن قلن: لا ترجى حياته بأن يمضي على حمله دون ستة أشهر لا يشق بطنها؛ لأنه لا معنى لانتهاك حرمتها فيما لا فائدة فيه[2].

وذكر الحنابلة أنه يجوز إسقاطه قبل أن ينفخ فيه الروح[3].

جاء في الموسوعة الفقهية أن لجنة الموسوعة ترى: "أنه إذا كان الفقهاء منعوا هتك حرمة جسد الأم وهي ميتة وضحّوا بالجنين الحي، فإن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتبار لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين، علماً بأن بقاء الجنين سيترتب عليه موت الأم وموت الجنين"[4].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إجهاض المرأة جنينها إذا كان يشكل خطراً على حياة أمه، سواء أكان مشوهاً أم لا إعمالاً لمقصد حفظ النفس؛ ولأن في الإجهاض رفعَ الضرر عنها والضرر يزال، وليس في ذلك ارتكاب لمحرم؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات؛ ولأن هذا من باب دفع أعظم الضررين[5].

وإذا كان الجنين المشوه لا يشكل خطراً على حياة أمه فلا يخلو إما أن يكون التشوه يسيراً أو شديداً:

-فإن كان التشوه يسيراً: كالتشوه في الأطراف أو التأخر العقلي (الجنين المنغولي) أو تضخم بعض الأعضاء الداخلية كالكبد والطحال فلا يجوز إسقاط الجنين؛ لأن الأصل في الأنفس والأطراف الحرمة، والجنين ملك لله، ولا يجوز التصرف في ملكه بغير إذنه فهو سبحانه الذي خلقه على هذه الصورة، فقد يخلق الله تعالى إنساناً مشوهاً ابتلاء وامتحاناً.

-وإن كان التشوه شديداً: وهو التشوه الذي يغلب على الظن معه عدم بقاء الجنين على قيد الحياة بعد الولادة، أو حاجته الدائمة إلى الأجهزة المتقدمة التي لا يمكن للوالدين توفيرها في المنزل، كالجنين الذي لا رأس له أو الذي يعاني من عيوب القلب الشديدة فلا يخلو ذلك عن حالتين:

أ-إن اكتشف ذلك قبل مئة وعشرين يوماً منذ الحمل فيجوز إجهاض الجنين، إذا ثبت وجود التشوه الخطير بشهادة لجنة طبية لا تقل عن ثلاثة أطباء ذوي اختصاص؛ لأنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما، ولأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، ويختار أهون الشرين، ومفسدة إسقاط الجنين في هذه الصورة

---

[1] ينظر: حاشية الجمل، 5/490-491، ونهاية المحتاج للرملي، 8/442

[2] ينظر: المجموع للنووي، 5/301

[3] ينظر: الإنصاف للمرداوي، 1/386

[4] حاشية الموسوعة الفقهية الكويتية، 2/57

[5] ينظر: القواعد الفقهية الحاكمة لإجهاض الأجنة المشوهة، ورقة عمل مقدمة لندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية الذي تنظمه إدارة التوعية الدينية بالمديرية العامة للشؤون الصحية بمنطقة الرياض، خلال الفترة 6-7 محرم 1429هـ، لأحمد بن عبد الله الضويحي، د.ط، 14

أخف من مفسدة بقائه إذا كان بهذه الدرجة من التشوه، خصوصاً وأنه لما تنفخْ فيه الروح فيجوز ارتكاب هذه المفسدة درءاً للمفسدة العظمى.

ب-وإن كان التشوه الشديد بعد مضي مئة وعشرين يوماً، فقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى تحريم إجهاضه؛ للمفسدة العظمى المترتبة على إسقاط الجنين الذي هو ملك لله تعالى[1].

فقد جاء في القرار الرابع من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في الدورة الثانية عشرة المنعقدة في 15-1410/7/22هـ ما يلي: "إذا كان الحمل قد بلغ مئة وعشرين يوماً لا يجوز إسقاطه، ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين.

قبل مئة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة وآلاماً عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، والمجلس إذ يقرر ذلك يوصي الأطباء والوالدين بتقوى الله والتثبت في هذا الأمر، والله ولي التوفيق"[2].

والحل الأمثل في موضوع الأجنة المشوهة والأمراض الوراثية هو منع حدوثها أصلاً، فإن لم يمكن ذلك فينبغي الابتعاد عن الأسباب المؤدية إلى حدوث تشوه الجنين، والحل الذي يليه هو محاولة معالجة التشوهات أو التخفيف من آثارها المدمرة، وقد تمكن الأطباء في الدول المتقدمة من إيجاد علاج لبعض هذه التشوهات، لكن يظل هناك العديد من الأمراض والتشوهات التي لا يوجد علاج لها حتى الآن[3].

و"التشوهات الخلقية منها ما يظهر في الأسبوعين الأولين من الحمل وتكون شديدة وتنتهي بالطرح التلقائي، ومنها ما يظهر في مرحلة تخلق الأعضاء أي بين الأسبوعين الثالث والثامن، وهذه أيضاً شديدة، ومنها ما لا يظهر إلا بعد ستين يوماً من الإخصاب وهي طفيفة فيما عدا ما يصيب العين أو الجهاز العصبي، ورغم أن التشوهات قد تكون طفيفة إلا أن تأثيرها على المستوى الوظيفي قد يكون كبيراً"[4].

وهي تقسم إلى تشوهات 1-بسيطة 2-وممكنة العلاج 3-وخطيرة 4-ومتعذرة العلاج.

والإجهاض في الحالتين الأوليين لا مبرر له ولا يرضاه الفقهاء ولا الأطباء، ويعد جناية على حي سواء أكان قبل نفخ الروح أم بعده.

---

[1] ينظر: القواعد الفقهية الحاكمة لإجهاض الأجنة المشوهة، للضويحي، 15-16

[2] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورات: الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات: من الأول إلى الثاني بعد المئة (1398-1424هـ- 1977-2004م) ط2، ص 277

[3] ينظر: مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، العدد الرابع، الجنين المشوه (أسبابه وتشخيصه وأحكامه)، لمحمد علي البار، 459

[4] مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، العدد الرابع، بحث: عصمة دم الجنين المشوه، لمحمد الحبيب بن الخوجة، 285

أما في الحالتين الثالثة والرابعة فإن الإجهاض قبل مئة وعشرين يوماً أجازه أكثر الحنفية ومنعه المالكية، وإن جواز الإجهاض يتأكد في الحالتين الخطيرة والمتعذرة العلاج للعذر القائم، والضرورة المعتبرة المستندة إلى الأدلة العلمية والكشوف والتحاليل الثابتة اليقينية، والمرجع في تقرير هذه الأعذار والضرورات الأطباء المسلمون ذوو الكفاءة.

أما بعد نفخ الروح بعد مئة وعشرين يوماً على الإخصاب فإن الإجهاض ترفضه المبادئ الشرعية، والفقهاء مجمعون على حرمته ويعد قتلاً للنفس التي حرم الله[1].

فالتقرير الطبي هو الذي يدل على حال الخطورة أو عدم الخطورة على حياة الأم، وإذا روعيت القواعد الطبية والمهنية في هذا التشخيص فإن نسبة الخطأ فيه ستكون ضئيلة جداً، وبالتالي يمكن بناء الحكم على هذا التقرير الطبي لظهوره وانضباطه، وإقامته مقام سلامة الجنين أو تشوهه.

[1] ينظر: مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، العدد الرابع، بحث: عصمة دم الجنين المشوه، للخوجة، 285-286

المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في البصمة الوراثية

تمثل البصمة الوراثية تطوراً عصرياً عظيماً في مجال القيافة التي يعتد بها جماهير العلماء[1].

أولاً: تعريف البصمة الوراثية[2]: هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء من أجزاء حامض الدنا المتمركز في نواة أية خلية من خلايا الجسم[3].

وDNA: "هي المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه والتماثل بين الشيئين أو الاختلاف بينهما، فهي بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات، وتجزم بوجود الفرق أو التغاير بين المختلفات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان، في ظل علم الوراثة أحد علوم الحياة"[4].

وهي: "البنية الجينية –نسبة إلى الجينات أي المورثات– التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[5].

والمادة الوراثية هي الجينات التي تنقل الرسالة الوراثية من جيل لآخر، وتوجه نشاط كل خلية هي عبارة عن جزيئات عملاقة، تُكوِّن ما يشبه الخيوط الرفيعة المجدولة تسمى "الحمض النووي الريبوزي المختزل"، وتحتوي هذه الرسالة الوراثية على الأساس المادي لكل الصفات الوراثية بداية من لون العينين حتى أدق التركيبات الموجودة في الجسم[6].

ثانياً: طرق إثبات النسب: ذكر الفقهاء طرقاً خمسة لإثبات النسب: وهي الفراش والاستلحاق والبينة والقيافة[7].

وهناك شواهد كثيرة من أقوال الفقهاء تدل على الاحتكام للدليل الحسي في قبول الأدلة الظنية، ومن ذلك ما يأتي:

---

[1] ينظر: ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، ج2، 1050/200

[2] البصمة الوراثية والهندسة الوراثية كلاهما يتعلق بالجينات، لكن البصمة الوراثية تبحث الموضوع من حيث إثبات الشخصية، أما الهندسة الوراثية فتبحث الموضوع من حيث حذف أو زيادة بعض الجينات أو دمج بعضها ببعض. [ينظر: البصمة الوراثية مفهومها، وحجيتها، ومجالات الاستفادة منها، والحالات التي يمنع عملها فيها، والاعتراضات الواردة عليها، لياسين بن ناصر الخطيب، مجلة العدل، العدد 41، محرم 1430هـ، 166]

[3] ينظر: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، لبديعة علي أحمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط1، عام 2001م، ص 73

[4] البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. وهبة الزحيلي، بحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي بجدة، 15

[5] مجلة المجمع الفقهي، السنة الرابعة عشرة، العدد السادس عشر، بحث البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، لعلي محيي الدين القره داغي، 46

[6] ينظر: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، لعائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إشراف: محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، عام 1421هـ- 2001م، 301

[7] ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت- مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط 27، عام 1415هـ- 1994م، 368/5

1-إن ادعاء النسب بالفراش الشرعي -العلاقة الزوجية- مردود إذا لم يصدقه الحس، مع أن الفقهاء أجمعوا على ثبوت النسب بالفراش؛ لحديث عائشة[1] رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((الولد للفراش وللعاهر الحجَر))[2]، وجه الاستدلال: أنه لما كان الفراش الحقيقي -أي كون الزوجة فراشاً لزوجها- مبناه الستر والخفاء فيعدُّ قيام حالة الزوجية دليلاً عليه، وقد أنكر جمهور الفقهاء إثبات النسب بالفراش الذي لا يُصدِّقه الحس، كما لو أتت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ، أو لم يلتقِ الزوجان، ففي هذه الحالات لا ينسب للزوج[3].

بينما ذهب الحنفية إلى أنه إذا تزوج المشرقي بمغربية، فولدت فيثبت النسب وإن لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح[4].

وبرر الحنفية الإمكان العقلي بتلاقي المشرقي بالمغربية بكونه ولياً من أهل الخطوة أو كونه جنّيّاً[5].

لكن هذا الأمر نادر والأحكام الشرعية توضع للحالات العامة لا النادرة، ومع ندرته فهو غير مستحيل بل ممكن، ذلك أن الشرع يتشوف إلى إثبات النسب ما لم تكن هنالك استحالة، وهنا الأمر ممكن.

وطالما أجمع المتخصصون من الأطباء على حجية البصمة الوراثية وقطعيتها، فإن الفقه الإسلامي وقواعده العامة لا تأبى الأخذ بهذه التقنية الجديدة، كدليل لإثبات النسب قياساً على القيافة بل هي أولى بالحكم؛ وذلك لأن عمل القائف يقوم على الحدس والتخمين، أما البصمة الوراثية فنتائجها قطعية، وقد أجاز الفقهاء عرض الولد على القائف لإثبات النسب حتى ولو كان ميتاً، وبالتالي يجوز تحديد هويته عن طريق البصمة الوراثية قياساً على ذلك[6].

---

[1] سبقت ترجمتها ص 64

[2] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب البيوع- باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، رقم: 2218 ج، 81/3، ومسلم، كتاب الرضاع- باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم: 1457، ج1080/2، والحديث بتمامه: أن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إليّ أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبهاً بيّناً بعتبة، فقال: ((هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة)) فلم تَرَه سودة قط.

[3] ينظر: التقرير والتحبير، لابن أمير حاج، 146/3، والشرح الصغير، للدردير، 661/2، والمجموع، للنووي، 404/17، والمغني، لابن قدامة، 80/8، والبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 66

[4] ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 332/2

[5] ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، 169/4

[6] ينظر: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، للمرزوقي، 309

وعلى هذا فإن البصمة الوراثية تعد دليلاً من أدلة ثبوت النسب، وعند التعارض يقدم عليها الفراش والإقرار والبينة لمصلحة الولد في انتسابه إلى أب، لكنها تقدم على القيافة وعلى القرعة لقوتها[1].

قال د. وهبة الزحيلي[2]: "وفي تقديري أنه يعمل بالبصمة الوراثية لإثبات نسب المجهول، بالضوابط الشرعية المقررة لقرينة القيافة، ومنها الاكتفاء برأي خبير واحد كالقائف الواحد المسلم العدل، والذَّكَر في رأي الحنابلة، والعمل بها مقصور على حالة التنازع في الإثبات، وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة... ولكن تقدم عليها في شريعتنا وسائل إثبات النسب أو نفيه بالبينة والاستلحاق أو الإقرار بالنسب أو الفراش (العلاقة الزوجية).

وبما أن دلالة البصمة الوراثية قطعية لتأكد الدلالة بنسبة (99%) فأكثر، فيعمل بها شرعاً وقانوناً للتعرف على نسب الولد من أبيه أو أمه ضمن الضوابط الشرعية والعملية المقررة في القيافة ونحوها.

وكذلك يعمل بها في حال ادعاء مجهول النسب نسبته إلى أفراد أو قبيلة"[3].

وإن تقرير البصمة الوراثية يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي، وهي أولى من الالتجاء للأدلة الظنية وترك الدليل القطعي[4].

وإن اعتماد البصمة الوراثية يمنع من التزوير وانتحال شخصيات أخرى ومن المسائل الشرعية التي اهتم بها الفقه الإسلامي، باعتبار أنها تقوم على تحقيق هوية الشخص وما يترتب على ذلك من آثار: مسألة المفقود ومن في حكمه[5].

ثالثاً: مذاهب العلماء المعاصرين في حجية البصمة الوراثية وأدلتهم:

---

[1] ينظر: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، للمرزوقي، 309

[2] ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932م، تابع تحصيله العلمي في كلية الشريعة بالأزهر الشريف، وحصل على إجازة تخصص التدريس من كلية اللغة العربية بالأزهر، حصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق ((الشريعة الإسلامية)) عام 1963م، عين مدرساً بجامعة دمشق عام 1963م، له: آثار الحرب في الفقه الإسلامي- مقارنة بين المذاهب الثمانية والقانون الدولي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، نظرية الضمان أو (حكم المسؤولية المدنية والجنائية) في الفقه الإسلامي توفي عام 2015. [المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، 368/1 http://www.ahlalhdeeth.com]

[3] البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. وهبة الزحيلي، 33

[4] ينظر: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة للمرزوقي، 315

[5] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر،

-ذهب من العلماء المعاصرين: نصر فريد واصل[1]، وعمر بن محمد السبيل[2]، ووهبة الزحيلي[3]، وعلي محيي الدين القره داغي[4]، إلى القول باعتماد البصمة الوراثية.

يستدل على الاحتجاج بالبصمة الوراثية بالأحاديث الآتية:

1-عن أم سلمة[5] رضي الله عنها، قالت: جاءت أم سليم[6] إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((إذا رأت الماء)) فغطت أم سلمة، تعني وجهها، وقالت: يا رسول الله أوَتحتلم المرأة؟ قال: ((نعم، تربَتْ يمينك، فبمَ يشبهها ولدها؟))[7]. وجه الاستدلال: أن إخبار النبي صلى الله عليه وسلم بأن المني يوجب الشَبه يلزم فيه أن الشبه مناط شرعي لإثبات النسب، وإلا لما كان للإخبار فائدة يعتد بها، ولما كان ماء الأبوين اللذين يتكون منهما الجنين سبباً في إظهار شبههما، فوجب أن يكون الشبه دليلاً لإثبات نسبه منهما؛ لأنه إلحاق للولد بأبيه الحقيقي[8].

2-عن أبي هريرة[9] رضي الله عنه، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، ولد لي غلام أسود، فقال: ((هل لك من إبل؟)) قال: نعم، قال: ((ما ألوانها؟)) قال: حُمر، قال: ((هل فيها من أورق؟)) قال: نعم، قال: ((فأنى ذلك؟))) قال: لعله نزعه عرق، قال: ((فلعل ابنك هذا نزعه))[10].

---

[1] نصر فريد واصل، مفتي مصر الأسبق وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، وعضو المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة أستاذ أصول الفقه بجامعة الأزهر وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف.

[2] ولد عام 1958م، أكمل المرحلة الثانوية في معهد الحرم المكي وحفظ القرآن خلال هذه الفترة، تخرج في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، حصل على درجة الماجستير والدكتوراه في الفقه الإسلامي من جامعة أم القرى بمكة، عمل فيها رئيساً لقسم الشريعة ووكيلاً لكلية الشريعة ثم عميداً لها بجامعة أم القرى بمكة، عيّن إماماً وخطيباً للحرم المكي سنة 1413هـ، توفي يوم الجمعة 1423/1/1هـ وصُلي عليه بالمسجد الحرام، [المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، 244/1 http://www.ahlalhdeeth.com]

[3] سبقت ترجمته ص 273

[4] سبقت ترجمته ص 295

[5] سبقت ترجمتها ص 32

[6] أم سليم بنت ملحان بنت خالد بن زيد بن حرام بن جندب الأنصارية، وهي أم أنس خادم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، اشتهرت بكنيتها، واختلف في اسمها، فقيل سهلة، وقيل رميلة، وقيل رميثة، تزوجت مالك بن النضر في الجاهلية، فولدت أنساً في الجاهلية، وأسلمت مع السابقين إلى الإسلام من الأنصار، فغضب مالك وخرج إلى الشام فمات بها، فتزوجت بعده أبا طلحة. [الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني، 408/8-410]

[7] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب العلم- باب الحياء في العلم، رقم: 130، ج38/1، ومسلم، كتاب الحيض- باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها، رقم: 313، ج251/1

[8] ينظر: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، لحسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، عام 2011م، 719

[9] سبقت ترجمته ص 24

[10] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب الطلاق- باب إذا عرض بنفي الولد، رقم: 5305 ج53/7، ومسلم، كتاب الطلاق-

وجه الاستدلال: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أوضح للسائل أن المورثات البشرية يتعلق بعضها ببعض، وتنتقل من الآباء إلى الأبناء والأحفاد، فتجد في الأبناء أو الأحفاد من الصفات أو الألوان التي كانت موجودة في آبائهم أو أجدادهم، وإن كان الفارق الزمني بينهم طويلاً"[1].

3-عن عائشة[2] رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم))[3]. وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بانتقاء الأزواج والزوجات الأكْفَاء؛ لأن هذا الاختيار يؤثر على الأولاد، ولولا تأثير صفات الآباء والأمهات في الأبناء لما أمر بتخير الأزواج.

4-قصة هلال بن أمية[4] فقد قذف امرأته بشريك بن سحماء[5]، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين، خَدَلّج الساقين، فهو لشريك بن سحماء))، "فجاءت به كذلك"[6].

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث نص على اعتبار المورثات وعلاقتها بين الآباء والأبناء، فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم المولود لمن يشبهه في الصفات واللون، ولو لم يكن للعلاقات الوراثية شأن مهم، بل أثر يعتمد

باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، رقم: 1500 ج،37/11

[1] البصمة الوراثية وأثرها في النسب، لبندر بن فهد السويلم، بحث محكم في مجلة العدل، محرم 1429هـ، العدد 37، ص119

[2] سبقت ترجمته ص 64

[3] أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح- باب الأكفاء، رقم: 1968 ج، 633/1، والحاكم في المستدرك -كلاهما باللفظ ذاته-كتاب النكاح، رقم: 2687 ج، 177/2، وقال: تابعهم عكرمة بن إبراهيم، عن هشام بن عروة وحدثناه علي بن عيسى، ثنا إبراهيم بن أبي طالب، ثنا زياد بن أيوب، ثنا عكرمة بن إبراهيم، عن هشام بن عروة، فذكر بإسناده مثله، «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه» وذكر الذهبي أن فيه الحارث بن عمران الجعفري وهو متهم وعكرمة بن إبراهيم وقد ضعفوه.

[4] هلال بن أمية الأنصاري الواقفي، من بني واقف، شهد بدراً، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك، فنزل فيهم قوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا﴾ [التوبة، 118]، وهو الذي قذف امرأته بشريك بن السحماء، قال ابن شهاب: الثلاثة الذين خلفوا: كعب بن مالك -أحد بني سلمة- ومرارة بن الربيع -وهو أحد بني عمرو بن عوف- وهلال بن أمية -وهو من بني واقف-. [الاستيعاب، لابن عبد البر، 1542/4]

[5] شريك بن السحماء، والسحماء هي أمه، وأبوه عبدة بن معتب بن الحد بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة البلوي، وهو ابن عم معن وعاصم ابني عدي بن الجد، وهو حليف الأنصار، وهو صاحب اللعان، نسب في ذلك الحديث إلى أمه، قيل: إنه شهد مع أبيه أحداً، وهو أخو البراء بن مالك لأمه، وهو الذي قذفه هلال بن أمية بامرأته، وأول من لاعن في الإسلام، وفيه نزلت آيات اللعان. [أسد الغابة، لابن الأثير، 370/2-371]

[6] أخرجه البخاري -واللفظ له- كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور: 8]، رقم: 4747، ج،100/6، ومسلم، كتاب الطلاق- باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، رقم: 1496 ج،1134/2

"وقوله: سابغ الإليتين أي: عظيمهما" [فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، 129]

و"خدلج الساقين -بفتحتين وتشديد اللام بعدها جيم- أي: ممتلئ الساقين". [المصدر نفسه، 110/1]

عليه لما جاز الاعتماد على هذه الصفات بين الآباء والأبناء[1].

5- واحتجوا بالقياس على القيافة بجامع الاعتماد على الصفات المتشابهة بين الآباء والأبناء في كل، وهو قياس جلي أو أولوي، الحكم فيه في الفرع (البصمة الوراثية) أولى من الأصل (القيافة)[2].

فإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم قد أقر القيافة، فإنه من باب أولى يجوز العمل بالبصمة الوراثية والتي هي قائمة على الحس والمشاهدة ونتائجها يقينية ودقيقة[3].

و"القائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود"[4].

والبصمة الوراثية تعتمد اعتماداً كلياً على بنية الخلية الجسمية الخفية، ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع، وإن القافة يمكن أن يختلفوا فيُلحقوا الطفل بأبوين لوجود شبه بينهما، أما البصمة الوراثية فلا يمكن أن تُلحق الطفل بأبوين إطلاقاً ولو قام بها أكثر من خبير[5].

جاء في مغني المحتاج: "فإن مات الولد قبل العرض على القائف عرض عليه ميتاً، لا إن تغير أو دفن، وإن مات مدعيه عرض على القائف مع أبيه أو أخيه ونحوه من سائر العصبة"[6].

وتعد البصمة الوراثية دليلاً حسياً علمياً يقبله الشرع في إثبات النسب، بالإضافة إلى الأدلة الأخرى طالما وجد سبب النسب، سواء بالنكاح أم بالوطء بشبهة أم كان الشخص مجهول النسب، خاصة وأن البصمة الوراثية تقوم نتائجها على المشاهدة الحسية لصورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي[7].

5-أن البصمة الوراثية في حكم المنصوص على طلبها لقوله تعالى: ﴿ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾ [الذاريات، 21] وتدخل البصمة -إن لم تدخل مع نصوص الأمر بالتداوي والتثبت من الأمور وغير ذلك من الأحكام العامة- في المعفو عنها وبذلك يكون العمل بها مباحاً[8].

ويجري على البصمة الوراثية حكم أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهي من الأشياء النافعة والتصرفات النافعة المستحدثة والتي لم يرد عن الشرع فيها حكم هي مباحة شرعاً[9].

---

[1] ينظر: البصمة الوراثية وأثرها في النسب، لبندر بن فهد السويلم، 119

[2] ينظر: البصمة الوراثية، لعبد الصمد، 721

[3] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 75

[4] كتاب التعريفات، للجرجاني، 171

[5] ينظر: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، لعبد الصمد، 122-123

[6] مغني المحتاج للشربيني، 443/6

[7] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 80

[8] ينظر: البصمة الوراثية، لبديعة علي أحمد، 77

[9] ينظر: البصمة الوراثية، لبديعة علي أحمد، 77

والبصمة الوراثية تأتي في المنزلة بعد الأدلة الشرعية لإثبات النسب، ويحتكم إليها إذا حدث تعارض بين الأدلة الشرعية المتساوية، حيث إنها حلت محل القيافة، وفي حال وجود علاقة زوجية قائمة فإن النسب لا ينفى إلا باللعان، وإن البصمة الوراثية لا تصلح بعدها لإثبات جرائم الحدود؛ لأنها لا تمنع من وجود شبهة والحدود تدرأ بالشبهات[1].

-وذهب أحمد الحجي الكردي[2]، ووزارة الأوقاف الكويتية، إلى عدم إثبات النسب بالبصمة الوراثية تفريعاً على قول الحنفية بالقيافة؛ لأن الشرع حصر النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الماء لا إثبات الفراش، فلا تكون حجة في إثبات النسب[3].

استدل هؤلاء المانعون بالأدلة الآتية:

1-بقوله تعالى: ﴿فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ [سورة الانفطار، 8] وجه الاستدلال: أنه تعالى خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريدها سبحانه وليس على قاعدة التشابه بين الولد وأصوله، ولو كان الإنسان يشبه أباه باطراد لكان الناس كلهم على شبه صورة أبيهم آدم.

ويناقش هذا القول بأنه تعالى يركب المولود على الشكل الذي يريده من بين الأشكال التي عليها أصوله من آبائه وأمهاته[4].

2-بحديث: ((لعله نزعه عرق))[5] وجه الاستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم ألغى الشَبَه الذي تقوم عليه البصمة الوراثية في لحوق النسب، ولو كان الشَبَه مثبتاً للنسب لما أثبته هنا مع انتفائه.

ويناقش هذا بأن الشبه لم يعتبر هنا؛ لوجود الفراش الذي هو أقوى منه، وهذا لا يدل على أن الشبه لا يعتبر مطلقاً بل على العكس، فالحديث فيه حجة على اعتماد البصمة الوراثية؛ لأن فيه اعتبار الشبه، حيث إنه أحال على نوع آخر من الشبه وهو نزع العرق، وهذا الشبه أولى بالاعتبار من الشبه الذي ذكره الرجل لأنه قد تقوَّى بالفراش[6].

3-بحديث: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))[7] وجه الاستدلال في نقطتين:

---

[1] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، نصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 53

[2] أ.د. أحمد الحجي الكردي أستاذ في كلية الشريعة من جامعة دمشق سابقاً، وخبير في الموسوعة الفقهية وعضو هيئة الفتوى في دولة الكويت، له: بحوث في علم أصول الفقه ، ومصادر التشريع الإسلامي الأصلية والتبعية ومباحث الحكم، وحكم الإسلام في حقوق التأليف والترجمة والتوزيع والنشر، والمدخل الفقهي.

[3] ينظر: البصمة الوراثية لعبد الصمد، 724

[4] ينظر: المصدر نفسه، 725

[5] سبق تخريجه ص 274

[6] ينظر: الطرق الحكمية، لابن القيم، 187، والبصمة الوراثية لعبد الصمد، 726

[7] سبق تخريجه ص 272

إحداهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرج الكلام مخرج القسمة، فجعل الولد لصاحب الفراش، والحجر للزاني، فاقتضى ألا يكون الولد لمن لا فراش له كما أن الحجر لا يكون لمن لا زنى له، إذ القسمة تنفي الشركة[1].

ويجاب عن هذا بأن قوله: ((الولد للفراش)) على سبيل الغالب، إذ الغالب في النسب ثبوته بالفراش، وهذا لا ينفي ثبوته بغيره كالقيافة أو البصمة الوراثية ونحوها[2].

الثانية: أن النبي صلى الله عليه وسلم ألغى الشبه الذي تقوم عليه البصمة، حيث نفى المولود عن الزاني مع وجود الصفات المتشابهة بينهما وجعله للفراش، ولو كان إثبات النسب بالبصمة جائزاً لقضى النبي صلى الله عليه وسلم بإلحاق نسب هذا الغلام بمن رمى به زوجها لشبهه به.

ويجاب بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر الشبه هنا لوجود الفراش وهو أقوى من الشبه، فضلاً عن أن عمل البصمة الوراثية عند عدم وجود بينة أو زوجية[3].

جاء في فتح الباري في شرح حديث ((الولد للفراش))[4]: "والقائف إنما يعتمد في الشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه"[5]. ونوقش هذا الاستدلال بأن الحكم الذي دل عليه الحديث إنما يكون عند تنازع الزاني وصاحب الفراش في نسب الولد، وهذا لا خلاف فيه؛ لأن المسألة المفروضة فيما إذا لم ينازع صاحبُ الفراش الزانيَ في نسب المولود[6].

4-إن نتائج البصمة الوراثية -وهي دقيقة ثابتة- قد تعتريها حالات لا تكون فيها دقيقة، لما قد يحصل من أخطاء بشرية ومعملية، كاختلاط النماذج المأخوذة من شخص بنموذج شخص آخر، أو بسبب خطأ خبير البصمة أو غيره من العاملين في مختبرات الفحص الوراثي في أي إجراء من الإجراءات، أو بسبب عدم العناية التامة بتعقيم ونظافة آلات الفحص.

فلو اختلطت بالدم ذرة من الغبار لقلبت النتيجة، مما يستوجب تطرق الشك إلى نتائج الفحص بالبصمة الوراثية.لكن كل هذه المخاطر الواردة تنزل إلى أدنى الدرجات عند الالتزام بالشروط الشرعية والفنية للبصمة الوراثية[7].

الترجيح: مما تقدم من الأدلة يترجح لديَّ القول الأول بجواز العمل بالبصمة الوراثية؛ لقوة أدلة الفريق الأول وإجاباتهم على أدلة الفريق الثاني؛ ولضرورة مواكبة التطور العلمي القريب جداً من درجة اليقين، مع التأكيد على وجوب أخذ كامل الحيطة والحذر وتضييق نطاق استخدام البصمة الوراثية، واستناداً إلى قول الجمهور بجواز العمل

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 242/6

(2) ينظر: الفروق للقرافي، 102/4

(3) ينظر: البصمة الوراثية، لعبد الصمد، 728

(4) سبق تخريجه ص 272

(5) فتح الباري، لابن حجر، 35/12

(6) زاد المعاد، لابن قيم الجوزية، 425/5

(7) ينظر: البصمة الوراثية، لياسين الخطيب، 208-209

بالقيافة، فالبصمة الوراثية تعد من أعلى وأدق درجات القيافة، لكن لا يجوز تقديمها على اللعان؛ لأن اللعان منصوص عليه والبصمة الوراثية غير منصوص على حجيتها -والله تعالى أعلم-

رابعاً: الحكم التكليفي للبصمة الوراثية:

يختلف حكم البصمة الوراثية باختلاف الحالات وبالتالي تعتريها الأحكام الخمسة:

1-فقد يكون العمل بالبصمة الوراثية **واجباً**، إذا كانت هي السبيل لبيان ومعرفة الحقيقة، وإذا تعينت طريقاً لرد حق أو تبرئة مظلوم، وإذا تعينت على بعض المتخصصين فإنه يجب عليهم العمل بها لتحقيق النفع للأمة.

2-وقد يكون العمل بها **حراماً** إذا استغلت استغلالاً سيئاً، وترتب عليها ظلم أو ارتكاب محرم أو إفساد في الأرض، أو أثرت في استقرار المجتمع.

3-وقد يكون العمل بها **مندوباً** إذا ترتب على العمل بها منافع وفوائد للمجتمع، دون أن يكون في ترك العمل بها مضار.

4-وقد يكون العمل بها **مكروهاً** إذا كان العمل بها يترتب عليه ضرر ولو قليل.

5-وقد يكون العمل بها **مباحاً** إذا اعتادها الناس، ولم يكن فيها ضرر عليهم[1].

خامساً: مجالات استخدام البصمة الوراثية:

إن فحص المورثات المسمى DNA ينتقل من الأجداد إلى الآباء إلى الأبناء، ويمكن فحص ذلك من أية خلية بالجسم، وبدقة تصل إلى 99,9% فعلى هذا يمكن القول: إن هذا المولود من صلب هذا الرجل أو هذه المرأة، وإن استعمال البصمة الوراثية يمكن أن يجري في مجال إثبات النسب أو نفيه، كما يمكن اعتماد البصمة الوراثية في الحالات الآتية:

1-موضوع إثبات نسب المولود أو نفيه عند الشك في نسب المولود، أو عند ادعاء مجهول النسب.

2-تحديد المولود عند الاختلاط في المستشفيات أو في دور الحضانة أو الاشتباه في أطفال الأنابيب.

3-تحديد أبوة المولود عند التنازع في مجهول النسب.

4-إقناع الزوج بالامتناع عن إجراء اللعان.

5-تحديد شخصية المتوفين في حالات الحروب والكوارث.

6-تفيد في بيان نسب اللقطاء الذين ترميهم أمهاتهم أو ذووهم لأي سبب كان[2].

---

[1] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 64-63

[2] ينظر: المصدر نفسه، 205-204

وإن الفقهاء لم يتحفظوا على استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب في حالات خاصة، كالتعرف على جثث الموتى بسبب الكوارث أو الحروب، أو اختلاط الأطفال أو ما شابه ذلك.

ويلحق بذلك استعمالها في حال التنازع في مجهول النسب بحيث لا يكون استعمالها ناقضاً لقاعدة من القواعد الشرعية الثابتة.

كذلك يمكن استعمالها في إثبات البنوة بالزواج العرفي غير الموثق لدى السلطات، وذلك في حال الاختلاف في النسب الذي ترتب على ذلك الزواج[1].

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم: 95 (16/7): بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، في الدورة السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21-1422/10/26هـ الموافق من 5-2002/1/10م، وبعد النظر إلى التعريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة، ونصه: (البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات)، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره، وبعد الاطلاع على ما اشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، والاطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء، والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العيِّنة[2] (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع)، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك. وبناء على ما سبق قرر ما يلي:

أولاً: لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص؛

لخبر: ((ادْرَؤوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ))[3]، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

---

[1] ينظر: إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية DNA، لمازن إسماعيل هنية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) فلسطين- غزة- المجلد 17، العدد الأول، يناير 2009، ص 13-14

[2] ما يسمى العينات وهي غير فصيحة ولم يستعمل العرب العيّنة بالتشديد، قال ابن منظور: " والعِينَة: خيار الشيء" [لسان العرب لابن منظور، مادة عين، 305/13]

[3] أخرجه الترمذي، أبواب الحدود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم- باب ما جاء في درء الحدود، رقم: 1424 ج، 33/4، عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم)) "وفي إسناده ضعف، فيه المختار بن نافع، قال البخاري: منكر الحديث". [البدر المنير لابن الملقن، 613/8]، والبيهقي في السنن الصغير، كتاب الحدود-

ثانياً: إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسِّرِّية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثاً: لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعاً: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة؛ لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

خامساً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

أ-حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب-حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج-حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادساً: لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس أو لشعب أو لفرد لأي غرض، كما لا تجوز هبتها لأي جهة، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفاسد.

سابعاً: يوصي المجمع بما يلي:

أ-أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء؛ وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

ب-تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريًّا دفعًا للشك[1].

وأوصت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ختام مؤتمرها بعنوان: (مدى حجية البصمة الوراثية) باعتماد أسلوب البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي لإثبات التفاصيل التي تدل على شخص بعينه[1].

باب في المستكره، رقم: 2588، ج302/3، واللفظ المذكور ذكر في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، ت: 430هـ، دار السعادة- بجوار محافظة مصر، 1394هـ- 1974م، ثم صورتها عدة دور منها، دار الكتاب العربي - بيروت، 10/9

[1] مجلة المجمع الفقهي الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المئة، 1398-1424هـ- 1977-1994م، 343-345

وقد بدأت المحاكم المصرية تعتمد في إثبات النسب عند التنازع على نتائج تحاليل البصمة الوراثية، حيث عرضت قضية على محكمة الزقازيق للأحوال الشخصية في 1994/5/10 في دعوى إثبات النسب[2].

كما اعتد القانون التونسي الجديد رقم 75 لعام 1998 بالتحليل الجيني في إثبات نسب الطفل المجهول النسب[3].

سادساً: ضوابط العمل بالبصمة الوراثية

ينبغي وضع ضوابط تكفل دقة نتائج البصمة وتحقق نتائجها الإيجابية، ويدرأ مفسدة استغلالها في غير ما شرعت فيه، وهي ضوابط شرعية وفنية، أما الشرعية فهي:

1-أن يكون استعمالها عند الحاجة إليها في إثبات نسب غير مستقر، وألا تستعمل في إثبات نسب ثابت؛ لما فيه من هزٍّ الثقة بين الزوجين وإثارة الشكوك بينهما وتقوية الريبة بين أفراد المجتمع.

2-أن تنفك النتيجة عما يكذبها، فإذا كانت النتيجة مستحيلة عقلاً أو حساً فهذا يوضح ما اعتراها من خطأ يسوغ رفضها وعدم الاعتماد عليها، كأن تثبت البصمة الوراثية نسب ابن ستين سنة لابن عشرين سنة.

3-أن تكون أوامر التحليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناء على أوامر من القضاء، حتى يقفل باب التلاعب واتباع الأهواء عند أصحاب النفوس الضعيفة، وأية نتيجة دون صدور هذا الأمر تعد باطلة، كما قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه ينبغي أن تمنع الدولة إجراء هذا الفحص إلا بطلب من القضاء.

4- أن يتوافر بالعاملين في فحص البصمة الوراثية وتقرير نتيجتها الخبرة التامة، وأن يكونوا ممن يشهد لهم بالتميز العلمي والمقدرة، حتى لا يؤدي الأمر إلى تدهور النتائج العلمية وضياع حقوق أصحابها.

5-أن يتوافر في كل من يعمل على فحص البصمة الوراثية ويقرر نتيجتها أو يعتمدها: العقلُ والبلوغ والعدالة والأمانة والضبط وانتفاء التهمة، فإذا اختل شرط أو أكثر لم تقبل النتيجة.

6- أن تكون النتيجة متيقَّنة فإذا دارت بين الشك واليقين فهي باطلة ولا يعتمد عليها.

7-أن يصدر الحكم بالبصمة الوراثية من القاضي الشرعي؛ لأن إصدار الأحكام من اختصاص القاضي، أما البصمة الوراثية فتقريرها يعد شهادة ومن ثم فهي دليل إثبات فقط[4].

وأما الضوابط الفنية فهي:

1-أن تكون المختبرات الخاصة بفحص البصمة الوراثية تابعة للدولة وتحت رقابتها.

2-أن تكون هذه المختبرات مزودة بأفضل ما توصلت إليه التقنية الحديثة وبأعلى مواصفات التصنيع لها.

---

[1] ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 23-25 جمادى الآخرة الموافق 13-15 تشرين الأول (أكتوبر) 1988م، ج2، 1050/200

[2] ينظر: إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، للمرزوقي، 308

[3] ينظر: البصمة الوراثية، لعبد الصمد، 754

[4] ينظر: البصمة الوراثية وأثرها في النسب، لبندر بن فهد السويلم، 129-132، والبصمة الوراثية، لبديعة علي أحمد، 96-97

3-توثيق كافة خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل النموذج اللازم إلى ظهور النتائج، حرصاً على سلامة هذه النتائج وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

4-أن يجري التحليل في مختبرين معترف بهما على الأقل، وأن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبَرَين اللذَين يقومان بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر.

5-أن تحاط الإجراءات الفنية والنتائج التحليلية بسرِّيَّة تامة سواء التي في المختبرات الفنية أو في الدوائر ذات العلاقة لما يحيط بهذا الموضوع من خصوصية تامة[1].

6-أن يحتفظ كل مختبر بالنماذج و النتائج للرجوع إليها عند الحاجة[2].

---

[1] ينظر: البصمة الوراثية وأثرها في النسب، لبندر بن فهد السويلم، 129-132

[2] ينظر: البصمة الوراثية، لياسين الخطيب، 199

سابعاً: أثر البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنى

اتفق الفقهاء على أن ولد الزنى يلحق بأمه وأن هذه النسبة تثبت بالولادة[1]، واتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي لصاحب الفراش بمجرد الولادة دون استلحاق للولد منه[2].

ودعوى الزاني لنسب ولد الزنى هي مجرد ادعاء لا دليل ولا أمارة عليها، فإثبات النسب بمجرد الدعوى يفتح باب مفسدة، ولا يؤمن معه إلحاق الشخص بمن لا ينسب إليه لأي سبب من الأسباب، فحينئذ يهتز مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل[3].

يقول د. هنية[4]: "إنني أرى إثبات نسب ولد الزنى إذا ثبتت رابطة البنوة، كحقيقة ثابتة بين ولد الزنى والزاني وذلك من خلال استخدام تقنية البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الابن وأبيه"[5] وذلك للأمور الآتية:

1-قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((كان رجل في بني إسرائيل يقال له جريج يصلي، فجاءته أمُّه فدَعَتْه، فأبى أن يجيبها، فقال: أجيبها أو أصلي، ثم أتته فقالت: اللهم لا تُمِتْه حتى تريَه وجوه المومسات، وكان جريج في صومعته، فقالت امرأة: لأفتِنَنَّ جريجاً، فتعرضت له فكلمته فأبى، فأتت راعياً فأمكنته من نفسها فولدت غلاماً فقالت: هو من جريج، فأتوه وكسروا صومعته فأنزلوه وسبّوه، فتوضأ وصلى ثم أتى الغلام، فقال: من أبوك يا غلام؟ قال: الراعي، قالوا: نبني صومعتك من ذهب، قال: لا، إلا من طين))[6].

وجه الاستدلال: أن في هذه القصة ما يؤكد أن الأبوة إذا كانت حقيقة واقعة ولو بطريق الزنى فهي ثابتة، ودليل ذلك: وصف الشرع، فالغلام أنطقه الله بالحق فوصف الراعي أباً له وأقره الله على ذلك بالمعجزة التي أجراها

---

[1] ينظر: تبيين الحقائق للزيلعي، 72/3، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد، 142/4، والأم للشافعي، 139/5، وإعانة الطالبين للدمياطي، 176/2، والمغني لابن قدامة، 354/6

[2] ينظر: المبسوط للسرخسي، 154/17-155، ومواهب الجليل للحطاب، 247/5، و تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، 401/5، والكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة المقدسي، 188/3

[3] ينظر: إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية DNA، لمازن إسماعيل هنية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) فلسطين- غزة- المجلد 17 العدد الأول يناير 2009م، 20-21

[4] مازن إسماعيل مصباح هنية، أستاذ بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، من مواليد عام 1960 في غزة، حصل على الدكتوراه عام 1994م من جامعة أم درمان الإسلامية- السودان، وحصل على الماجستير عام 1992م من الجامعة الأردنية، رئيس لجنة الدراسات العليا بكلية الشريعة، وعميد الدراسات العليا، مستشار رئيس الوزراء الفلسطيني للشريعة الإسلامية، رئيس لجنة المصالحة الوطنية الداخلية، له: إجهاض الجنين بسبب المرض الوراثي، والإعجاز التشريعي في المواريث، والنظر في اختلاف الأصوليين في دلالة العام. [/http://site.iugaza.edu.ps/mhania/cv.]

[5] إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية، لمازن إسماعيل هنية، 20-21

[6] أخرجه البخاري -واللفظ له- عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب المظالم والغصب- باب: إذا هدم حائطاً فليبن مثله، رقم: 2482 ج،137/3، ومسلم، كتاب البر والصلة والآداب- باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها- رقم: 2550 ج،1976/4

على لسانه، ورواية النبي صلى الله عليه وسلم لتلك القصة لأخذ العبرة والموعظة منها، ومن جملة المواعظ: أن الأبوة إذا كانت حقيقة واقعة أقرت ولو كانت بطريق الزنى.

وإذا نطقت البصمة الوراثية بالحقيقة الواقعة وهي رابط الوراثة بين ولد الزنى والزاني، يصح حينئذ الحكم بالأبوة للزاني ونسب الابن إليه.

2-لو كان الزنى ذاته هو السبب في نفي النسب عن الرجل لما صح نسبة الولد إلى الأم لأنها زانية، فيثبت حينئذ أن الزنى ليس سبباً لنفي النسب عن الرجل بل الشك في تخلق ولد الزنى من مائه، هذا الشك غير المتحقق مع الأم بوجود الولادة منها.

وذلك يؤكد أنه متى ثبتت الصلة الحقيقية بين ولد الزنى والزاني كثبوت الولادة من الأم يثبت النسب إليه، ولما كانت البصمة الوراثية سبيلاً إلى إثبات هذه الحقيقة صح حينئذ استعمالها في إثبات نسب ولد الزنى من الزاني.

3-إن أمر النبي صلى الله عليه وسلم لسودة[1] رضي الله عنها بالاحتجاب عمن نسب إلى أبيها زمعة[2]، بالنظر إلى الشبه بين الولد ومن ادعاه بطريق الزنى وهو عتبة بن أبي وقاص[3]، لهو دليل قاطع على اعتبار الوراثة في باب النسب وبناء الأحكام عليها.

لكن لما كان علم الوراثة علماً بسيطاً ودلالته دلالة ضعيفة، لم يرتب الشارع عليه أحكام النسب لما قد يترتب عليه من فساد؛ لأن فلسفة التشريع تمنع بناء الأحكام على الدلائل الضعيفة التي قد تعبث بها الأهواء.

ومع اكتشاف البصمة الوراثية التي تَقطع بوجود صلة الوراثة أو عدمها بين ولد الزنى والزاني، وجب اعتمادها سبيلاً لذلك.

4- إن الواقع لا يرتفع، فإذا أثبتت البصمة الوراثية صلة الوراثة بين ولد الزنى والزاني فإنها تُثبت واقعاً، ولما كان الواقع لا يرتفع وجب حينئذ الإقرار بالواقع وأن نعالجه ونرتب عليه من الأحكام ما يليق به على جهة السداد والصواب.

5-إن حفظ النسل وهو مقصد من مقاصد الشريعة يدعونا للتثبت في موضوع الأنساب، فلا نُلحق شخصاً بغيره على جهة الشك، كذلك فإن حفظ النسل يتحقق بإلحاق الابن بأبيه إذا قامت الدلائل على ذلك.

---

[1] سودة بنت زمعة بن قيس القرشية العامرية، تزوجها السكران بن عمرو أخو سهيل بن عمرو، وتوفي عنها فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكانت أول امرأة تزوجها بعد خديجة، وبنى بسودة بمكة، خشيتْ أن يطلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: لا تطلقني وأمسكني واجعل يومي لعائشة، ففعل، روى عنها ابن عباس، ويحيى بن عبد الرحمن بن أسعد بن زرارة، توفيت في آخر زمان عمر بن الخطاب، ويقال: ماتت سنة 54هـ. [الإصابة، لابن حجر العسقلاني، 8/196-197] والحديث بتمامه ورد ص 302 من هذه الأطروحة.

[2] لم أقف له على ترجمة

[3] عتبة بن أبي وقاص واسم أبي وقاص: مالك، ذكر في الصحابة، عهد إلى سعد أخيه أن ابن وليدة زمعة منه، وعتبة هو الذي شج وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكسر رباعيته يوم أحد، ولم يذكره أحد من المتقدمين في الصحابة، قيل: إنه مات كافراً، وعتبة بن أبي وقاص كان قد أصاب دماً في قريش، فانتقل إلى المدينة قبل الهجرة، فاتخذ بها منزلاً ومالاً ومات في الإسلام، وأوصى إلى سعد بن أبي وقاص. [أسد الغابة في معرفة الصحابة، لابن الأثير، 3/565]

والبصمة الوراثية طريق قطعي للتحقيق من صلة الولادة بين الأب وابنه، فاستعمالها في إثبات نسب ولد الزنى من أبيه يحقق مقصد التشريع في حفظ النسل.

6-إن إثبات النسب حق للابن، وإن من أعظم الآثار المترتبة على الزنى: تضييعَ النسل، إذ إن الزاني تدعوه شهوته لارتكاب جريمته ثم بعد ذلك لا يتحمل أية مسؤولية، ولا يترتب عليه أثر إلا إذا أُثبتت الجريمة وأقيم عليه الحد، وذلك لا يحفظ حق الابن في إثبات نسبه.

وإذا كان ذلك الأمر له ما يبرره في الماضي فلا مبرر له مع اكتشاف البصمة الوراثية، فيجب العمل بها لحفظ حق الابن وتحمل الأب المسؤولية نحو ذلك الابن.

وبذلك نحمي المجتمع من فئة تثقل كاهله ويمكن أن تشكل عليه خطراً، إذا لم يتعامل معها وفق أسس سليمة وقيم شفافة[1].

والراجح أنه لا يجوز إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية، ويناقش حديث جريج بأنه من باب دلالة الإشارة التي لايصح أن تعارض دلالة العبارة لأنه "يجب الاحتياط في الاستدلال بطريق الإشارة وقصره على ما يكون لازماً لمعنى من معاني النص لزوماً لا انفكاك له؛ لأن هذا هو الذي يكون النص دالاً عليه، إذ الدال على الملزوم دال على لازمه، أما تحميل النص معاني بعيدة لا تلازم بينهما وبين معنى فيه بزعم أنها إشارية فهذا شطط في فهم النصوص، وليس هو المراد بدلالة إشارة النص"[2].

جاء في توصية المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة بأنه "لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالاً اكتفاء باللعان، ولا استعمالها في نفي نسب من ثبت نسبه بأي دليل شرعي"[3].

ويحسن الاستعانة بالبصمة الوراثية كدليل داعم لحمل الزوج على العدول عن اللعان إذا ثبت أن المولود على فراشه هو ابنه قد تخلق من مائه لما فيه من دفع مفسدة اللعان وضرره، فإذا أصر الزوج على اللعان فيبقى ذلك حقاً له، أما إذا بينت البصمة الوراثية صحة ما يدعيه الزوج من كون المولود على فراشه ليس ابناً له فذلك دليل يدعم جانب الزوج ويؤكد أحقيته في اللعان[4].

فلا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان لأن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله وترك العمل به إلا بدليل نصي[5].

ولأنه لا فراش للزاني، فالنبي صلى الله عليه وسلم جعل حظ الزاني الحَجَر فقط، وهو إشارة إلى الرجم، أو هو إشارة إلى الغيبة، كما يقال للغيبة الحجر، أي: هو غائب لا حظ له، والمراد هنا: أنه لا حظ للعاهر من النسب،

---

[1] ينظر: إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية، لمازن إسماعيل هنية، 20-21

[2] علم أصول الفقه، للخلاف 148

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 15، السنة 13، بحث البصمة الوراثية للسبيل، ص 58

[4] المصدر والموضع نفسه

[5] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 15، السنة 13، بحث البصمة الوراثية للسبيل، ص 58-59

ونفي النسب من الزاني حق الشرع إما بطريق العقوبة؛ ليكون له زجراً عن الزنى إذا علم أن نسبه يضيع به؛ أو لأن الزانية تناوب عليها أكثر من رجل فربما يحصل فيه نسب الولد إلى غير أبيه، وذلك حرام شرعاً، ويمكن أن يكون نفي النسب عن الزاني لحقّ الولد فإنه يلحقه العار بالنسبة إلى الزاني وفيه إشاعة الفاحشة.

وثبوت النسب من المرأة بالولادة، ولا صنع لها في الولادة ليستوجب العقوبة بقطع النسب عنها؛ ولأن المعنى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق في جانبها فإن انفصال الولد عنها معاين فلهذا ثبت النسب منها[1].

وإن مناسبة ذكر البصمة الوراثية كتطبيق من تطبيقات دلالة الحال: أن تقرير البصمة الوراثية وصف ظاهر ومنضبط يقوم مقام حقيقة النسب –الفراش– الخفي لخفائه وعدم إمكان الاطلاع عليه.

[1] ينظر: المبسوط، للسرخسي، 17/154-155

المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في تحديد عدة الحامل والحائل بالفحص الطبي

أولاً: صورة المسألة: أنه هل تسقط العدة عن المرأة إذا حصلت على تقرير طبي بعد فحصها يثبت أنها ليست حاملاً، على اعتبار أن الحكمة من العدة: التعرف على براءة الرحم؟ كما قال السرخسي[1]: "العدة في الأصل مشروعة لتعرف براءة الرحم"[2].

والجواب عن هذا السؤال يسوقنا للحديث عن الحكمة من العدة، والحقيقة أن هذه الحكمة التي يذكرها الفقهاء ليست مسلَّمة، بل هنالك غايات أخرى من العدة ذكرها الفقهاء.

ثانياً: الحكمة من العدة: ذكر الفقهاء عدة حكم للعدة منها:

ما جاء في العناية أن: "المقصود من العدة العبادة: أي عبادة الكف عن التزوج والخروج"[3].

وجاء في الوسيط: "مقصود العدة العزلة عن الزوج"[4].

و"حينما يشرع لنا الحق تبارك وتعالى العدة، نجد عدة المطلقة غير عدة المتوفى عنها زوجها، وفي هذا الاختلاف حكمة؛ لأن الحق سبحانه يعلم طبيعة النفس البشرية وما يؤثر فيها.

ولو كانت الحكمة من العدة مجرد استبراء الرحم لكفى شهر واحد وحيضة واحدة، إنما الأمر أبعد من ذلك، فعند المرأة اعتبارات أخرى ومازالت تحت تأثير الزواج السابق؛ لأن سيال الحلال فيه التقاء الإيجاب والسلب من الرجل والمرأة، وقد تعودت المرأة على الإيجاب الحلال والسلب الحلال.

فإذا طلقت المرأة فلا يحل لها الزواج قبل انقضاء العدة التي حددها الشرع بثلاثة أشهر، وهي المدة التي يهدأ فيها سيال الحلال في نفسها ويجمد، وبذلك تكون صالحة للالتقاء بزوج آخر.

أما في حالة المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشرة، والحكمة من الفارق بين العدتين أن المطلقة غالباً ما يكون بين الزوجين كره، هذا الكره بينهما يساعد على موت السيال؛ لأنها بطبيعة الحال نافرة عنه غير راغبة فيه.

أما المتوفى عنها زوجها فقد فارقها دون كره، فرغبتها فيه أشد؛ لذلك تحتاج إلى وقت أطول للتخلص من هذا السيال.

والحق سبحانه هنا يراعي طبيعة المرأة ومشاعرها، وعواطف الميل والرغبة في زوجها، ويعلم سبحانه أن هذا الميل وهذه الرغبة تحتاج إلى وقت ليهدِّئ هذه العواطف لدى المرأة، وتستعد نفسياً للالتقاء بزوج آخر؛ لأن لقاء الزوج بزوجته مسألة لا يحدث الانسجام فيها بالتكوين العقلي، بل الانسجام فيها بالتكوين العاطفي الغريزي الذي يعتمد بالدرجة الأولى على توافق الذرات بين الذكر والأنثى.

---

[1] سبقت ترجمته ص 80

[2] المبسوط للسرخسي، 53/6، وينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 197/3

[3] العناية للبابرتي، 326/4

[4] الوسيط للغزالي، 118/6

هذا التوافق هو الذي يولد ذرات موجبة، وذرات سالبة، فيحدث التوافق، ويحدث الحب والعشق الذي يجمعهما ويمتزجان من خلاله"[1].

و"للعدة عدة حكم وفوائد منها ما هو غير مطرد، وهو ظهور براءة الرحم فإنه خاص بالحائل المستعدة للحمل، وقد أوجب الله العدة على غير المستعدة له كالصغيرة واليائسة، ومنها ما هو مطرد كحفظ كرامة الزوج الأول، والتوسعة على المطلِّق في الوقت الذي يمكن أن يؤاخذ فيه نفسه لعله يراجع، وبهذا نعلم شيئاً آخر من مفاسد القاعدة، وهو تحكم الأهواء في اختراع الحِكم التي تراعى ويحافظ عليها في الأحكام التي أوجبها كتاب الله، فإذا أخطأ الناس في معرفة الحكمة نكون قد تركنا حكم ربنا لوهم جهلي تراءى لهم ﴿بِئْسَ لِلظَّالِمِينَ بَدَلاً﴾ [الكهف: 50].

وأهواؤهم هذه ليس لها أساس ثابت من الحق ولا من الفضيلة، وما يسمونه المصلحة تابع للهوى أيضاً، فإن أصل التشريع الأعظم عندهم أن تكون الأحكام موافقةً لعادات الأمة وأحوالها التي تختلف باختلاف الزمان والمكان"[2].

فيمكن أن تكون حكمة العدة: إما التعرف على براءة الرحم، أو التعبد، أو التفجع على الزوج، أو إعطاء الفرصة الكافية للزوج بعد الطلاق ليعود لزوجته المطلقة، ففي الطلاق البائن، والتفريق لفساد الزواج أو الوطء بشبهة يقصد من العدة استبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل، منعاً من اختلاط الأنساب، وصون النسب... ومن المقاصد أيضاً: إظهار الأسف على نعمة الزواج، وصون سمعة المرأة وكرامتها حتى لا تكون محلاً للتحدث عنها بخروجها من البيت غادية رائحة بمجرد الفراق، وإن أمكن معرفة براءة الرحم بمجرد الحيضة الأولى.

وفي الطلاق الرجعي: يقصد بالعدة تمكين الرجل من العود إلى مطلقته خلال العدة، بعد زوال عاصفة الغضب، وهدوء النفس، والتفكير بمتاعب ومخاطر ووحشات الفراق، وذلك حرصاً من الإسلام على إبقاء الرابطة الزوجية، وتنويهاً بتعظيم شأن الزواج، فكما أنه لا ينعقد إلا بالشهود، لا ينحل إلا بانتظار طويل الأمد.

وفي فرقة الوفاة: يراد من العدة تذكُّر نعمةِ الزواج، ورعاية حق الزوج وأقاربه، وإظهار التأثر لفقده، وإبداء وفاء الزوجة لزوجها، وصون سمعتها وحفظ كرامتها، حتى لا يتحدث الناس بأمرها، ونقد تهاونها، والتحدث عن خروجها وزينتها، خصوصاً من أقارب زوجها[3].

قال الشافعية: المقصود الأعظم من العدة حفظ حق الزوج دون معرفة البراءة، ولهذا اعتبرت عدة الوفاة بالأشهر، ووجبت العدة على المتوفى عنها زوجها التي لم يدخل بها تعبداً، مراعاة لحق الزوج[4].

وهذه المعاني تنطبق على المرأة، حتى ولو كانت كبيرة السن لا ترجو زواجاً آخر، بالإضافة لتحقيق معنى التعبد في العدة[1].

---

[1] ينظر: تفسير الشعراوي (الخواطر)، لمحمد متولي الشعراوي، ت: 1418هـ، مطابع أخبار اليوم، د.ت، 8504/14-8505

[2] مجلة المنار، لمحمد رشيد بن علي رضا، جمادى الآخرة- 1337هـ- مارس- 1919م، مجلد، 73/21

[3] ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 592/9

[4] ينظر: مغني المحتاج للشربيني، 95/5

والعدة عند الحنابلة أربعة أقسام: 1-معنى محض وهي عدة الحامل ، 2-وتعبد محض وهي عدة المتوفى عنها زوجها التي لم يدخل بها، 3-وما اجتمع فيها الأمران والمعنى أغلب، وهي عدة الموطوءة التي يمكن حبلها ممن يولد لمثله سواء كانت ذات أقراء أو أشهر، فإن معنى براءة الرحم أغلب من التعبد بالعدد المعتبر لغلبة ظن البراءة 4-وما اجتمع فيها الأمران والتعبد أغلب، كما في عدة الوفاة للمدخول بها التي يمكن حملها وتمضي أقراؤها في أثناء الشهور، فإن العدد الخاص أغلب من براءة الرحم بمضي تلك الأقراء[2].

ثالثاً: حكم قيام الفحص الطبي المثبت لبراءة الرحم مقام العدة

لا يجوز الاكتفاء بالكشف الطبي الدال على براءة الرحم من الحمل، وقد سئل علماء اللجنة الدائمة للإفتاء: ما رأيكم في الاستبراء عن طريق الكشف الطبي بالوسائل الحديثة؟

فأجابوا: بأن "الله تعالى هو الذي شرع الشرائع في العبادات والأنكحة والمعاملات، وله سبحانه كمال العلم بما كان وما سيكون، ولم يشرع الاستبراء بطريق الكشف الطبي بالآلات الحديثة ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم، 64]، فلا يجزئ الاستبراء بذلك بدلاً من الاستبراء أو الاعتداد بما عرف شرعاً بالقرآن والسنة وشرحته كتب الفقه الإسلامي. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم"[3].

ومن المقرر شرعاً أنه "لا يجوز الخروج عن الحكم الشرعي استناداً للحكمة المستنبطة، فليس لقائل أن يقول: إذا كانت الحكمة من العدة هي التأكد من وجود الحمل أو عدمه، فإن الطب الحديث يمكنه معرفة ذلك في بداية الحمل فلا حاجة لاعتداد المرأة هذه المدة، ليس له ذلك؛ لأن الحكمة المذكورة أمر أخذه العلماء بالاستنباط والاجتهاد، وقد يكون خطأ، أو يكون جزءاً من الحكمة لا تمامها، فلا يجوز ترك الأمر المقطوع به، المجمع عليه، لحكمة مستنبطة يعتريها الخطأ.

فقد يطرح سؤال أنه ما الحكمة في كون عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً؟ والجواب: أن مثل هذا ليس علينا أن نبحث عنه، وإنما نبحث عما يشير الكتاب إلى حكمته إشارة ما، وإن ما يحصل من فراق الزوج من الحزن والكآبة عظيم يمتد إلى أكثر من مدة ثلاثة قروء أو ستين يوماً، فبراءة الرحم إن كانت تعرف بهذه المدة، فلا تكون معرفة براءته من الحمل مانعاً من الزواج، فبراءة النفس من كآبة الحزن تحتاج إلى مدة أكثر منها، والتعجل بالزواج مما يسيء أهل الزوج، ويفضي إلى الخوض في المرأة بالنسبة إلى ما ينبغي أن تكون عليه من عدم التهافت على الزواج، وما

---

[1] ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 592/9

[2] ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، 411/5

[3] فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء الإدارة العامة للطبع- الرياض، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز... الشيخ عبد الرزاق عفيفي... الشيخ عبد الله بن غديان، 487/20

يليق بها من الوفاء للزوج والحزن عليه، والحكمة في تحديد عدة الوفاة بهذا القدر أنه هو الزمن الذي يتم فيه تكوين الجنين ونفخ الروح فيه، ولا بد من مراجعة الأطباء في هذا القول قبل تسليمه"[1].

وإن التفاعلات الحيوية المخبرية لكشف الحمل، المستحدثة في هذا القرن تثبت وجوده بعد مرور عشرين يوماً من تناميه فإذا أجريت هذه التفاعلات بعد 20 يوماً من الفراق عن طلاق أو موت ونفت الحمل، فهل تبقى العدة في مدتها كما نص القرآن الكريم؟

والجواب على هذا السؤال من وجوه ثلاثة:

الوجه الأول: إن الشارع الحكيم عندما وضع أحكامه جعلها بشكل يحقق مصالح الناس بصورة عامة في كل العصور، فهي ملائمة لإنسان المدينة وإنسان الريف وإنسان البادية، وموافقة لأبناء البلاد النامية وأبناء البلاد المتقدمة، وممكنة التطبيق في كل المستويات الحضارية ومع ما يجد من علوم ومعارف.

وإن الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالتها والتي لا ترتبط دلالتها بِعُرف ولا بخبرة ولم يعللها الشارع بعلة محددة، ليس لنا خيار فيما قضى الله ورسوله في تنفيذها حرفياً، عرفنا الحكمة أو جهلناها، بل تُسلَّم للعليم بما قدره وقضاه.

لقد بُدِئ باكتشاف التفاعلات الحيوية المجراة ببول المرأة لتشخيص حملها اعتباراً من سنة 1927 أي بعد ثلاثة عشر قرناً من عهد الوحي والنبوة الخاتمة، فهل نجعل العدة في هذا القرن مختلفة عند النساء بحسب الظروف المختلفة والتي يسهل فيها اللجوء إلى تلك التفاعلات على فريق من أبناء المجتمعات الإسلامية دون فريق؟

الوجه الثاني: هناك ظروف تجعل اختبار الحمل الحيوي غير دقيق أي غير قطعي في دلالته، فمثلاً إذا مات الحمل وبقي منحسباً مع ملحقاته في جوف الرحم، فإن نتيجة التفاعلات تختلف بحسب حالة المشيمة إذ لا تموت المشيمة فور موت الجنين بل بعده بمدة قصيرة أو طويلة؛ ولهذا فإن التفاعلات تبقى إيجابية ما بقيت المشيمة ملتصقة بأحد جدر الرحم ونشيطة، أما إذا ماتت المشيمة أيضاً فإن التفاعلات تكون سلبية، أي: تنفي وجود الحمل فهذه النتيجة السلبية النافية للحمل لدى إجرائها بعد الطلاق أو موت الزوج، لا تعني نفي الحمل الميت نفياً قطعياً، وإن تأخر إسقاطه أو وضعه قليلاً أو كثيراً، فلا يجوز التسرع، نتيجة لتلك التفاعلات السلبية، في نفي الحمل وإنهاء العدة.

الوجه الثالث: هو في حكمة العدة اجتماعياً عبر فتح المجال في حادثة الطلاق للعودة إلى بناء الأسرة المتهدمة، وتقدير للحياة الزوجية السابقة؛ لأن العدة جزء من الحزن والحداد عليها[2].

وفي تصريح لوكالة أنباء الشرق الأوسط اليوم الأحد 2011/6/27م، صرح به د. جمال إبراهيم أستاذ علم التسمم بجامعة كاليفورنيا ومدير معامل أبحاث الحياة بالولايات المتحدة الأميركية، وقال: إن دراسة بحثية للجهاز المناعي للمرأة كشفت عن وجود خلايا مناعية متخصصة لها «ذاكرة وراثية» تتعرف على الأجسام التي تدخل جسم المرأة وتحافظ على صفاتها الوراثية، لافتاً إلى أن تلك الخلايا تعيش لمدة 120 يوماً في الجهاز التناسلي للمرأة.

---

[1] تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، لمحمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين القلموني الحسيني، ت: 1354هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام 1990م، 2/332-333

[2] مقالات الدكتور محمود ناظم النسيمي، www.55a.net

وقد أكدت أحدث الدراسات والأبحاث العلمية التي أجراها فريق بحثي أميركي حكمة الإعجاز العلمي في القرآن الكريم وأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بتحديد فترة العدة للمرأة «120 يوماً».

وأضاف أن الدراسة أكدت كذلك أنه إذا تغيرت أي أجسام دخيلة للمرأة مثل السائل المنوي قبل هذه المدة يحدث خلل في جهازها المناعي ويتسبب في تعرضها للأورام السرطانية، موضحاً أن هذا يفسر علمياً زيادة نسبة الإصابة بأورام الرحم والثدي للسيدات متعددة العلاقات الجنسية، وبالتالي حكمة الشريعة في تحريم تعدد الأزواج للمرأة.

وكشف أن الدراسة أثبتت أيضاً أن تلك الخلايا المتخصصة تحتفظ بالمادة الوراثية للجسم الدخيل الأول لمدة 120 يوماً وبالتالي، إذا حدثت علاقة زواج قبل هذه الفترة ونتج عنها حدوث حمل فإن الجنين يحمل جزءاً من الصفات الوراثية للجسم الدخيل الأول والجسم الدخيل الثاني[1].

والخلاصة أن التقرير الطبي الذي يثبت خلو المرأة من الحمل لا يقوم مقام العدة؛ لأن العدة فيها جانب تعبدي تثاب المرأة عليه.

---

[1] ينظر: http://kol-jadid.blogspot.com/2013_06_01_archive.html وينظر أيضاً: http://islam.ahram.org.eg/NewsQ/4887.aspx

المطلب الخامس: أكثر مدة الحمل في الطب والقانون

"الحَمل: ما كان في بطن أو على رأس شجرةٍ، والحِمْل -بالكسر- ما كان على ظهر أو رأس، يقال: امرأة حامل وحاملة، إذا كانت حُبْلى، فإذا حملت شيئاً على ظهرها أو على رأسها فهي حاملة لا غير"[1].

و"كل متصل فهو حَمل -بالفتح- وكل منفصل فهو حِمل -بالكسر-"[2].

أولاً: أكثر مدة الحمل عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في أقصى مدة للحمل وفق الآتي:

1- قال أبو حنيفة[3]: أكثر مدته سنتان[4].

استدلالاً بحديث عائشة[5] رضي الله عنها أنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عود المغزل"[6].

وجه الاستدلال: أن الظاهر أنها قالت ذلك سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزافاً وتخميناً[7].

2-وعن المالكية عدة روايات: أصحها أنها خمس سنين وروي أيضاً أربع سنين، وروي ست سنين وروي سبع سنين[8].

قال ابن رشد[9]: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة"[10].

3-وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن أكثر مدته أربع سنين[11].

استدل الشافعية: بأن كل ما يحتاج إلى حد وتقدير إذا لم يقدره الشرع ولا اللغة فيكون مقداره بالعرف والوجود، كالحيض والنفاس وقد وجد مراراً حمل وضع لأربع سنين ويروون وقائع عن نساء حملن لهذه المدة[12].

واستدل الحنابلة أ- بأن ما لا نص فيه يرجع إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، كما قيل عن نساء بني عجلان بأنهن يحملن أربع سنين.

---

(1) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري، مادة حمل، 4/1676-1677

(2) الكليات، لأبي البقاء الكفوي، 360

(3) سبقت ترجمته ص 40

(4) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، 211/3

(5) سبقت ترجمته ص64

(6) سبق تخريجه ص 97

(7) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 211/3

(8) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، للقرطبي، 620/2

(9) سبقت ترجمته ص 78

(10) بداية المجتهد، لابن رشد، 358/2

(11) ينظر: الحاوي للماوردي، 11/205-206، والشرح الكبير لابن قدامة، 134/7

(12) ينظر: الحاوي للماوردي، 11/205-206

ب- وبأن عمر رضي الله عنه[1] ضرب لامرأة المفقود أربع سنين، ولم يكن ذلك إلا أنه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنه[2]، وعلى هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون، من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل، فإن الولد يلحق بالزوج وتنقضي عدتها بذلك[3].

الترجيح: من خلال استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم يتبين أنه لا نص صحيحاً أو حسناً يحتج به في هذه القضية، لذلك فإن الراجح قول ابن رشد[4] الذي لم يحدد فترة معينة لأكثر الحمل لكنه تركها للعرف والعادة، ويمكن في عصرنا مع تطور الطب أن تحدَّد أكثر مدة الحمل.

وبما أنه لا توجد نصوص تبين أكثر مدة الحمل فقد رجع الفقهاء إلى استقراء الواقع، فوجدوا وقائع ادعت فيها النساء مكث الحمل في بطنها لسنوات وهي غير متهمة في دينها أو صدقها، والتشكيك يكون في دقة قراءة مثل هذه الوقائع، فالمرأة اعتادت أن تربط بين انقطاع حيضها وحملها فإذا أرادت حساب مدة الحمل فإنها تحسب المدة ما بين انقطاع الحيض والولادة، وتكون هذه المدة مدة حمل من وجهة نظرها، وهذا يقع فيه خطأ لا محالة فكثيراً ما ينقطع الحيض لغير الحمل وتحمل المرأة أثناء انقطاع حيضها، فإذا حدث الحمل أثناء انقطاع الحيض فتظن الحامل أن مدة حملها بدأت من وقت انقطاع حيضها، وهذا غير صحيح فتقع في خطأ في التقدير حينئذ، وعليه فإن العلماء يُعذَرون إذا أخذوا بهذه الروايات في ذلك الزمان حيث لا سبيل لهم سوى ذلك، لكن بعد تكشف الحقائق العلمية لا عذر لمن قال: إن أكثر مدة الحمل أربع أو خمس سنوات[5].

ثانياً: مدة الحمل في قانون الأحوال الشخصية:

جاء في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته: "أخذ القانون في مصر (م 43/2) خلافاً للقانون السوري

(م 128) برأي ابن تيمية[6] وقول عند الحنابلة: وهو أن أقل مدة الحمل تسعة أشهر، اتباعاً للأعم الأغلب، فإن غالب النساء يضعن حملهن في تسعة أشهر.

---

[1] سبقت ترجمته ص 23

[2] سبقت ترجمة سيدنا عثمان ص 54 وسيدنا علي ص 88

[3] ينظر: المغني لابن قدامة، 98/8

[4] سبقت ترجمته ص 78

[5] مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد الأول، كانون الثاني (يناير) 2005م، بحث بعنوان: دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، لمازن إسماعيل هنية، ص 73

[6] ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس تقي الدين ابن تيمية، شيخ الإسلام، ولد في حران سنة 661 هـ، تحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر، تعصب عليه جماعة من أهل مصر فسجن مدة، ونقل إلى الإسكندرية ثم

وبناء عليه، تعلم حياة الحمل في القانون بالتفصيل الآتي:

أ- إن كان الحمل ولداً للمتوفى نفسه: بأن ترك زوجته حاملاً منه، أو معتدة منه، فيثبت نسب الحمل من الميت وإرثه منه إن وضعته لأكثر مدة الحمل فأقل وهي (365) يوماً، فإن ولدته لأكثر من سنة فلا يرث منه، إذ يكون علوقه حينئذ بعد الوفاة، فلا نسب ولا ميراث.

ب- وإن كان الحمل من غير المتوفى: بأن ترك امرأة أبيه أو جده أو نحوهما من ورثته حاملاً، فيرث منه إن ولدته أمه لأقل مدة الحمل بعد موت المورث وهي تسعة أشهر (270 يوماً).

وسبب التفرقة بين الحالتين: أننا نريد في الحالة الأولى إثبات حملها منه، ثم توريثه بعدئذ، فأخذنا بأقصى مدة الحمل.

أما في الحالة الثانية (الحامل من غير المتوفى) فإنا لا نريد إثبات نسب الحمل من أمه، فذلك له قواعده العامة، ولكنا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث، وهو متأكد خلال تسعة أشهر من وفاة المورث، وما زاد عليه فأمر مشكوك فيه، والإرث لا يثبت بالشك"[1].

لكنني لم أقف فيما اطلعت عليه من كتب الحنابلة على توثيق للرأي المنسوب للحنابلة أو لابن تيمية يحدد أقل مدة الحمل بتسعة أشهر، فقد قال ابن تيمية: "إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر من حين دخل بها ولو بلحظة لحقه الولد باتفاق الأئمة"[2].

"وقد رئي في القوانين المعمول بها الاعتماد على رأي الأطباء، فاعتبر أقصى مدة الحمل سنة شمسية (365 يوماً)، ليشمل كل الحالات النادرة"[3].

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 128 على أن:

أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية.

المادة 299

يوقف للحمل من تركة المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى.

ونصت المادة 300 على أنه:

إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً ثابت النسب منه بالشروط المبينة لثبوت النسب في هذا القانون.

والمادة 301 على أنه:

أطلق فسافر إلى دمشق سنة 712 هـ، واعتقل بها سنة 720 وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلاً بقلعة دمشق، فخرجت دمشق كلها في جنازته، وكانت وفاته سنة 728 هـ. [ينظر: البدر الطالع للشوكاني، 46/1، والأعلام للزركلي، 144/1-145]

[1] الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 411/8-412 تجدر الإشارة إلى أن القانون اعتمد السنة الشمسية بينما يتحدث الفقهاء عن الهجرية.

[2] مجموع الفتاوى، لابن تيمية، 10/34

[3] الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 6/10

1- إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه بعد ولادته يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة.

2- إذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رُدَّ الزائد على من يستحقه من الورثة.

ثالثاً: رأي الطب في أكثر مدة الحمل:

المرجع في معرفة عادة النساء في أقل مدة للحمل يعيش الجنين إذا ولد بعدها هم الأطباء، و أقل مدة للحمل عندهم هي ستة أشهر -كما سيأتي- فبهذا تتفق أقوال الفقهاء والأطباء في أقل مدة الحمل، والجنين الذي يولد في الشهر السادس كان في الماضي نادراً ما يعيش؛ لعدم توفر الرعاية الطبية التي تلائمه[1].

ومن نعم الله التي يسرها في هذا العصر الإمكانيات العلمية الهائلة التي كان يفقدها الأطباء سابقاً، فقد قرر الطب الحديث أن مدة الحمل الطبيعية هي مئتان وثمانون يوماً، تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة، وبما أن الحمل يحدث عادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريباً فإن مدة الحمل هي 280-14=266 يوماً تقريباً، وإذا كانت العادة الشهرية غير منتظمة فإن بعض الأمهات يتحدثن عن فترات حمل طويلة، وفي الأحوال العادية قد يتأخر الحمل أو يتقدم لمدة أسبوعين عن المدة المحسوبة وهذا شيء عادي حتى لو جاء التأخير لمدة شهر، وهذا الأطول في الظروف الطبيعية ولذلك فإن الجنين لا يزيد تأخيره عن مدة شهر في بطن أمه وإلا لمات، ويعد الأطباء ما زاد عن ذلك ناتجاً عن خطأ في الحساب، ويذكر د. محمد علي البار[2] معلقاً على أقوال الفقهاء الذين يتحدثون عن أطول مدة للحمل بثلاث أو أربع سنين بأنها كلها لا سند لها من الصحة، وبالفحص الدقيق يتبين أن هؤلاء النساء لسن حوامل بل كان ذلك ما يعرف بالحمل الكاذب، ويعرفه بأنه: حالة تصيب النساء اللواتي يبحثن عن الإنجاب دون أن ينجبن فينتفخ البطن بالغازات وتتوقف العادة الشهرية، وتعتقد المرأة اعتقاداً جازماً بأنها حامل رغم تأكيد جميع الفحوصات الطبية والمخبرية بأنها غير حامل، وقد يحدث لإحدى هؤلاء الواهمات بالحمل الكاذب أن تحمل فعلاً فتضع طفلاً طبيعياً في فترة حمله ولكنها نتيجة وهمها وإيهامها من حولها من قبل تتصور أنها قد حملته لمدة ثلاث أو أربع سنين، ويؤكد الدكتور البار أن هذا الحمل الطويل مستحيل الحدوث وأنه نتيجة الوهم أو من اختراع القُصَّاص وأساطيرهم[3].

---

(1) [http://www.qudspress.com/data/aspx/d29/10249.aspx] صفحة: 12 شباط 2005م، مقال بعنوان: تطوير جهاز جديد ينقذ حياة الأطفال الخدج.

(2) الدكتور محمد علي البار، من مواليد 29 كانون الأول 1939م، استشاري أمراض باطنية مستشار قسم الطب الإسلامي، مركز الملك فهد، مركز الملك فهد للبحوث الطبية وجامعة الملك عبد العزيز بجدة. [www.khayma.com/maalbar / /ar.wikipedia.org/wiki]

(3) ينظر: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، لعمر بن محمد بن إبراهيم غانم، دار الأندلس الخضراء، السعودية- جدة، ودار ابن حزم، بيروت- ط1، عام 1421هـ- 2001م، 73-75، ناقلاً عن كتاب خلق الإنسان بين الطب والقرآن، لمحمد علي البار، الدار السعودية، جدة، ط5، عام 1984م 452-453

ويكاد يكون هذا الرأي الأصوب من بين الآراء؛ لأن اجتهادات الفقهاء السابقين لا تستند إلى دليل من القرآن الكريم أو من السنة بل هي عبارة عن محض اجتهاد، ويمكن القطع بحقيقة ما ذهب إليه الأطباء في زماننا – والله أعلم–

وإن تقدير أقل أو أكثر مدة الحمل ليس مقصوداً لذاته بل إن المقصود هو التثبت من وجود الحمل في رحم الأم لحظة وفاة المورث.

و"إن الواجب إذا ادعت المرأة الحمل في قضية ميراث أن تتقدم إلى جهة طبية مسؤولة لتتثبت من دعواها ويحدد لها مدة زمنية تتقدم من خلالها لإثبات حملها فلا تتأخر عنها، وأقترح أن تكون هذه المدة ثلاثة أسابيع من تاريخ وفاة المورث والسبب في ذلك أن المرأة يبدأ الظن بحملها بعد وقوع الحمل بأسبوعين وهي الفترة ما بين وقت الإخصاب وموعد الحيض ونضيف الأسبوع الثالث لتتمكن المرأة من التثبت من حملها.

وإذا لم تتقدم الحامل لإثبات حملها لأي سبب من الأسباب فتلزم بأقل مدة الحمل إن كانت تحت رجل يجامعها، وإن لم تكن تحت رجل يجامعها فتعطى أربعين أسبوعاً وهي المدة التي قررها العلم تضاف إليها إمكانية تأخر الحمل لمدة لا تبلغ الشهر الواحد.

وإن كانت المرأة تحت رجل يجامعها فيمكن متابعة حملها حذراً من سقوطه ونشوء حمل جديد بل إن الدوائر الطبية في زماننا هذا تهتم بمتابعة الحمل في جميع مراحله فيمكن للقضاء ملاحظة هذا الأمر ومتابعته رعاية للحقوق وحفظاً لها"[1].

[1] مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد الأول، كانون الثاني (يناير) 2005م، بحث بعنوان: دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، لمازن إسماعيل هنية، ص74

المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة في الإرث والوصية

المطلب الأول: أثر دلالة الحال في تحديد ميراث الخنثى والحمل بناء على تحديد جنسه طبياً

"الخنثى: هو الذي ليس بذكر ولا أنثى"[1]، أو "الذي له ما للذكر وما للأنثى"[2].

ومن الناحية الشرعية يجوز إجراء عمليات تصحيح الجنس: وهي الجراحة التي يقصد بها معالجة الخنثى الكاذبة من الخلل الذي أصاب هويته الجنسية أو خصائصه ومظاهره الجنسية الجسدية، ولا خلاف بين العلماء المعاصرين في جواز إجراء مثل هذا النوع من العمليات إذا وجدت ضرورة تستدعي هذا التدخل الجراحي[3].

وقد جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي رقم (6) الدورة الحادية عشرة المنعقدة بمكة لعام 1409هـ- 1989م ما يلي: "من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلب عليه الذكورة جاز علاجه طبياً بما يزيل الاشتباه في أنوثته سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات؛ لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييراً لخلق الله عز وجل"[4].

وذلك لأن بقاء الشخص على حالته بعدم إظهار أعضاء الذكورة أو الأنوثة، يترتب عليه ضرر جسيم يلحق به والضرر يزال[5].

وصورة المسألة أنه بعد تحديد جنس الخنثى وتقديم التقارير الطبية التي تحدد جنس المولود، هل يجوز توريث الخنثى حصة الذكر أو حصة الأنثى طبقاً لما ثبت في تقرير الأطباء؟

-وفيما أعلم- فإنه لا مانع شرعاً من الحكم بذكورة الخنثى أو الحكم بأنوثته بناء على التقرير الطبي الموثق، الصادر من لجنة طبية مختصة تابعة لجهة حكومية، راعت شروط الدقة والموضوعية والنزاهة في تقريرها، وبعد هذا التقرير لا يعامل معاملة الخنثى في توريثه، بل إما أن يأخذ حصة الذكر أو حصة الأنثى حسب الحالة.

---

[1] كتاب العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، 248/4

[2] طلبة الطلبة، لأبي حفص، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، نجم الدين النسفي، ت: 537هـ، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، عام: 1311هـ، 171

[3] ينظر: قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية، لعايد عبد الله الشهراني، 1428هـ، د.ط، 16

[4] قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات: من الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات: من الأول إلى الثاني بعد المئة، عام 1398-1424هـ- 1977- 2004م، ص 262

[5] ينظر: قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية، للشهراني، 16

المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في ميراث المفقود في الفتن

المفقود هو الرجل الذي يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه، ولا يأسره العدو، ولا يستبين موته ولا قتله، فلا يقضي القاضي في شيء من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل[1].

والفتنة: الابتلاء والامتحان والاختبار[2] "والفتنة: العذاب والبلاء، وما يقع بين الناس من الحروب"[3].

والمقصود هنا: القتال الذي يكون بين المسلمين بعضهم مع بعض.

واختلفت تقسيمات الفقهاء للمفقود حسب الآتي:

أولاً: ذهب الحنفية إلى أنه لا يفرق بين المفقود وامرأته واستدلوا بالأدلة الآتية:

1-بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر))[4].

2-وبأن علياً[5] رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"[6].

3-"ولأن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك"[7].

وأما حكم ماله: فهو أنه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته، وتبين امرأته ويصير ماله ميراثاً لورثته الأحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك، ولم يقدّروا لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديراً.

وروى الحسن[1] عن أبي حنيفة[2] أنه قدرها بمئة وعشرين سنة من وقت ولادته، وقد فُقد رجل بصفِّين أو بالجمل، ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبي حنيفة فقسم بينهم، وقيل: كانت وفاة سيدنا علي[3] رضي الله عنه في سنة أربعين، ووفاة أبي حنيفة رضي الله عنه سنة مئة وخمسين.

---

[1] ينظر: المبسوط، للسرخسي، 38/11

[2] ينظر: تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، ت: 370هـ، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط1، عام 2001م، 211/14، والصحاح تاج اللغة للجوهري، 2175/6

[3] المحيط في اللغة، لأبي القاسم إسماعيل بن عباد بن العباس الطالقاني، المشهور بالصاحب بن عباد، د.ط، 377/2

[4] أخرجه الدارقطني في سننه -واللفظ له- عن المغيرة بن شعبة، كتاب النكاح- باب المهر، رقم: 3849، ج483/4، وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب النكاح- في امرأة المفقود، من قال: ليس لها أن تزوج، رقم: 16715، ج، 521/3، والبيهقي في السنن الصغرى، كتاب الإيلاء- باب امرأة المفقود، رقم: 2834، ج170/3، "وهو حديث ضعيف" [نصب الراية للزيلعي، 473/3].

[5] سبقت ترجمته ص 88

[6] أخرجه عبد الرزاق في مصنفه -واللفظ له- كتاب الطلاق- باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: 12330، ج، 90/7، والبيهقي في السنن الصغير، كتاب الإيلاء- باب امرأة المفقود، رقم: 2830، ج169/3، "وقال البيهقي: هو عن علي مشهور وروي عنه من وجه ضعيف ما يخالفه وهو منقطع" [التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني، 503/3].

[7] الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني، 424/2

وروي عن محمد[4] أنه قدرها بمئة سنة فإذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته، وتثبت جميع الأحكام المتعلقة بالمدة كما إذا قامت البينة على موته[5].

ثانياً: وذكر المالكية للمفقود أربعة أنواع: 1-مفقود في بلاد المسلمين 2-مفقود في بلاد العدو 3-مفقود في قتال المسلمين مع الكفار 4-مفقود في قتال المسلمين في الفتن[6].

والذي يعنينا هنا هو النوع الرابع: وهو المفقود في فتن المسلمين وأرضهم يفقد في معترك الفتنة، وينعي إلى زوجته بهذا يجتهد فيه الإمام وينتظر مدة يسيرة بقدر ما يهرب أو ينهزم، ويجتهد القاضي في ذلك فيما يغلب على ظنه مما يؤديه إليه البحث عن أخباره، فإذا غلب على ظنه أنه مات يأذن لامرأته في التزوج بعد أن تعتد، ويقسم ماله، فإن كانت المعركة في الفتنة على بعد من بلاد المفقود في أرض الإسلام وفتنتهم، فتكون فترة الانتظار في ذلك لامرأته وسائر ورثته في ماله سنة أو نحوها[7].

وتعتد امرأة المفقود في المعركة بين المسلمين بعد انفصال الصفين، فمن فقد بسبب قتال في الفتن بين المسلمين، إذا شهدت البينة العادلة أنه حضر المعركة، فإن زوجته تعتد من حين انتهاء القتال، ويحمل أمر مَن فُقد في ذلك القتال على الموت، أما لو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط، فتكون زوجته كالمفقود في بلاد المسلمين، وقيل: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم، ويورث ماله حين الشروع في العدة[8].

وقالوا: إن لزوجة المفقود في بلاد الإسلام أن ترفع أمرها إلى القاضي ليكشف عن أمر زوجها، ولها أن لا ترفع وترضى بإقامتها في عصمته حتى يتضح أمره، وإذا رفعت أمرها للقاضي فإنه يكلفها أن تثبت الزوجية، وأن زوجها غائب، وأنها باقية في عصمته إلى غيبته، ثم بعد ذلك يسأل القاضي من معارف زوجها ومن جيرانه ومكان عمله، ثم يرسل إلى البلد الذي يظن أنه خرج إليه، ويكتب في الكتاب وصف زوجها وعمله واسمه واسم أبيه، فإذا عاد إليه

---

(1) الحسن بن زياد: العلامة فقيه العراق أبو علي الأنصاري الكوفي اللؤلؤي صاحب أبي حنيفة، نزل بغداد وصنف وتصدر للفقه، كان أحد الأذكياء البارعين في الرأي ولي القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه، قال محمد بن سماعة: سمعته يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقيه، وكان يكسو مماليكه كما يكسو نفسه، مات سنة 204هـ. [سير أعلام النبلاء للذهبي، 9/543-545، وتاج التراجم في طبقات الحنفية، لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني الجمالي الحنفي، ت: 879هـ، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1، عام 1413هـ- 1992م، 1/150]

(2) سبقت ترجمته ص 40

(3) سبقت ترجمته ص 88

(4) سبقت ترجمته ص 89

(5) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 6/197

(6) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، 144

(7) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، للقرطبي، 2/569

(8) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، 4/154

الخبر بعد معرفة موضعه ضرب لها الأجل وهو **أربعة أعوام**، وهذه المدة من قبيل التعبد لفعل عمر رضي الله عنه[1] وإجماع الصحابة عليه؛ لأنها أقصى مدة الحمل، وهذا التأجيل المذكور إنما يكون مع استمرار النفقة، بأن يكون للمفقود مال ينفق منه على امرأته في هذه المدة، وأما إن لم يكن له مال فتطلق عليه امرأته مباشرة كالمعسر، وكذلك لو كان له مال لا يكفي هذه المدة، فإنها تطلق عليه قبل الأجل بعد فراغ ماله.

ثم تعتد كالوفاة أي بعد أن يكشف القاضي عن أمره، ولم يُعرَف خبره ولا موضعه فإن زوجته تعتد حينئذ كعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ولا نفقة لها فيها؛ لأنه متوفى عنها بخلاف الأجل وتسقط النفقة بسبب اعتدادها[2].

جاء في القوانين الفقهية: "وأما المفقود في الفتن ففيه قولان: أحدهما: أنه يحكم له بحكم المقتول فتعتد امرأته ويقسم ماله... والقول الثاني: أنه يضرب له أجل سنة ثم تعتد امرأته ويقسم ماله"[3].

ثالثاً: وقال الشافعية في امرأة الغائب: لا تعتد ولا تتزوج أبداً حتى يأتيها يقين وفاته وترثه، ولا يجوز أن تعتد من وفاته.

ولغيبة الرجل عن زوجته عندهم حالتان:

الأولى: أن يكون على تواصل مع أهله يعلمون أخباره، وحياتُه معلومة فليس لزوجته أن تتزوج غيره بالاتفاق.

والثانية: أن يكون منقطع الأخبار مجهول الحياة، فحكمه على اختلاف أحواله في سفره واحد، سواء أتحطمت سفينته، أو فقد بين صفي حرب فهو مفقود وماله موقوف عليه يتصرف فيه وكيله ويمنع منه ورثته، أما زوجته إذا طالت غيبته وخفي خبره ففيها قولان:

أحدهما: أنها تتربص أربع سنين بحكم القاضي ثم يحكم بموته في حقها خاصة، ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، فإذا انقضت فقد حلت للأزواج؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231] وفي حبسها عليه في هذه الحال إضرار وعدوان، لحديث عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه.

والقول الثاني: أن الزوجية تبقى مستمرة إلى قدوم الزوج، وإن طالت غيبته ما لم يأتها يقين موته وهو القول الجديد؛ لأن من جهل موته لا يحكم بوفاته كمن غاب أقل من أربع سنين؛ ولأنه لما جرى عليه حكم الوفاة في ماله مع الجهل بحياته فيجري عليه حكم الحياة في زوجاته أيضاً[4].

فإذا قيل بالقول الأول أنها تتربص بنفسها أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة، وإنما قدرت مدة التربص بأربع سنين؛ لأنها مدة أكثر الحمل الذي يتحقق فيه براءة الرحم، وتلزم عدة الوفاة لأمرين:

الأول: أن الأغلب من حال المفقود موته فلا يحتاج إلى طلاق.

---

[1] سبقت ترجمته ص 23

[2] ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، 4/149-150

[3] القوانين الفقهية لابن جزي، 144-145

[4] ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، 11/316-317

والثاني: أن العدة ما عدا عدة الوفاة استبراء، لأنها لا تجب على غير المدخول بها، وقد استبرأت هذه نفسها بأربع سنين فلا تحتاج إلى الاستبراء، وتُلزم بعدة الوفاة إحداداً، وإذا كان كذلك فأول مدة التربص من وقت حكم الحاكم لها بالتربص[1].

رابعاً: وقسم الحنابلة غيبة المفقود إلى غيبة ظاهرها السلامة وغيبة ظاهرها الهلاك:

القسم الأول: أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة في غير مهلكة، وطلب العلم والسياحة، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته بيقين، وهذا المذهب.

ونقل عن الإمام أحمد[2]: أنه إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله، وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج، وإنما تعتبر تسعين سنة من يوم ولادته؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر، فإذا اقترن به انقطاع خبره، وجب الحكم بموته، كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك.

ودليل القول المعتمد: أن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلا يحكم بموته، كما قبل الأربع سنين، أو كما قبل التسعين؛ ولأن هذا التقدير بغير توقيف، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف؛ لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته، يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج، وهذا لا نظير له، وخبر عمر[3] الآتي ورد في من ظاهر غيبته الهلاك، فلا يقاس عليه غيره.

القسم الثاني: أن يكون الغالب من حاله الهلاك كالذي يفقد من بين أهله، أو يخرج إلى الصلاة أو في حاجة قريبة فلا يعود، أو بين الصفين حال الحرب، أو تتحطم بهم السفينة فيغرق بعض رفقته ولا يعلم له خبر، أو يفقد في منطقة خطيرة، فهذا ينتظر به أربع سنين لأنها أكثر مدة الحمل، فإن لم يظهر له خبر يقسم ماله وتعتد امرأته عدة الوفاة وتحل للأزواج؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله، وقد روي عن الإمام أحمد رحمه الله التوقف عن أمره والمذهب الأول، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها[4].

واستدلوا بما روي "أن رجلاً استهوته الجن على عهد عمر[5]، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق"[6].

---

[1] ينظر: المصدر نفسه، 318/11

[2] سبقت ترجمته ص 94

[3] سبقت ترجمته ص 23

[4] ينظر: الإنصاف، للمرداوي، 335/7-336، والشرح الكبير، لعبد الرحمن بن قدامة، 142/7-143، والمغني لموفق الدين ابن قدامة، 130/8-131

[5] سبقت ترجمته ص 23

[6] أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه –واللفظ له– عن يحيى بن جعدة، كتاب النكاح– ومن قال: تعتد وتزوج ولا تربص، رقم: 16720، ج522/3، والدارقطني كتاب النكاح– باب المهر، رقم: 3848، ج482/4، والبيهقي في السن الصغرى– كتاب

ونوقش حديث عمر بأنه روي أنه رجع عن قضيته حين رجع الزوج، فصار إجماعاً بعد خلاف[1].

والمفقود هو البعيد عن أهله ولا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته[2].

وطبقاً لهذا التعريف فينطبق وصف المفقود في عصرنا على الحالات الآتية:

أولاً: من أُسِر من العسكريين في خطوط الجبهات ولم ترد أية معلومات أو يعرف أهله شيئاً عن حاله.

ففي هذه الحالة يأمر القاضي المرأة أن تتربص أربع سنين عسى أن ينكشف حال هذا المفقود أو ترد معلومات تفيد عن مكانه أو حياته أو موته، وإذا مضت الأربع سنين ولم ترشح معلومات عن حاله فيحكم القاضي بطلاق امرأته وتعتد من تاريخ حكم القاضي.

ولكون حال المفقود مما يخفى، وكون امرأته تتضرر في انتظار زوجها الذي فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، ولخفاء حال هذا الزوج المفقود واختلافه باختلاف المفقودين، جعل تحديد مدة الأربع سنين من يوم الفقدان وصفاً ظاهراً ومنضبطاً ولا يختلف باختلاف المفقودين، ومناسباً للحكم بالتفريق بينه وبين امرأته بعد مضي هذه المدة، وقد أقيمت مقام وفاة هذا المفقود لخفاء حاله.

ثانياً: المخطوف في بلده دون اتصال من قبل الجهة الخاطفة أو إرسال خبر أو معرفة أي شيء عن المخطوف، أما لو اتصل الخاطفون وطلبوا فدية مثلاً أو عرف أهل المخطوف مكانه أو تيقنوا حياته أو تيقنوا موته، فلا ينطبق عليه وصف المفقود.

ثالثاً: بعض حالات السجن التي لا يعرف فيها شيء عن هذا السجين، ولا مكان سجنه ولا حياته ولا موته.

أما السجين المعروف مكان سجنه وتعرف حياته أو موته، والغائب الذي سافر وهجر زوجته ولم يعد يقوم بواجباته تجاهها فلا ينطبق عليه حكم المفقود، و يمكن أن ترفع زوجته دعوى تفريق لغيبة زوجها أو سجنه لا لفقده، وهذا ما نصت عليه المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية:

1-إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

2-هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

وبرأيي فإن السجين إن كان لدى جهة حكومية فلا ينبغي أن يحكم بالتفريق بينه وبين امرأته بعد مرور أربع سنين، وأن يترك أمر تقدير ذلك للقاضي؛ لأن الأصل في هؤلاء السجناء الحياة، وإمكانية الإفراج عنهم ولو بعد سنين طويلة أمر غير مستبعد.

رابعاً: حالات الاختفاء الغامضة فيمن خرج من بيته ولم تعد ترد أية معلومات عنه إطلاقاً.

الإيلاء- باب امرأة المفقود، رقم: 2238، ج218/6، وعبد الرزاق الصنعاني في مصنفه- كتاب الطلاق- باب: التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: 12322 ج، 87/7 "وهذا منقطع" [الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لابن حجر العسقلاني، 142/2]

[1] ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي، 317/11

[2] ينظر: مجمع الأنهر، لشيخي زاده، 712

وهذه الحالات الثلاثة الأخيرة تشملها الفقرة الأولى من المادة 205 الآتية وهي التربص حتى يبلغ المفقود سن الثمانين.

ومن المتصور عقلاً أن يأتي المفقود بعد مدة طويلة تتغير فيها هيئته أو يموت من يعرفه من أقاربه، ولذلك تحدث الفقهاء عن إثبات حضور المفقود حتى لا ينتحل أحد شخصيته بقصد الاستيلاء على ماله أو الاعتداء على زوجته، خاصة إذا طالت مدة غيابه وتغيرت هيئته، واشترطوا لإثبات حياته شهادة العدول أو غيرها من أدلة الإثبات، بشرط ألا يكون ذلك بعد مضي زمن لا يعيش إليه أقرانه؛ لأن الحياة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر[1].

جاء في المهذب: "وإن شهد عنده -أي: القاضي- شهود -أي بحياة المفقود أو موته- وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة، ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه وزمانه"[2].

وهذا يوضح أنه يجب التحري والكشف عن هوية المفقود إذا حضر، والتثبت من شخصيته حتى لا يحصل على ما ليس له بحق، وفي هذه الحالة وأمثالها فإن البصمة الوراثية يمكن الاستفادة منها للتأكد من شخصية هذا المفقود، خاصة إذا لم يكن هناك أدلة أخرى أو إذا كانت هناك أدلة أخرى ظنية محل شك وريبة[3].

وقد عالج قانون الأحوال الشخصية السوري قضية المفقود في المواد الآتية:

المادة 202

المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان.

المادة 203

يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره.

المادة 204

إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلاً قضائياً.

المادة 205

1- ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر.

---

[1] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 72

[2] المهذب للشيرازي، 388/3

[3] ينظر: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر، 73

2- ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه.

فقد ميز القانون بين المدة التي يفقد فيها الإنسان في حال السلم، والمدة التي يفقد فيها في حال الحرب، وهو تمييز حسن؛ لأن من فقد في حالة الحرب فالغالب عليه الهلاك أما من فقد في حالة السلم فالغالب عليه الحياة.

والربط بين دلالة الحال والمفقود: أن عدم رجوع المفقود بعد أربع سنين -وهذا تحديد ظاهر ومنضبط ومناسب للحكم بموته- في حال فقده بسبب العمليات العسكرية أو الحالات التي يغلب فيها الهلاك، أو بلوغه سن الثمانين، هذان الحالان يدلان على موته.

المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في الوقف

الوقف لغة: "يدل على تمكث في شيء"[1]، و"وقف الأرض على المساكين... وقفاً: حبسها"[2].

والوقف في الشرع: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة[3].

ومن تطبيقات دلالة الحال على الوقف:

1-لو حفر إنسان بئراً في الشارع أو في المسجد أو في أي مكان، وأخرج مناهل الماء ووضعها في الشارع أو على حائط من حيطان المسجد مثلاً كان ذلك إباحة لعموم الناس ووقفاً للبئر؛ لأن وضع مناهل الماء في مكان عام دليل على إباحتها.

2-لو ملأ براد ماء أو خابية ووضعها على الطريق أو في مسجد صح ذلك، وكان ذلك مباحاً لدلالة الحال على تسبيله[4].

3-لو فرش الواقف سجاداً أو حصيراً في مسجد أو مدرسة، وأذن للناس إذناً عاماً بالصلاة عليه، أو دفع السجاد إلى قيِّم المسجد وأمره بفرشه فيه صح ذلك، وعُدَّ وقفاً[5].

---

[1] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة وقف، 135/6

[2] لسان العرب، لابن منظور، مادة وقف، 359/9

[3] التعريفات للجرجاني، 253

[4] أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، لعادل بن عبد القادر قوته، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ط1، عام 1428هـ- 2007م، 155

[5] أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة، لقوته، 155

المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في الوصية

إذا كتب إنسان وصيته بيده أو أمر غيره أن يكتبها له أو كتبها على الحاسوب أو الآلة الكاتبة أو بأية وسيلة، ووقع عليها دون أن يُشهد أحداً فيحكم بصحة هذه الوصية، تخريجاً على إحدى الروايتين عن الحنابلة لأن الرضا أمر خفي أقيم توقيع الموصي أو بصمته مقام إيجابه للوصية.

جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية المصري: (لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه، بل يكفي أن يكتبها له غيره فيقرأها أو يقرأها له غيره فيوقع عليهما أخذاً من مذهب الإمام أحمد بن حنبل[1]، فعنده الإيجاب يكون بالقول أو بالفعل الذي يدل على الرضا، **والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب**)[2].

وجاء في المغني: "(ومن كتب وصية، ولم يشهد فيها، حكم بها، ما لم يعلم رجوعه عنها) ... من مات، فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه، ولم يشهد فيها، وعرف خطه، وكان مشهور الخط، يقبل ما فيها.

وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية، ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه، أو تقرأ عليه، فيقر بما فيها"[3].

---

[1] سبقت ترجمته ص 94

[2] شرح قانون الوصية، لمحمد أبو زهرة، مكتبة الأنجلو المصرية- القاهرة، د.ت، 12-13

[3] المغني لابن قدامة، 190/6

الخاتمة:

وبعد هذا الجهد المتواضع يمكن تبيين النتائج التي وصل إليها هذا البحث:

1-دلالة الحال: هي هيئة ترشد إلى أمر، تقوم مقام وصف خفي يبنى عليها حكم شرعي.

2-الأحكام الكلية: هي التي تتخذ صياغة مشتملة على الحكم التكليفي ومعرفاته، وتتصف بالعموم، أي عموم الحكم الكلي لكل الأشخاص والأزمان والوقائع التي تندرج تحته، والتجريد: وهو افتراض الحكم الكلي عند تقريره كائناً في الأذهان على الأوصاف المجردة عن الأشخاص المعينين والأعيان المحددة.

3-المراد بالأحكام الشرعية في هذا البحث: مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد الخارجي بصورة عامة مجردة، وتوقع الدولة عقوبة على من يخالفها.

4-تحقيق المناط العام: هو نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما، أما تحقيق المناط الخاص: فهو تطبيق الحكم وربطه بحالة معينة، وهو أشبه بالأمر الإداري.

5-المفتي والقاضي أخص من الفقيه، والمفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي، والقاضي مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام، وحكمه على وفق القواعد هو حكم الله.

6-حكم الحاكم جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه والمحكوم له.

7-العبادات لا يمكن أن يدخلها الحكم القضائي بل الفتيا فقط.

8-القرائن نوعان: شرعية أو قانونية، وتستخدم عادة كوسيلة من وسائل الإثبات.

9- لا يلجأ القاضي إلى القرينة إلا عندما يفقد الحجج الظاهرة والأدلة أمامه، أو تكون الأدلة أمامه غير مقنعة وغير كافية، فهي وسيلة احتياطية.

10-تشترك دلالة الحال والعلة في أن كلاً منهما وصف ظاهر منضبط يبنى عليه الحكم، لكن قد يبنى الحكم على هذا الوصف ابتداء من دون أصل وفرع كما هو الحال في القياس.

11-الحكمة هي المصلحة أو الباعث على تشريع الحكم وهي في هذه النقطة تشترك مع دلالة الحال، لكن الحكمة قد تكون خفية أو غير منضبطة بخلاف دلالة الحال التي يجب أن تكون ظاهرة ومنضبطة.

12-مصطلح "ظاهر الحال" مرادف لمصطلح "دلالة الحال" مع أن "ظاهر الحال" قد يستخدم بمعنى الاستصحاب أو الذي يقابل الأصل، وهذا المعنى غير مراد في البحث، ثم إن مصطلح "ظاهر الحال" ليس فيه ما يوحي باستخدامه دليلاً من الأدلة بخلاف مصطلح "دلالة الحال".

13-التعريض يقتصر على الألفاظ فقط فهو موضوع لغوي صرف، أما التعريض العملي فلا يبنى عليه حكم شرعي لعدم انضباطه.

14-التعريض ليس من باب المجاز؛ لأن المجاز ما دل على خلاف ما وضع له في الأصل.

15-أول من تكلم على سياق الحال من اللغويين سيبويه[1]، وأول من استخدم مصطلح دلالة الحال من الفقهاء القدوري[2].

16- تعلل أغلب مواضع الحذف في النحو بدلالة الحال.

17-يمكن أن يستدل للاحتجاج بدلالة الحال بالقرآن الكريم والسنة والإجماع.

18-إذا وجدت امرأة غير متزوجة حاملاً، ولم توجد شبهة ولا إكراه فيجب عليها الحد، ويقام الحمل الذي هو وصف ظاهر منضبط مقام الزنى لخفائه، عملاً بدلالة الحال، والرجم بالحبل وحده مذهب عمر بن الخطاب رضي الله عنه[3]، وهو مذهب المالكية.

19-اعتبر الفقهاء الكناية في حديث الواهبة في نفسها عند قوله عليه الصلاة والسلام: (ملكتكها) قائمة مقام الصريح بدلالة الحال.

20-الرضا أمر باطن، والبكر يعرف رضاها بالقول وبالفعل كتمكينها نفسها من زوجها، وبالسكوت استحساناً، والقياس أن لا يكون سكوتها رضا.

21-أجمع العلماء على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله يتولى السرائر، وقد صاغوا قاعدة فقهية بهذا المعنى وهي قاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"، وأجمعوا على صحة تعليل الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة.

22-بنى الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: 21]، بنى حكماً على دلالة الحال؛ لأن الآية نهت عن استرداد شيء من المهر بعد الخلوة، والإفضاء عبارة عن الخلوة، وأقيمت الخلوة مقام الدخول لخفائه، فالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح تقام مقام الدخول لأنها مظنة له، في وجوب كامل المهر ووجوب العدة.

23-قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أفلا شققت عن قلبه" دليل على أن الحكم إنما يجري على الظاهر وأن السرائر موكولة إلى الله سبحانه، لذلك لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم المنافقين لئلا يقولوا: إنه قتلهم بعلمه.

24-من القواعد الفقهية التي يمكن أن تضاف إلى أدلة الاحتجاج بدلالة الحال: "مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه" و"المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة" و"دليل الرضا كصريح الرضا" و"لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

25-تختلف دلالة الحال قوة وضعفاً، فتصل تارة إلى درجة اليقين وتارة إلى غلبة الظن، أو مجرد الظن أو أو الشك أو الوهم، ولا يبنى على الأخيرين حكم شرعي.

---

[1] سبقت ترجمته ص 55

[2] سبقت ترجمته ص 56

[3] سبقت ترجمته ص 23

26-إن دلالة الحال تختلف باختلاف مصدرها فتارة يكون مصدرها النصوص، وتارة يكون مصدرها الإجماع، وتارة يكون مصدرها القياس، وتارة تستنبط من الأدلة الأخرى المختلف فيها، كالاستحسان، والمصلحة المرسلة، والعُرف، والاستصحاب، ومذهب الصحابي.

27-تقسم دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها إلى دلالة حال تدرك بالحس، وبالعقل، وبالعرف.

28-تقسم دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه إلى أقسام: 1-كونها وصفاً عارضاً 2- كونها وصفاً لازماً 3- كونها وصفاً مجاوراً 4- كونها فعلاً.

29-قد تكون دلالة الحال وصفاً بسيطاً وقد تكون وصفاً مركباً، هذا من حيث بنيتُها.

30- دلالة الحال من حيث الوضع قد تكون 1- سبباً لحكم 2- أو شرطاً لحكم 3- أو مانعاً من حكم.

31-قد يبنى الحكم العدمي على الوصف الوجودي: كالحكم بعدم الميراث بسبب الكفر.

32-قد يكون الحكم عدمياً ويبنى على وصف عدمي أيضاً، كعدم صحة الوصية الزائدة عن الثلث لعدم إجازة الورثة.

33-قد يكون الحكم ثبوتياً ويبنى على وصف عدمي، كالحكم بنفاذ الوصية لعدم رد الموصى له خلال المدة التي حددها القانون.

34-قد يبنى الحكم الوجودي على الوصف الوجودي، كانعقاد العقود والتصرفات بالعبارة أو الكتابة أو الإشارة، فانعقاد العقد أمر وجودي، والعبارة أو الكتابة أو الإشارة أيضاً أمور وجودية.

35-يمكن تقسيم دلالة الحال من حيث مراعاتها للمصالح إلى مراعاتها المصالح الشخصية ومراعاتها مصالح الغير، وكل من هذين القسمين يقسمان إلى تصرفات إيجابية، وتصرفات سلبية.

36-مثال مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات الإيجابية: التصرفات الضارة التي يقوم بها الصبي والسفيه والمغفل والمجنون والمعتوه والتي تسلب عنه أهليته.

37-مثال مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات السلبية، ترك تطليق المفوضة نفسها لأنها وجدت أن المصلحة الشخصية لنفسها في ترك التطليق فتتركه، لأن رضاها باستمرار الحياة الزوجية أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه.

38-قد تكون دلالة الحال وصفاً إيجابياً له وجود، وتكون لمراعاة مصالح الغير، كحرمة الجمع بين ذوات الأرحام في النكاح.

39- يمكن أن تكون دلالة الحال تصرفاً سلبياً تراعى فيها مصالح الغير، كامتناع الولي عن تعليم القاصر في المرحلة الإلزامية، وهو سبب مسقط لأهلية الولاية، فالامتناع عن تعليم الصغير أمر سلبي.

40-شروط دلالة الحال: 1-كونها وصفاً 2-كونها ظاهرة 3-كونها منضبطة 4-وجود المناسبة بين الحكم والوصف 5-كونها لا تخالف دليلاً شرعياً.

41-المصلحة قد تخالف القرآن الكريم، كتَساوي الابن والبنت في الإرث لتساويها في القرابة، وقد تخالف السنة: كإجراء عقد الزواج بدون شهود، ذلك أن ركن العقود التراضي وقد وجد، وقد تخالف الإجماع كتوريث ابن

البنت مع ابن الابن؛ لأن كلاً منهما فرع من فروع الميت ويستوي بإدلائه بأصل من أصوله إلى الميت، فلا يعتد بها في كل هذه الصور.

42-قد تكون دلالة الحال وسيلة للتعبير عن الإرادة بالإبطال، كالتعبير عن الإرادة بإبطال العقد أو التصرف ويمكن أن يكون ذلك بعمل إيجابي ويمكن أن يكون بعمل سلبي، مثال التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال الإيجابية: اعتبار دلالة الحال في العدول عن الخطبة، ومثال التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال السلبية: اعتبار دلالة الحال في فسخ عقد الزواج لسكوت أحد الطرفين بعد الإيجاب، ومثال التعبير عن الإرادة: بالإمضاء في الأعمال الإيجابية: اعتبار إشارة الأخرس معبرة عن الرضا، ومثال التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال السلبية: اعتبار عدم رفض الموصى له الوصية ضمن المدة المحددة والتي قدرها بثلاثين يوماً من تاريخ وفاة الموصي قائماً مقام الرضا بالوصية.

43-يقسم الفعل من حيث ماهيته إلى: 1-الفعل الإيجابي، كتمكين المرأة من نفسها من حيث كونه دليلاً على رضاها بتزويج وليها لها، 2-الفعل السلبي، كامتناع المرأة عن تمكينها نفسها من زوجها.

44- يقسم الفعل من حيث نتيجته إلى الفعل النافع، كمراجعة الرجل امرأته بالفعل إذا طلقها طلاقاً رجعياً عند الحنفية 2-الفعل الضار، كإتلاف الولي مال المحجور عليه كالصبي واليتيم والمجنون.

45-يقسم الفعل من حيث فاعله إلى 1-الفعل الشخصي ويمكن تقسيمه أيضاً إلى أ- فعل إرادي كطلاق الأخرس حيث يقع طلاقه بالإشارة، ب-وفعل لا إرادي كالبلوغ بالسن. 2-فعل الغير كما في الوقف إذا بنى إنسان مسجداً فيبقى على ملك الواقف حتى يفرزه عن ملكه ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد زال ملك الواقف.

46-تقسم اليد من حيث شرعيتها إلى اليد العاديَة واليد الشرعية، وتقسم اليد من حيث حركة وثبات العين الموضوعة عليها اليد إلى وضع اليد على المنقول، ووضع اليد على غير المنقول.

47-الفحص الطبي قبل الزواج: هو إجراء الفحص المخبري للشريكين المقدمين على الزواج لمعرفة وجود الإصابة، أو الحمل لصفة بعض الأمراض الوراثية بغرض إعطاء المشورة حول إمكانية نقل الأمراض الوراثية إلى الأبناء، وإعطاء الخيارات والبدائل أمام الشريكين من أجل التخطيط لبناء أسرة سليمة صحياً.

48-الراجح -والله تعالى أعلم- أنه يجوز لولي الأمر إلزام المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي؛ لأن الفحص الطبي لا يعد افتئاتاً على الحرية الشخصية.

49-ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إجهاض المرأة جنينها إذا كان يشكل خطراً على حياة أمه، سواء أكان مشوهاً أم لا إعمالاً لمقصد حفظ النفس.

وإذا كان الجنين المشوه لا يشكل خطراً على حياة أمه:

-فإن كان التشوه يسيراً: كالتشوه في الأطراف أو التأخر العقلي (الجنين المنغولي) فلا يجوز إسقاط الجنين.

-وإن كان التشوه شديداً: وهو التشوه الذي يغلب على الظن معه عدم بقاء الجنين على قيد الحياة بعد الولادة، أو حاجته الدائمة إلى الأجهزة المتقدمة التي لا يمكن للوالدين توفيرها في المنزل، كالجنين الذي لا رأس له أو الذي يعاني من عيوب القلب الشديدة فلا يخلو ذلك عن حالتين:

أ-إن اكتشف ذلك قبل مئة وعشرين يوماً منذ الحمل فيجوز إجهاض الجنين، إذا ثبت وجود التشوه الخطير بشهادة لجنة طبية لا تقل عن ثلاثة أطباء ذوي اختصاص.

ب-وإن كان التشوه الشديد بعد مضي مئة وعشرين يوماً، فقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى تحريم إجهاضه.

50- الراجح -والله تعالى أعلم- القول بجواز العمل بالبصمة الوراثية؛ مواكبةً للتطور العلمي القريب جداً من درجة اليقين، مع التأكيد على وجوب أخذ كامل الحيطة والحذر وتضييق نطاق استخدام البصمة الوراثية، واستناداً إلى قول الجمهور بجواز العمل بالقيافة، فالبصمة الوراثية تعد من أعلى وأدق درجات القيافة، لكن لا يجوز تقديمها على اللعان، وينبغي وضع ضوابط تكفل دقة نتائج البصمة وتحقق نتائجها الإيجابية، ويدرأ مفسدة استغلالها في غير ما شرعت فيه، وهي ضوابط شرعية وفنية.

51-لا يجوز الاكتفاء بالكشف الطبي الدال على براءة الرحم من الحمل.

52- الراجح -والله تعالى أعلم- القول بعدم تحديد فترة معينة لأكثر الحمل، ويترك هذا الأمر للعرف والعادة، ويمكن في عصرنا مع تطور الطب تحديد أكثر الحمل، وهو ما يقرب من مئتين وثمانين يوماً.

53-لا مانع شرعاً من الحكم بذكورة الخنثى أو الحكم بأنوثته بناء على التقرير الطبي الموثق، الصادر من لجنة طبية مختصة تابعة لجهة حكومية، تراعي شروط الدقة والموضوعية والنزاهة في تقريرها، وبعد هذا التقرير لا يعامل معاملة الخنثى في توريثه، بل إما أن يأخذ حصة الذكر أو حصة الأنثى حسب الحالة.

54-قول الجمهور في عدم وقوع طلاق الصبي أقوى من الرواية المشهورة عن الحنابلة؛ لأن الأصل في تصرفات الصبي الهدر وعدم الاعتبار، وكون الصبي عاقلاً لا يعني استقلاله بالرأي وقدرته على اتخاذ قرار لأن هذا الأمر غير منضبط.

55-الراجح أن مرجع معرفة ضابط مرض الموت هو الطب، والأمراض التي عددها الفقهاء سابقاً تلائم عصرهم.

56-القول الراجح في تحديد صفة القتل الذي يحرم من الميراث مذهب الجمهور عدا الشافعية القائلين بأن كل قاتل يطلق عليه اسم القتل صغيراً كان أم كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، عامداً أو خاطئاً، محقاً أو مبطلاً لا يرث وهذا بعيد.

57-الراجح أن التفويض توكيل يحق للزوج الرجوع عنه قبل تطليق المرأة نفسها، وليس تمليكاً إلا إن كانت الحال تدل على إرادة التمليك، كما لو كان التفويض أثناء عقد الزواج.

58-الراجح قول الجمهور في حصول الرجعة بعد الطلاق بالفعل، لكن لخطورة الأبضاع ينبغي الأخذ بقول المالكية في اشتراط النية للرجعة بالفعل، صيانة لفعل المسلم عن الحرام.

59-الراجح قول الحنفية في عدم اعتبار الإنبات دليلاً على البلوغ لأنه أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، ولا يعرف إلا من جهة المكلف نفسه.

60-الراجح قول الحنفية باعتبار اللمس بشهوة والنظر إلى الفرج في إثبات حرمة المصاهرة؛ لأن الوطء أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فتقوم الخلوة والمس والنظر مقامه؛ لظهورها وانضباطها وعدم اختلافها باختلاف الأشخاص.

التوصيات

أوصي في نهاية هذا البحث بالآتي:

1-نشر الوعي بين المقبلين على الزواج حول المسارعة في إجراء الفحوص الطبية عبر وسائل الإعلام وخطب الجمعة والمناهج المدرسية؛ للتخفيف من الولادات المشوهة، خاصة إذا كان في أصول أحد الزوجين من يحمل مرضاً ينتقل بالوراثة، كالأمراض الجنسية والعينية... والحرص على عدم إجراء عقد خارج المحكمة الشرعية لأنه غالباً ما يكون دون إجراء فحص طبي.

2-متابعة البحث لطلاب الدراسات العليا في مواضيع الأحوال الشخصية وتقديم المقترحات لتطوير قانون الأحوال الشخصية، وتوعية الناس بوجوب الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية كمصدر وحيد لهذا القانون، ورفض أي تعديل يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف أدلتها ومصادرها ومذاهبها المعتمدة.

3- التنسيق بين كليات الحقوق وكليات الشريعة لإدخال مقرر إلى هذه الكليات لتأهيل وتدريب الطلاب -خاصة في مرحلة الدراسات العليا- على صياغة الشريعة الإسلامية بمواد قانونية موجزة وجامعة وصحيحة لغوياً، والقيام بأبحاث مشتركة بين هذه الكليات لإبراز دور وأهمية الشريعة الإسلامية في مختلف المجالات القانونية خاصة في الأحوال الشخصية.

الـفـهـــارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس الأعلام

ثبت المصادر والمراجع

المحتوى

فهرس الآيات القرآنية

الآية **الصحيفة**

[سورة البقرة]

﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: 43] 21
﴿الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُو رَبِّهِمْ﴾ [البقرة: 46] 164
﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: 179] 165
﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: 228] 209
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 229] 209
﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231] 302
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ﴾ [البقرة: 233] 88
﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237] 99
﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ﴾ [البقرة: 282] 145

[سورة آل عمران]

﴿قال رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾ [آل عمران: 38] 264
﴿قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: 41]..... 138

[سورة النساء]

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: 5]..... 143- 145
﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ [النساء: 6]..... 144
﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: 6]..... 215
﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]..... 183
﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: 11]..... 80
﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا﴾ [النساء: 20] 100
﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: 21]..... 68-100- 310
﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 22]..... 232-235-237
﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 22]..... 235
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: 23]..... 153
﴿اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: 23] 236
﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: 23]..... 236

﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: 23] 153
﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: 24]..... 235
﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: 59]..... 178-182
﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾ [النساء: 105]..... 182
[سورة المائدة]
﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]..... 15
﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: 44] 182
﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ﴾ [المائدة: 49]..... 182
[سورة الأنعام]
﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152]..... 213-222
[سورة الأعراف]
﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199]..... 245
[سورة التوبة]
﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾ [التوبة: 46]..... 147
﴿وَلَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُم﴾ [التوبة: 92]..... 61
[سورة يونس]
﴿حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ﴾ [يونس: 22]..... 188
[سورة إبراهيم]
﴿مُقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾ [إبراهيم: 49]..... 36
[سورة النحل]
﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ﴾ [النحل: 116]..... 162
[سورة الإسراء]
﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: 23]..... 27
[سورة الكهف]
﴿بِئْسَ لِلظَّالِمِينَ بَدَلاً﴾ [الكهف: 50]..... 290
[سورة مريم]
﴿وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا﴾ [مريم: 12]..... 15
﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: 64]..... 291

[سورة طه]

﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾ [طه: 72]..... 27

[سورة الحج]

﴿لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا﴾ [الحج: 46]..... 104

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78]..... 67- 174

[سورة المؤمنون]

﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثاً﴾ [المؤمنون: 115]..... 51

[سورة النور]

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور: 2]..... 46

﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: 32]..... 236

﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ﴾ [النور: 58]..... 224

﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: 59]..... 220

[سورة الفرقان]

﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: 54]..... 234

﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا﴾ [الفرقان: 74] 264

[سورة لقمان]

﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 14]..... 11

[سورة الأحزاب]

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ﴾ [الأحزاب: 28] 148

﴿لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: 29]..... 148

﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: 37]..... 27-110

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49]..... 99 - 236

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: 50]..... 109

﴿ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50]..... 109

[سورة سبأ]

﴿مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ﴾ [سبأ: 14]..... 8

[سورة الصافات]

﴿فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ﴾ [الصافات: 101]..... 264

[سورة فصلت]

﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فصلت: 12]..... 27
[سورة الشورى]
﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: 14]..... 27
[سورة الأحقاف]
﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15]..... 11-88
﴿هَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا﴾ [الأحقاف: 24]..... 112
[سورة الحجرات]
﴿وَلا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: 12]..... 68
[سورة الذاريات]
﴿ وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾ [الذاريات: 21]..... 277
﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: 28]..... 265
[سورة الحديد]
﴿آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ [الحديد: 7]..... 24
[سورة المجادلة]
﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ﴾ [المجادلة: 3]..... 10
[سورة المجادلة]
﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ﴾ [المنافقون: 1- 2]..... 68
[سورة الطلاق]
﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2] 209
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2]..... 210
[سورة القيامة]
﴿كَلَّا إِذَا بَلَغَتِ التَّرَاقِيَ﴾ [القيامة: 26] 57
[سورة الانفطار]
﴿فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾ [سورة الانفطار: 8] 278

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

طرف الحديث **الصحيفة**

أ

((أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الأليتين)) 276
((ادْرَؤوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ)) 282
((إذا استهل الصبي صلي عليه وورث)) 128
((إذا رأت الماء)) 275
((اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن)) 110
((اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن)) 63-110
((أقال لا إله إلا الله وقتلته؟)) 69
((ألا تأمنوني وأنا أمين من في السماء، يأتيني خبر السماء)) 69
((أليس يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله؟)) 70
((أُمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله)) 71
((أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك)) 25
((إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم)) 71
"أن رجلاً استهوته الجن على عهد عمر، فأتت امرأته عمر"..... 304
"أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم"..... 135
"أن رجلاً كان على عهد رسول الله يبتاع وكان في عقدته ضعف"..... 145
"أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد" 240
"أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة، فقال كل"..... 240
((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة)) 222
"أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته البتة وهو مريض، فورَّثها" 93
"أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أتي بامرأة قد ولدت في ستة" 88
"أن علياً رضي الله عنه سئل عن المولود لا يدرى أرجل أم امرأة"..... 89
"أن عمر رضي الله عنه كان يكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يقتلوا إلا من" 227
((إن فلاناً يخطب فلانة)) 64
((إن قربك فلا خيار لك)) 65
((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)) 106

((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم)) 32
((إنما نحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر)) 72
((إني ذاكرٌ لك أمراً، فلا عليك أن لا تستعجلي حتى تستأمري أبويك)) 187

ب

((البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)).....184

ت

((تخيروا لنطفكم، فانكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم)).....276

ث

((الثيب أحق بنفسها من وليها)) 78

ح

((حكمت بحكم الله)).....226

ر

((رضاها صمتها)).....177
((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ)).....105

ش

((الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا -ثم عقد إبهامه في الثالثة- فصوموا لرؤيته)).....138

ص

((الصبي إذا بلغ خمس عشرة أقيمت عليه الحدود)).....226

ق

((قد زوجناكها بما معك من القرآن)).....110
((قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق باباً)).....101

ك

((كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما)).....65
((كان رجل في بني إسرائيل يقال له جريج يصلي، فجاءته أمُّه فدَعَتْه)).....285
((كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون)).....104

((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله)).....106
"كنت من سبي بني قريظة، فكانوا ينظرون، فمن أنبت الشعر قُتل".....225
((كيف تقضي إذا عَرض لك قضاء؟)).....182

ل

((لا تقبل صلاة الحائض إلا بخمار)).....228
((لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن)).....63
((لا ضرر ولا ضرار)).....155
((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح)).....184
((لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة)).....136
((لا يُتْمَ بعد احتلام)).....220
((لا يحرم الحرام الحلال)).....235
((لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها)).....234
((لا يوردن ممرض على مُصحّ)).....266
((ليس لقاتل وصية)) حديث موضوع.....92
((ليس للقاتل شيء، وإن لم يكن له وارث فوارثه)).....91
((ليس لمجنون ولا لسكران طلاق)).....107
((ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا)).....155

م

"ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عود المغزل".....97
((ما نقصت صدقة من مال)).....24
((مُرْه فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر)).....23
((مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين)).....222
((من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل)).....265
((من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها)).....72
((من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها)).....233

ن

((نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها)).....153

هـ

((هل عندك من شيء؟)) 62
((هل لك من إبل؟)) 276
((هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة)) 148
"هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق" 301

و

((والله ما أردت إلا واحدة؟)) 53
((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) 274

ي

((يا بنية، إن فلاناً قد خطبك، فإن كرهتيه فقولي: لا)) 64

فهرس الأعلام

العلم	الصحيفة
أ	
الآمدي	164
أحمد الحجي الكردي	277
أحمد بن حنبل	94
أسامة بن زيد	72
أمير بادشاه	45
ابن أمير حاج	66
الأنباري	58
ب	
أبو بكر الصديق	24
البرماوي	172
بريرة	64
البيضاوي	172
ت	
ابن تيمية	295
ج	
جابر بن عبد الله	127
الجرجاني	36
الجلال المحلي	10
ابن جني	48
الجويني	123
ح	
ابن الحاجب	172
الحسن بن زياد	300
حفصة بنت عمر	147
حمداتي ماء العينين	263
ابن حمدان	171
أبو حنيفة	40
خ	
خالد بن الوليد	69
أبو الخطاب الكلوذاني	36
ابن خلدون	19
د	
ابن دريد	8
ر	
ابن رشد	78
ركانة بن عبد يزيد	53
ز	
الزجاج	101

العلم	الصحيفة
زرارة بن أوفى	101
الزركشي	132
زفر	153
زيد بن ثابت	267
أبو زيد الدبوسي	164
س	
تاج الدين السبكي	34
تقي الدين السبكي	16
سحنون	233
السرخسي	80
سعد بن أبي وقاص	133
سعد بن معاذ	225
أم سلمة	32
أم سليم بنت ملحان	274
سهل بن سعد	62
سهيمة بنت عمير	53
سودة بنت زمعة	315
سيبويه	55
السيوطي	269
ش	
الشاشي	59
الشاطبي	18
الشافعي	32
شريك بن السحماء	275
ص	
صفي الدين الهندي	172
ع	
عائشة	64
ابن عابدين	12
عامر بن ربيعة	268
ابن عباس	61
ابن عبد البر	71
عبد الرحمن بن عوف	94
عبد الكريم زيدان	264
عبد الله بن مكمل	93
عبيد الله بن عدي بن الخيار	70
عتبة بن أبي وقاص	287
عثمان بن عفان	54
ابن عرفة	26
العز بن عبد السلام	256
عطية القرظي	225
علي بن أبي طالب	88
علي محيي الدين علي القره داغي	274
عمر بن الخطاب	23
عمر بن عبد العزيز	224
عمر بن محمد السبيل	274

عمران بن حصين	135

العلم	الصحيفة
ابن عمر	23
ف	
فاطمة بنت رسول الله	96
الفخر الرازي	173
الفراء	100
ق	
ابن القاسم	231
ابن قاضي الجبل	173
القاضي حسين	225
ابن قتيبة	102
القدوري	56
القرافي	28
ابن القيم	30
ك	
الكاساني	99
كعب بن مالك	25
الكمال بن الهمام	229
ل	
أبو لبابة	24
ابن أبي ليلى	154
م	
مالك بن أنس	234
محمد بن الحسن	89
محمد الزحيلي	13
محمد رأفت عثمان	263
محمد عبد الغفار الشريف	263
محمد علي البار	297
ابن مسعود	99
مصطفى الزرقا	37
معاذ بن جبل	182
مغيث	65
ن	
نافع	222
نصر فريد واصل	274
هـ	
أبو هريرة	24
هلال بن أمية	275
و	
وهب بن منبه	236
وهبة الزحيلي	273
ي	
أبو يوسف	89

مازن إسماعيل مصباح هنية	285
المبرد	55

ثبت المصادر والمراجع

كتب التفسير

1. أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، ت: 370هـ، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، عام: 1405هـ

2. تفسير الشعراوي (الخواطر)، لمحمد متولي الشعراوي، ت: 1418هـ، مطابع أخبار اليوم، د.ت

3. تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، لمحمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين القلموني الحسيني، ت: 1354هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام 1990م

4. الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، ت : 671هـ، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية- القاهرة، ط2، عام 1384هـ- 1964م

5. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، ت: 1270هـ، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1415هـ

6. السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، مطبعة بولاق (الأميرية)– القاهرة، عام: 1285هـ

7. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري، ت: 538هـ، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة: الثالثة - 1407 هـ

8. مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، ت: 606هـ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط3، عام 1420 هـ

9. مفردات ألفاظ القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، دار القلم- دمشق، د.ت

10. المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ت: 502هـ، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية- دمشق- بيروت، ط1، عام 1412 هـ

كتب الحديث الشريف وشروحه

1. إبراز الحكم من حديث رُفِعَ القَلم، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: 756هـ، تحقيق: كيلاني محمد خليفة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، عام 1412 هـ- 1992م

2. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ التميمي الدارمي البُستي، ت: 354هـ، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ت: 739 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1408هـ- 1988م

3. إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام، لتقي الدين بن دقيق العيد، ت: 702هـ، مطبعة السنة المحمدية، د.ت

4. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لأبي حفص ابن الملقن سراج الدين عمر ابن علي بن أحمد الشافعي المصري، ت: 804هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع- الرياض- السعودية، ط1، عام 1425هـ- 2004م

5. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت: 852هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1419هـ- 1989م

6. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، عام، 1387 هـ

7. التيسير بشرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي ثم المناوي القاهري، ت: 1031هـ، مكتبة الإمام الشافعي- الرياض، ط3، عام 1408هـ- 1988م

8. جامع الأصول في أحاديث الرسول، لأبي السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، ت: 606هـ، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني- مطبعة الملاح- مكتبة دار البيان، ط1، عام 1969م-1972م، ج12، ط دار الفكر، تحقيق: بشير عيون

9. الجامع الكبير (سنن الترمذي)، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، ت: 279هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر (جـ 1، 2) ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ 3) وإبراهيم عطوة عوض (جـ 4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط2، 1395هـ- 1975م

10. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، عام 1422هـ

11. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، ت: 430هـ، دار السعادة- بجوار محافظة مصر، 1394هـ- 1974م، ثم صورتها عدة دور منها، دار الكتاب العربي – بيروت

12. الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852 هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة- بيروت، د.ت

13. سبل السلام، لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف بالأمير، ت: 1182هـ، دار الحديث، د.ت

14. الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1421هـ- 2000م

15. سنن ابن ماجه، لابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: 273هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد- محمَّد كامل قره بللي- عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط1، عام1430 هـ - 2009 م

16. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، ت: 275هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، د.ت
17. سنن الدارقطني لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود البغدادي الدارقطني، ت: 385هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1424 هـ- 2004م
18. السنن الصغير، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي- باكستان، ط1، عام 1410هـ- 1989م
19. السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، عام 1424 هـ- 2003 م
20. السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، ت: 303هـ، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1، عام 1421 هـ- 2001 م
21. سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية– الهند، ط1، عام 1403هـ- 1982م
22. شرح صحيح البخاري، لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال، ت: 449هـ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد – السعودية، الرياض، ط2، عام 1423هـ - 2003م
23. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي الحنفي العيني، ت: 855هـ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ت
24. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لأبي عبد الرحمن محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، شرف الحق الصديقي العظيم آبادي، ت: 1329هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، عام 1415 هـ
25. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة- بيروت، 1379هـ
26. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 795هـ، تحقيق: محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرون، مكتبة الغرباء الأثرية- المدينة النبوية، مكتب تحقيق دار الحرمين- القاهرة، ط1، عام 1417هـ- 1996م
27. فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف بن محمد بن أحمد الرُّباعي الصنعاني، ت: 1276هـ، تحقيق: علي العمران، دار عالم الفوائد، د.م، ط1، عام 1427هـ
28. الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ت: 1250هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت

29. قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث، لمحمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق القاسمي، ت: 1332هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت
30. كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة، لنور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، ت: 807هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، مؤسسة الرسالة
31. كشف المشكل من حديث الصحيحين، لأبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، ت: 597هـ، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن- الرياض، د.ت
32. كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه (حاشية السندي على سنن ابن ماجه)، لأبي الحسن نور الدين، محمد بن عبد الهادي التتوي السندي، ت: 1138هـ، دار الجيل- بيروت، د.ت
33. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ، 1994م
34. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن نور الدين علي بن سلطان محمد، الملا الهروي القاري، ت: 1014هـ، دار الفكر، بيروت، ط1، عام 1422هـ- 2002م
35. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، ت: 405هـ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1411هـ- 1990م
36. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، ت: 261هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت
37. المسند، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ت: 241هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ط1، عام 1421هـ- 2001م
38. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، ت: نحو 770هـ، المكتبة العلمية- بيروت، د.ت
39. المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، ت: 235هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد- الرياض، ط1، عام 1409هـ
40. المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2، عام 1403هـ
41. معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، ت: 388هـ، المطبعة العلمية- حلب، ط1، عام 1351هـ- 1932م
42. المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، الطبراني، ت: 360هـ، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية- القاهرة، ط2، د.ت

43. مقدمة في أصول الحديث، لعبد الحق بن سيف الدين بن سعد الله البخاري الدهلوي الحنفي ت: 1052هـ، تحقيق: سلمان الحسيني الندوي، دار البشائر الإسلامية- لبنان- بيروت، ط2، عام 1406هـ - 1986م
44. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ، دار إحياء التراث العربي- بيروت
45. الموطأ، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ت: 179هـ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية- أبو ظبي- الإمارات، ط1، عام 1425هـ-2004م
46. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، لأبي محمد جمال الدين عبد الله ابن يوسف بن محمد الزيلعي، ت: 762هـ، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر- بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة، ط1، عام 1418هـ- 1997م
47. نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت: 1250هـ، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، عام 1413هـ - 1993م

كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

1. الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، ت: 785هـ))، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي، وولدِه تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية– بيروت، عام: 1416هـ- 1995م
2. إجابة السائل شرح بغية الآمل، لأبي إبراهيم عز الدين، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف كأسلافه بالأمير، ت: 1182هـ، تحقيق: حسين بن أحمد السياغي، وحسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1986م
3. الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: 319هـ، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1، عام 1425هـ- 2004م
4. الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الآمدي، ت: 631هـ، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، د.ت
5. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي عن الإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، ت: 684 هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط1، عام 1387هـ- 1967م، ط2، بيروت 1416هـ- 1996م
6. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ت: 1250هـ، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط1، عام 1419هـ-1999م

7. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ت: 970هـ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، عام 1419هـ - 1999م

8. الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1411هـ- 1991م

9. الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ت: 911هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1411هـ- 1990م

10. الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، لحسن بن عمر بن عبد الله السيناوني المالكي، ت: بعد 1347هـ، مطبعة النهضة، تونس، ط1، عام 1928م

11. أصول الإمام الكرخي لأبي الحسن الكرخي، مع شواهدها ونظائرها لأبي حفص عمر النسفي، مطبوع بذيل، تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط2، عام 1415هـ- 1994م

12. أصول السرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، دار المعرفة - بيروت، د.ت

13. أصول الشاشي، لأبي علي نظام الدين أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، ت: 344 هـ، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ت

14. أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط1، دمشق، 1406هـ، 1986م

15. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، لعياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، السعودية- الرياض، ط1، عام 1426هـ- 2005م

16. أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت

17. الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ت: 790هـ، تحقيق: سليم ابن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، عام 1412هـ- 1992م

18. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1411هـ- 1991م

19. أنوار البروق في أنواء الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، عالم الكتب، د.ت

20. البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ت: 794هـ، دار الكتبي، ط1، عام 1414هـ- 1994م

21. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) بن أحمد بن محمد الأصفهاني، ت: 749هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية ط1، عام 1406هـ-1986م

22. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ت: 799هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، عام 1406هـ- 1986م

23. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، ت: 885هـ، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، السعودية- الرياض، عام 1421هـ- 2000م

24. تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، ت: 774هـ، دار ابن حزم، ط2، عام 1416هـ- 1996م

25. تخريج الفروع على الأصول، لأبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، الزَّنْجاني، ت: 656هـ، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط2، عام 1398هـ

26. التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له: ابن الموقت الحنفي، ت: 879هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 1403هـ- 1983م

27. تلخيص الأصول، لحافظ ثناء الله الزاهدي، مركز المخطوطات والثراث والوثائق- الكويت، ط1، عام 1414هـ- 1994م

28. التلخيص في أصول الفقه، لأبي المعالي ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، ت: 478هـ، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية- بيروت، د.ت

29. التمهيد في أصول الفقه، لأبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي، ت:510هـ، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة، دار المدني بجدة، ط1، عام 1406هـ- 1985م

30. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لأبي محمد جمال الدين، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، ت: 772هـ، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1400هـ

31. التوضيح، لعبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد المحبوبي البخاري الحنفي، ت: 747 هـ، مع التلويح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ت: 793هـ، مكتبة صبيح بمصر، د.ت

32. تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، ت: 972هـ، دار الفكر- بيروت، د.ت

33. تيسير علم أصول الفقه، لعبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط1، عام 1418هـ- 1997م

34. جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، إعداد: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي، إشراف: حمزة بن حسين الفعر، رسالة ماجستير- كلية الشريعة- جامعة أم القرى، عام: 1421 هـ- 2000م
35. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، ت: 1250هـ، دار الكتب العلمية، د.ت
36. الرسالة، لمحمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط1، عام، 1422هـ- 2001م
37. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب- لبنان- بيروت، ط1، 1999م - 1419هـ
38. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ت: 620هـ، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1423هـ- 2002م
39. شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح بمصر، د.ت
40. شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لمحمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي جلال الدين المحلي، ت: 864 هـ، ومعه حاشية العطار، دار الكتب العلمية، د.ت
41. شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقا، ت: 1357هـ، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط2، عام 1409هـ- 1989م
42. شرح الكوكب المنير، لأبي البقاء تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، ت: 972هـ، تحقيق : محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، عام 1418هـ- 1997م
43. شرح تنقيح الفصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، عام 1393هـ- 1973م
44. شرح مختصر الروضة، لأبي نجم الدين الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، ت: 716هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، عام 1407 هـ- 1987م
45. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، د.ت، د.م
46. الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، المعروف بابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، مكتبة دار البيان، د.ت
47. العدة شرح العمدة، لأبي محمد بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي، ت: 624هـ، دار الحديث، القاهرة، عام 1424هـ- 2003م
48. العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء، ت: 458هـ، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2، عام 1410 هـ- 1990م

49. علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ت: 1375هـ، مكتبة الدعوة- شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، د.ت
50. علم المقاصد الشرعية، لنور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى، عام 1421هـ- 2001م
51. غاية الوصول في شرح لب الأصول، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د.ت
52. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس أحمد بن محمد مكي، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، ت: 1098هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1405هـ- 1985م
53. الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ت: 684هـ، وبحاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط، ت: 723هـ، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، عام 1418هـ- 1998م
54. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، ت: 1376هـ، دار الكتب العلمية- لبنان – بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1995م
55. قاعدة تغير الفتوى بتغير الأزمان والأحوال وأثرها في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة، لرشاد صالح رشاد زيد الكيلاني، مؤتمر: نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة- الرياض 13-1431/5/14هـ، الموافق 27-2010/4/28م، المقام في المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة
56. القرينة عند الأصوليين وأثرها في فهم النصوص، لمحمد قاسم الأسطل، إشراف: مازن إسماعيل هنية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، عام 1425هـ-2004م
57. قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي، ت: 489هـ، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، عام 1418هـ- 1999م
58. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، ت: 660هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة، د.ت
59. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف ببلشرز- كراتشي، ط1، عام 1407هـ- 1986م
60. القواعد الفقهية الحاكمة لإجهاض الأجنة المشوهة، ورقة عمل مقدمة لندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية الذي تنظمه إدارة التوعية الدينية بالمديرية العامة للشؤون الصحية بمنطقة الرياض، خلال الفترة 6-7 محرم 1429هـ، لأحمد بن عبد الله الضويحي، د.ط

61. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر– دمشق، ط1، عام 1427 هـ- 2006 م

62. القواعد، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 795هـ، دار الكتب العلمية، د.ت

63. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، البخاري الحنفي، ت: 730هـ، دار الكتاب الإسلامي، د.ت

64. اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ت: 476هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 2003م- 1424هـ

65. المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، ت: 606هـ، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، عام 1418هـ- 1997م

66. المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي الحسن علاء الدين علي بن محمد بن عباس بن اللحام، البعلي الدمشقي الحنبلي، ت: 803هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة الملك عبد العزيز- مكة المكرمة، د.ت

67. مذكرة في أصول الفقه، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، ت: 1393هـ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، عام 2001م

68. المستصفى في علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: 505هـ، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1413هـ

69. معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، لمحمد بن حسين بن حسن الجيزاني، دار ابن الجوزي، ط5، عام 1427 هـ

70. المعتمد في أصول الفقه، لأبي الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي، ت: 436هـ، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1، عام 1403هـ

71. المغني في أصول الفقه، لأبي محمد جلال الدين عمر بن محمد بن عمر الخبازي، ت: 691هـ، تحقيق: محمد مظهر بقا، جامعة أم القرى- كلية الشريعة، السعودية، ط1، عام 1403هـ

72. مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني، ت:771هـ، تحقيق: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة، مؤسسة الريان، ط1، بيروت، عام 1419هـ- 1998م

73. المنثور في القواعد الفقهية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، ت: 794هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ- 1985م

74. المهذب في علم أصول الفقه المقارن (تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، لعبد الكريم بن علي ابن محمد النملة، مكتبة الرشد– الرياض، ط1، عام 1420 هـ- 1999م

75. الموافقات لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ت: 790هـ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، عام 1417هـ- 1997م
76. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، لأحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، عام 1412هـ- 1992م
77. نهاية السول شرح منهاج الوصول، لأبي محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، ت: 772هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1420هـ- 1999م
78. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لأبي الحارث محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو الغزي، مؤسسة الرسالة، لبنان– بيروت، ط4، عام 1416هـ- 1996م
79. الوصف المناسب لشرع الحكم، لأحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، ط1، عام 1415هـ

كتب الفقه الحنفي

1. الاختيار لتعليل المختار، لأبي الفضل مجد الدين عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي الحنفي، ت: 683هـ، عليها تعليقات: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي- القاهرة، (وصورتها دار الكتب العلمية- بيروت، وغيرها)، عام: 1356هـ- 1937م
2. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ت: 970هـ، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، ت: بعد 1138 هـ، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت
3. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ت: 587هـ، دار الكتب العلمية، ط2، عام 1406هـ- 1986م
4. البناية شرح الهداية، لأبي محمد بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي العيني، ت: 855هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط1، عام 1420 هـ- 2000م
5. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لفخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، ت: 743 هـ، الحاشية: لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيّ، ت: 1021 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية- بولاق، القاهرة، ط1، عام 1313 هـ
6. التجريد، لأبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، ت: 428هـ، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، محمد أحمد سراج، وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة- الإسكندرية، ط1، عام 1425هـ- 2004م
7. الجوهرة النيرة، لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبيدي اليمني الحنفي، ت: 800هـ، المطبعة الخيرية، ط1، عام 1322هـ

8. حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، ت: 1231هـ، المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط1، عام 1418هـ-1997م

9. درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، ت: 885هـ، دار إحياء الكتب العربية، د.ت

10. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، ت: 1353هـ، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، عام 1411هـ- 1991م

11. رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي المعروف بابن عابدين، ت: 1252هـ، دار الفكر-بيروت، ط2، عام 1412هـ- 1992م

12. شرح السير الكبير، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، الشركة الشرقية للإعلانات، عام: 1971م

13. العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، ت: 786هـ، دار الفكر، د.ت

14. الفتاوى الهندية، تأليف لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط2، عام 1310هـ

15. فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ت: 681هـ، دار الفكر، بيروت، د.ت

16. لسان الحكام في معرفة الأحكام، لإبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، عام 1393هـ- 1973م

17. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ت: 483هـ، دار المعرفة- بيروت، د.ت

18. متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، لبرهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ت: 593هـ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، د.ت

19. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، ت: 1078هـ، دار إحياء التراث العربي، د.ت

20. مجموعة رسائل ابن عابدين، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ت: 1252هـ، د.ط

21. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي، ت: 616هـ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، لبنان— بيروت، ط1، عام 1424 هـ- 2004 م

22. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، ت: 844هـ، دار الفكر، د.ت

23. الهداية في شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ت: 593هـ، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت

كتب الفقه المالكي

1. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لأبي زيد أو أبي محمد، شهاب الدين عبد الرحمن ابن محمد بن عسكر البغدادي المالكي، ت: 732هـ، وبهامشه: تقريرات مفيدة لإبراهيم بن حسن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة، د.ت
2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ت: 595هـ، دار الحديث– القاهرة، عام: 1425هـ- 2004م
3. البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، لأبي الحسن علي بن عبد السلام بن علي التُّسُولي، ت: 1258هـ، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت، ط1، عام 1418هـ- 1998م
4. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت: 520هـ، تحقيق: محمد حجي، وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، عام 1408هـ- 1988م
5. التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق المالكي، ت: 897هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1416هـ- 1994م
6. التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التغلبي البغدادي المالكي، ت: 422هـ، تحقيق: أبو أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1425هـ-2004م
7. التهذيب في اختصار المدونة، لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، ابن البراذعي المالكي، ت: 372هـ، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، عام 1423هـ- 2002م
8. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ت: 1230هـ، دار الفكر، د.ت
9. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ت: 1189هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، 1414هـ- 1994م
10. الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ت: 684هـ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، عام 1994م
11. الشرح الصغير، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشهير بالدردير، ت: 1201هـ، مع حاشية الصاوي (بلغة السالك لأقرب المسالك) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، ت: 1241هـ، دار المعارف، د.ت
12. شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ت: 1101هـ، دار الفكر للطباعة– بيروت، د.ت

13. شرح ميارة الفاسي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، ت: 1072هـ، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية لبنان- بيروت، 1420هـ- 2000م
14. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، ت: 1125هـ، دار الفكر، بيروت، 1415هـ
15. القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، ت: 741هـ، د.ط
16. الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، عام 1400هـ- 1980م
17. المدونة، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ت: 179هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م
18. المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت: 520هـ، دار الغرب الإسلامي، ط1، عام 1408هـ- 1988م
19. منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، ت: 1299هـ، دار الفكر- بيروت عام: 1409هـ-1989م
20. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، ت: 954هـ، دار الفكر، ط3، عام 1412هـ- 1992م

كتب الفقه الشافعي

1. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، ومعه حاشية الرملي الكبير، لأبي العباس أحمد الرملي الأنصاري شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ت: 1004هـ، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، د.م
2. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر، بيروت، د.ت
3. الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ت: 204هـ، دار المعرفة – بيروت، عام 1410هـ- 1990م
4. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، ت: 558هـ، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج- جدة، ط1، عام 1421هـ- 2000 م

5. التجريد لنفع العبيد المعروف بحاشية البجيرمي على شرح المنهج (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، لسليمان بن محمد بن عمر البُجيرمي المصري الشافعي، ت: 1221هـ، مطبعة الحلبي، عام: 1369هـ- 1950م

6. تحرير ألفاظ التنبيه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم- دمشق، ط1، عام 1408هـ

7. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ت: 974 هـ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، عام: 1357 هـ- 1983م

8. التنبيه في الفقه الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت: 476هـ، عالم الكتب، د.ت.

9. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، ت: 880هـ، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1417هـ- 1996م

10. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي، ت: بعد 1302هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوريع، ط1، عام 1418هـ- 1997م

11. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد ابن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، ت: 450هـ، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1419هـ- 1999م

12. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، عام 1412هـ- 1991م

13. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، السنيكي، ت: 926هـ، المطبعة الميمنية، د.ت

14. فتاوى السبكي، لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: 756هـ، دار المعارف، د.م، د.ت

15. فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير) (وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي، ت: 505 هـ)، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، ت: 623هـ، دار الفكر، د.ت

16. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب) لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، ت: 1204هـ، دار الفكر، د.ت

17. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر تقي الدين بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني الشافعي، ت: 829هـ، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير– دمشق، ط1، عام 1994م

18. اللباب في الفقه الشافعي، لأبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، ابن المحاملي الشافعيّ، ت: 415هـ، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، ط1، عام 1416هـ

19. المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ، ((مع تكملة تقي الدين السبكي، ومحمد نجيب المطيعي))، دار الفكر، د.ت

20. مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، ت: 264هـ، دار المعرفة- بيروت، عام: 1410هـ-1990م

21. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ت: 977هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م

22. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ت: 476هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1995م

23. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ت: 1004هـ، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأخيرة- 1404هـ-1984م، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي الأقهري ت: 1087هـ، ومعه حاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي، ت:1096هـ

24. نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي، ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، ت: 478هـ، تحقيق:عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، عام 1428هـ-2007م

25. الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: 505هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، ط1- القاهرة، عام 1417هـ

كتب الفقه الحنبلي

1. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي النجا شرف الدين، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، ت: 968هـ، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، د.ت

2. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي المرداوي، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.ت

3. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، عالم الكتب، ط1، عام 1414هـ- 1993م

4. الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد – مؤسسة الرسالة، د.ت

5. الشرح الكبير على متن المقنع، لأبي الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: 682 هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ت

6. الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ت: 620هـ، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1414هـ-1994م

7. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: 1051هـ، دار الكتب العلمية، د.ت

8. المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، ت: 884هـ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، عام 1418هـ- 1997م

9. مجموع الفتاوى، لأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، ت: 728هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام: 1416هـ- 1995م

10. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي البركات، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، ت: 652هـ، مكتبة المعارف- الرياض ط2، عام 1404هـ- 1984م

11. مختصر الخرقي من مسائل الإمام أحمد بن حنبل، لأبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي، ت: 334هـ، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، عام 1403هـ

12. مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن علي الحنبلي البعلي، ت: 777هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار ابن القيم، السعودية- الدمام، عام 1406هـ- 1986م

13. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي، ت: 1243هـ، المكتب الإسلامي، ط2، عام 1415هـ- 1994م

14. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، عام: 1388هـ- 1968م

كتب اللغة والمعاجم

1. الإنصاف في مسائل الخلاف بين النحويين: البصريين والكوفيين، لأبي البركات عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله الأنصاري، كمال الدين الأنباري ت: 577هـ، المكتبة العصرية، ط1، عام 1424هـ- 2003م

2. أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، لأبي محمد جمال الدين، عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف، المعروف بابن هشام، ت: 761هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت

3. البلاغة العربية، عبد الرحمن بن حسن حَبَنَّكَة الميداني الدمشقي، ت: 1425هـ، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، عام 1416هـ- 1996م

4. تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزَّبيدي، ت: 1205هـ، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية

5. التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ت: 816هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1403هـ- 1983م

6. تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، ت: 370هـ، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط1، عام 2001م

7. التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، ت: 1031هـ، عالم الكتب- القاهرة، ط1، عام 1410هـ- 1990م

8. جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، لأحمد بن إبراهيم بن مصطفى الهاشمي، ت: 1362هـ، تحقيق: يوسف الصميلي، المكتبة العصرية، بيروت، د.ت

9. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لأبي يحيى زين الدين زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، ت: 926هـ، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط1، عام 1411هـ

10. الخصائص، لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي، ت: 392هـ، تحقيق: محمد علي النجار، عالم الكتب- بيروت، د.ت

11. دستور العلماء "جامع العلوم في اصطلاحات الفنون"، للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، عرّب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1421هـ - 2000م

12. دلالة الألفاظ، دراسة تحليلية وتطبيقية لمفهوم وأنواع دلالة الألفاظ، لعبد المنعم طوعي بشناتي، د.ط

13. دلالة السياق القرآني في تفسير أضواء البيان للعلامة الشنقيطي، دراسة موضوعية تحليلية، إعداد: أحمد لافي فلاح بطي المحيه المطيري، إشراف: د. مصطفى إبراهيم المشني، كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، عام 2007م

14. دلالة السياق وأثرها في استنباط الأحكام، د. خالد محمد العروسي عبد القادر، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، د.ت

15. دلالة السياق وأثرها في توجيه المتشابه اللفظي في قصة موسى عليه الصلاة والسلام، دراسة نظرية تطبيقية، لفهد بن شتوي بن عبد المعين الشتوي، إشراف: محمد ابن عمر بازمول، عام 1426هـ- 2005م، السعودية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الدعوة وأصول الدين

16. دلالة السياق، لردة الله بن ردة بن ضيف الله الطلحي، إشراف: عبد الفتاح عبد العليم البركاوي، أطروحة دكتوراه، جامعة أم القرى، كلية اللغة العربية، عام 1418هـ

17. سياق الحال في كتاب سيبويه دراسة في النحو والدلالة، لأسعد خلف العوادي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، ط1، عام 1432هـ- 2011م

18. شرح التصريح على التوضيح أو التصريح بمضمون التوضيح في النحو، لزين الدين خالد بن عبد الله بن أبي بكر بن محمد الجرجاويّ الأزهري المصري، وكان يعرف بالوقاد، ت: 905هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1421هـ- 2000م

19. شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، لنشوان بن سعيد الحميري اليمني، ت: 573هـ، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري، ومطهر بن علي الإرياني، ويوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر، لبنان- بيروت، دار الفكر، سورية- دمشق، ط1، عام 1420هـ- 1999م

20. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ت: 393هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط4، عام 1407هـ- 1987م

21. الطراز لأسرار البلاغة وعلوم حقائق الإعجاز، يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم، الحسيني العلويّ الطالبي الملقب بالمؤيد باللَّه، ت: 745هـ، المكتبة العصرية- بيروت، ط1، عام 1423 هـ- 2001م

22. طلبة الطلبة، لأبي حفص، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، نجم الدين النسفي، ت: 537هـ، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، عام: 1311هـ

23. علل النحو، لأبي الحسن محمد بن عبد الله بن العباس، ابن الوراق، ت: 381هـ، تحقيق: محمود جاسم محمد الدرويش، مكتبة الرشد- الرياض- السعودية، ط1، عام 1420 هـ- 1999م

24. الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، ت نحو: 395هـ، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة– مصر، د.ت

25. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو حبيب، دار الفكر، سورية- دمشق، ط2، عام 1408هـ- 1988م، تصوير: 1993م

26. القاموس المحيط، لأبي طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: 817هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، عام 1426هـ- 2005م

27. كتاب العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، ت: 170هـ، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، د.ت

28. كتاب سيبويه، لأبي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر سيبويه، ت: 180 هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل- بيروت، د.ت

29. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي، ت: 1094هـ، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة– بيروت
30. لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ت: 711هـ، دار صادر- بيروت، ط3، عام 1414هـ
31. المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر، لأبي الفتح ضياء الدين، نصر الله بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري، المعروف بابن الأثير الكاتب، ت: 637هـ، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية للطباعة والنشر- بيروت، عام 1420 هـ
32. المحيط في اللغة، لأبي القاسم إسماعيل بن عباد بن العباس الطالقاني، المشهور بالصاحب بن عباد، د.ط
33. مختار الصحاح، لأبي عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، ت: 666هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، ط5، عام 1420هـ- 1999م
34. معجم الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، ت نحو: 395هـ، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ط1، عام 1412هـ
35. معجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، ت: 1408هـ، مكتبة المثنى- بيروت، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ت
36. المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى أحمد الزيات، حامد عبد القادر محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، د.ت، د.م
37. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1408هـ- 1988م
38. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، ت: 395هـ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام 1399هـ- 1979م
39. مفاتيح العلوم، لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن يوسف، الكاتب البلخي الخوارزمي، ت: 387هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ط2، د.ت
40. المقتضب، لأبي العباس محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي، المعروف بالمبرد، ت: 285هـ، تحقيق: محمد عبد الخالق عظيمة، عالم الكتب– بيروت، د.ت، 228/3
41. المنصف، لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي، ت: 392هـ، شرح كتاب التصريف لأبي عثمان المازني، دار إحياء التراث القديم، ط1، عام 1373هـ- 1954م
42. موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، لمحمد علي التهانوي، تحقيق: علي دحروج، ترجمة: جورج زيناتي، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ط1، عام 1996م

كتب التراجم والتاريخ

1. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، ت: 463هـ، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، عام 1412هـ- 1992م
2. أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، ت: 630هـ، تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، عام 1415هـ- 1994م
3. الإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852هـ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، عام 1415 هـ
4. الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي، ت: 1396هـ، دار العلم للملايين، ط15- أيار، 2002م
5. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت: 1250هـ، دار المعرفة- بيروت، د.ت
6. بغية الطلب في تاريخ حلب، لعمر بن أحمد بن هبة الله بن أبي جرادة العقيلي، كمال الدين ابن العديم، ت: 660هـ، تحقيق: د.سهيل زكار، دار الفكر، د.ت، د.م
7. تاج التراجم في طبقات الحنفية، لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني الجمالي الحنفي، ت: 879هـ، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1، عام 1413هـ- 1992م
8. التاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، ت: 256هـ، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، طبع تحت مراقبة: محمد عبد المعيد خان
9. تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، ت: 748هـ، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط1، عام 1419هـ- 1998م
10. تراجم ستة من فقهاء العالم الإسلامي في القرن الرابع عشر وآثارهم الفقهية، للشيخ عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، ط1، عام 1417هـ- 1997م
11. تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، ت: 676هـ عنيت بنشره: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، يطلب من: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ت
12. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي ت: 742هـ، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، عام 1400هـ- 1980م
13. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد، محيي الدين عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي الحنفي، ت: 775هـ، مير محمد كتب خانه- كراتشي، د.ت

14. الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ت: 852هـ، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية – حيدر آباد– الهند، ط2، عام 1392هـ– 1972م

15. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، ت: 799هـ، دار الكتب العلمية– بيروت، د.ت

16. ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، لأبي زيد، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون الحضرمي الإشبيلي، ت: 808هـ، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط2، عام 1408 هـ– 1988م

17. ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي ت: 795هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان– الرياض، ط1، عام 1425هـ– 2005م

18. سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت:784 هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسين الأسد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، عام 1405هـ– 1985م

19. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، لبنان– بيروت، د.ت

20. طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ت: 771هـ، تحقيق: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، عام 1413هـ

21. طبقات الشافعية، لأبي بكر تقي الدين بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، ابن قاضي شهبة، ت: 851هـ، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب – بيروت، ط1، عام 1407 هـ

22. طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ت: 476هـ، هذبهُ: محمد بن جلال الدين المكرم بن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، 1970م، دار الرائد العربي، لبنان– بيروت

23. فوات الوفيات، محمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاكر بن هارون بن شاكر الملقب بصلاح الدين، ت: 764هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر– بيروت، ط1، ج 1– عام 1973، ج: 2، 3، 4– عام 1974م

24. معرفة الصحابة، لأبي عبد الله محمد بن إسحاق بن محمد بن يحيى بن مَنْدَه العبدي، ت: 395هـ، تحقيق: عامر حسن صبري، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط1، عام 1426 هـ – 2005 م

25. المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي، لأبي المحاسن جمال الدين يوسف بن تغري بردي الأتابكي، ت:874هـ، تحقيق: محمد محمد أمين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام 1984م

26. نزهة الألباء في طبقات الأدباء، لأبي البركات عبد الرحمن بن محمد بن عبيد الله الأنصاري، كمال الدين الأنباري، ت: 577هـ، تحقيق: إبراهيم السامرائي، مكتبة المنار، الأردن– الزرقاء، ط3، عام 1405 هـ– 1985م

27. الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي، ت: 764هـ، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث- بيروت، عام: 1420هـ- 2000م
28. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر بن خلكان البرمكي الإربلي، ت: 681هـ، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر- بيروت

كتب معاصرة

1. إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، لعائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إشراف محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، عام 1421هـ- 2001م
2. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، لإبراهيم بن محمد الفائز، المكتب الإسلامي، بيروت، مكتبة أسامة الرياض، ط1، عام 1402هـ- 1982م
3. إثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية DNA، لمازن إسماعيل هنية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) فلسطين- غزة- المجلد 17، العدد الأول، يناير 2009
4. أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة، لمنال محمد رمضان هاشم العشي، إشراف: د. مازن إسماعيل هنية، رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية، فلسطين- غزة، 1429هـ- 2008م
5. أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، لعادل بن عبد القادر قوته، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ط1، عام 1428هـ- 2007م
6. أثر قاعدتي: المشقة تجلب التيسير، ولا ضرر ولا ضرار في المسائل الطبية المستجدة، لمحمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، د.ط، د.ت
7. أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، لعمر بن محمد بن إبراهيم غانم، دار الأندلس الخضراء، السعودية- جدة، ودار ابن حزم، بيروت- ط1، عام 1421هـ- 2001م، نقلاً عن كتاب خلق الإنسان بين الطب والقرآن، لمحمد علي البار، الدار السعودية، جدة، ط5، عام 1984م
8. البصمة الوراثية مفهومها، وحجيتها، ومجالات الاستفادة منها، والحالات التي يمنع عملها فيها، والاعتراضات الواردة عليها، لياسين بن ناصر الخطيب، مجلة العدل، العدد 41، محرم 1430هـ
9. البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دراسة فقهية مقارنة، لبديعة علي أحمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط1، عام 2001م
10. البصمة الوراثية وأثرها في النسب، لبندر بن فهد السويلم، بحث محكم في مجلة العدل، محرم 1429هـ، العدد 37
11. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. وهبة الزحيلي، بحوث الدورة 16 للمجمع الفقهي بجدة
12. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، لنصر فريد واصل، مجلة المجمع الفقهي السنة الرابعة عشرة، العدد السابع عشر

13. البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، لحسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2، عام 2011م
14. تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، نجم عبد الله عبد الواحد. د.ط، د.ت
15. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء الإدارة العامة للطبع- الرياض، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز... الشيخ عبد الرزاق عفيفي... الشيخ عبد الله بن غديان
16. الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، دراسة علمية فقهية، لعلي محي الدين القره داغي، د.ط
17. الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، لعبد الرحمن بن حسن النفيسة، المكتبة الإلكترونية
18. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، عام 1418هـ- 1998م
19. الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سورية- دمشق، ط2، عام 1416هـ- 1985م
20. قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية، لعايد عبد الله الشهراني، 1428هـ، د.ط
21. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي، الدورات: الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات: من الأول إلى الثاني بعد المئة (1398-1424هـ- 1977-2004م) ط2
22. معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الصادرة عن مؤسسة سلطان بن زايد آل نهيان الخيرية والإنسانية، بمشاركة منظمة التعاون الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي
23. الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الطبعة: من 1404-1427 هـ، الأجزاء 1- 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل- الكويت، الأجزاء 24- 38، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة- مصر، الأجزاء 39- 45، الطبعة الثانية، طبع الوزارة
24. موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، لعلي أحمد السالوس، مكتبة دار القرآن مصر- بلبيس، دار الثقافة، قطر- الدوحة، ط7، د.ت
25. ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمأمول، لإبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، بحث 4/18
26. ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 23-25 جمادى الآخرة الموافق 13-15 تشرين الأول (أكتوبر) 1988م

كتب القانون

1. إجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية في الفقه وأنظمة المملكة العربية السعودية، لمحمد بن منصور ربيع المدخلي، جامعة الملك خالد- كلية الشريعة وأصول الدين- قسم الفقه

2. الإسلام والدستور، توفيق بن عبد العزيز السديري، وكالة المطبوعات والبحث العلمي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط1، عام 1425هـ
3. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م
4. أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، لمحمد مصطفى الزحيلي، مطابع مؤسسة الوحدة، دمشق، عام 1402هـ- 1982م
5. أصول المحاكمات المدنية، لصلاح الدين سلحدار، منشورات جامعة حلب، عام 1404هـ- 1984م
6. حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، لمحمد ياسين، دار الفرقان، عمان ط1، عام 1984م
7. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وآثاره، لعبد الرحمن الصابوني، مطبوعات جامعة دمشق، عام: 1972- 1973م
8. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، لمصطفى السباعي، مطابع دار الفكر بدمشق، ط5، عام 1383هـ- 1963م
9. شرح قانون الوصية، لمحمد أبو زهرة، مكتبة الأنجلو المصرية- القاهرة، د.ت
10. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /59/ لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، وأسبابه الموجبة مع بعض الاجتهادات عن محكمة النقض السورية، إعداد وتنسيق: ممدوح عطري، مؤسسة النوري، دمشق، عام 2011م
11. قانون البينات معدلاً ومضبوطاً على الأصل، لممدوح عطري، دار الفكر القضائي للنشر، ط1، عام 1981م
12. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، د.ت
13. المرشد في قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7، لأديب استانبولي، ط3، المكتبة القانونية دمشق، عام 1997م
14. نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، لأحمد فتحي بهنسي، دار الشروق، القاهرة- بيروت، ط4، عام 1403هـ- 1983م
15. نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، د. نزيه حماد، د.ط.
16. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د. محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، ط1، دمشق- بيروت، 1402هـ- 1982م
17. اجتهادات محكمة النقض السورية القرار المؤرخ 1960/11/30- المحامون لعام 1961

18. مجموعة القواعد القانونية السورية نقض سوري 1966/4/27 رقم 2071 ص 115 تاريخ 1960/5/12 رقم 2075 ص 1159

المجلات والدوريات

1. مجلة Pakistan Journal of Islamic Research بحث بعنوان الجملة ذات الموقع النحوي الواحد في كتاب سيبويه، أعده: كل محمد باسل، الأستاذ المساعد بكلية اللغة العربية- الجامعة الإسلامية العالمية- إسلام آباد، 2011/8

2. مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد- السعودية، بحث: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، لعبد الله بن محمد ابن خنين، الإصدار: من ربيع الأول إلى جمادى الآخرة، عام 1427هـ

3. مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد الأول، كانون الثاني (يناير) 2005م، بحث بعنوان: دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، لمازن إسماعيل هنية

4. مجلة العدل، العدد 20، شوال 1424هـ، بحث تحقيق المناط، لصالح بن عبد العزيز العقيل

5. مجلة المجمع الفقهي الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابعة عشرة، القرارات من الأول إلى الثاني بعد المئة، 1398-1424هـ- 1977-1994م

6. مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، العدد الرابع، الجنين المشوه (أسبابه وتشخيصه وأحكامه)، لمحمد علي البار

7. مجلة المجمع الفقهي، السنة الثانية، العدد الرابع، بحث: عصمة دم الجنين المشوه، لمحمد الحبيب بن الخوجة

8. مجلة المجمع الفقهي، السنة الرابعة عشرة، العدد السادس عشر، بحث البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، لعلي محيي الدين القره داغي

9. مجلة المنار، محمد رشيد بن علي رضا، جمادى الآخرة- 1337هـ- مارس- 1919م

10. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الثاني، 2007م، بحث بعنوان: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، د.حمزة حمزة

11. مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد الأول، عام2001م، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، لياسين محمد غادي

كتب متفرقة

1. بدائع الفوائد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، ابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.ت

2. التذكرة الحمدونية، لأبي المعالي بهاء الدين، محمد بن الحسن بن محمد بن علي بن حمدون البغدادي، ت: 562هـ، دار صادر، بيروت، ط1، عام 1417 هـ

3. التراتيب الإدارية والعمالات والصناعات والمتاجر والحالة العلمية التي كانت على عهد تأسيس المدنية الإسلامية في المدينة المنورة العلمية، لمحمد عَبْد الحَيّ بن عبد الكبير بن محمد الحسني الإدريسي، المعروف بعبد الحي الكتاني، ت: 1382هـ، تحقيق: عبد الله الخالدي، دار الأرقم- ط2، بيروت، د.ت

4. زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ت: 751هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت- مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط 27، عام 1415هـ- 1994م

5. ماهية العقل ومعناه واختلاف الناس فيه، لأبي عبد الله الحارث بن أسد المحاسبي، ت: 243هـ، تحقيق: حسين القوتلي، دار الكندي، دار الفكر- بيروت، ط2، عام 1398هـ

6. المنطق الصوري التصورات- التصديقات، إعداد: يوسف محمود، دار الحكمة، الدوحة، ط1، عام 1414هـ- 1994م

مواقع الإنترنت:

1. "http://ar.jurispedia.org/index.php?title=%D%8AD%D%8AC%D8%9A%D%8A9_%D%8A%7D%84%9D%8A%3D%85%9D%8B1_%D%8A%7D%84%9D%85%9D%82%9D%8B%6D8%9A_%D%8A%8D87%9_(sy)&oldid="46155
2.)http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=(4
3. .http://site.iugaza.edu.ps/mhania/cv/
4. %88D%8B1-%D%8AD%D%85%9D%8AF%D%8A%7D%8AA%D89%9-%D %85%9D%8A%7D%8A1-%D%8A%7D%84%9D%8B%9D8%9A%D%86%9D8%9A%D/86%9
5. ar.wikipedia.org/wiki/
6. http://islam.ahram.org.eg/NewsQ/4887.aspx
7. http://islamhouse.com/ar/author//228530
8. http://kol-jadid.blogspot.com/2013_06_01_archive.html
9. http://www.bab.com/node/3118
10. http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=21330
11. http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=21330
12. http://www.dr-mfalnbhan.com/%D%8A%7D%84%9D%8AF%D%83%9D%8AA%D%9
13. http://www.qudspress.com/data/aspx/d10249/29.aspx
14. www.khayma.com/maalbar/
15. www.55a.net

المحتوى

العنوان **الصفحة**

مقدمـــة 3

الفصل التمهيدي: تحرير مصطلحات البحث والألفاظ ذات الصلة 7

المبحث الأول: تحرير مصطلحات البحث 8

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال 8

المطلب الثاني: مفهوم الأثر 14

المطلب الثالث: تعريف الحكم وأنواعه 15

المطلب الرابع: المراد ببناء الأحكام الشرعية 33

المطلب الخامس: معنى الأحوال الشخصية 35

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة 40

المطلب الأول: القرائن 36

المطلب الثاني: العلة 43

المطلب الثالث: الحكمة 43

المطلب الرابع: ظاهر الحال 44

المطلب الخامس: دلالة السياق 46

المطلب السادس: العلاقة بين دلالة الحال والتعريض والكناية 49

المبحث الثالث: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال وأثره في اللغة 55

المطلب الأول: تأريخ استخدام مصطلح دلالة الحال 55

المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في اللغة 56

الباب الأول: دلالة الحال: حجيتها- أقسامها- شروطها 65

الفصل الأول: حجية دلالة الحال ودرجاتها 61

المبحث الأول: حجية دلالة الحال 61

المطلب الأول: دلالة الحال في القرآن الكريم والسنة النبوية 61

المطلب الثاني: أدلة بناء الأحكام على ظاهر الحال 68

المطلب الثالث: الاحتجاج بالقواعد الفقهية على دلالة الحال 73

المبحث الثاني: درجات دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية 83

المطلب الأول: بلوغها درجة اليقين 83

المطلب الثاني: بلوغها درجة غلبة الظن 83
المطلب الثالث: بلوغها درجة الظن 83
المطلب الرابع: بلوغها درجة الشك 84
المطلب الخامس: بلوغها درجة الوهم..... 85
الفصل الثاني: أقسام دلالة الحال وأمثلتها من الأحوال الشخصية..... 87
المبحث الأول: أقسام دلالة الحال من حيث مصادرُها التشريعية وأمثلتها من الأحوال الشخصية... 87
المطلب الأول: الأوصاف المستنبطة من النصوص 87
المطلب الثاني: الأوصاف المستنبطة من الإجماع..... 89
المطلب الثالث: الأوصاف المستنبطة من القياس 90
المطلب الرابع: الأوصاف المستنبطة من الأدلة المختلف فيها 92
المبحث الثاني: أقسام دلالة الحال من حيث مَدْرَكُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية..... 98
المطلب الأول: طريق الإدراك بالحس..... 98
المطلب الثاني: طريق الإدراك بالعقل 103
المطلب الثالث: طريق الإدراك بالعرف 107
المبحث الثالث: أقسام دلالة الحال من حيث لزوم الوصف وعدمه وأمثلتها من الأحوال الشخصية112
المطلب الأول: كونها وصفاً عارضاً 112
المطلب الثاني: كونها وصفاً لازماً..... 115
المطلب الثالث: كونها وصفاً مجاوراً 117
المطلب الرابع: كونها فعلاً 118
المبحث الرابع: أقسام دلالة الحال من حيث بنيتُها وأمثلتها من الأحوال الشخصية 126
المطلب الأول: كونها وصفاً بسيطاً..... 124
المطلب الثاني: كونها وصفاً مركباً 125
المبحث الخامس: أقسام دلالة الحال من حيث الوضع وأمثلتها من الأحوال الشخصية 126
المطلب الأول: كونها سبباً لحكم 126
المطلب الثاني: كونها شرطاً لحكم.....127
المطلب الثالث: كونها مانعاً من حكم 129
المبحث السادس: أقسام دلالة الحال من حيث بناء الحكم على الوصف الوجودي أو العدمي وأمثلتها من الأحوال الشخصية 131
المطلب الأول: بناء الحكم العدمي على الوصف الوجودي..... 131
المطلب الثاني: بناء الحكم العدمي على الوصف العدمي 134

المطلب الثالث: بناء الحكم الوجودي على الوصف العدمي 137
المطلب الرابع: بناء الحكم الوجودي على الوصف الوجودي 137
المبحث السابع: أقسام دلالة الحال من حيث مراعاةُ المصالح وأمثلتها من الأحوال الشخصية..... 142
المطلب الأول: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات الإيجابية 142
المطلب الثاني: مراعاة المصالح الشخصية في التصرفات السلبية (التروك) 147
المطلب الثالث: مراعاة مصالح الغير في التصرفات الإيجابية 152
المطلب الرابع: مراعاة مصالح الغير في التصرفات السلبية (التروك) 155
المطلب الخامس: أسس مراعاة المصالح 157
الفصل الثالث: الشروط العامة لدلالة الحال..... 163
المبحث الأول: كونها وصفاً..... 162
المطلب الأول: معنى كونها وصفاً 162
المطلب الثاني: نوعا الوصف: (طردي ومناسب) 163
المبحث الثاني: كونها ظاهرة..... 166
المطلب الأول: ضبط الشرع الأحكام بالأوصاف الظاهرة دون الخفية 166
المطلب الثاني: بناء الأحكام على المظنة..... 167
المطلب الثالث: حكم بناء الأحكام على الحكمة الخفية والظاهرة ومذاهب الأصوليين ذلك..... 171
المبحث الثالث: كونها منضبطة 176
المطلب الأول: معنى كونها منضبطة 176
المطلب الثاني: أسباب عدم الانضباط..... 176
المبحث الرابع: وجود المناسبة بين الحكم والوصف..... 179
المطلب الأول: معنى المناسبة 179
المطلب الثاني: أقسام الوصف المناسب..... 179
المبحث الخامس: كونها لا تخالف دليلاً شرعياً..... 182
المطلب الأول: مخالفة الوصف نصاً شرعياً 182
المطلب الثاني: مخالفة الوصف الإجماع 184
الباب الثاني: التطبيقات الشائعة لدلالة الحال في الأحوال الشخصية.....185
الفصل الأول: أثر دلالة الحال في التعبير عن الإرادة في الأحوال الشخصية..... 186
المبحث الأول: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإبطال..... 186
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال الإيجابية 186

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإبطال في الأعمال السلبية (التروك)..... 189
المبحث الثاني: اعتبار دلالة الحال في التعبير عن الإرادة بالإمضاء..... 198
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال الإيجابية..... 198
المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة بالإمضاء في الأعمال السلبية (التروك) 201
الفصل الثاني: أثر دلالة الحال في الفعل في الأحوال الشخصية..... 203
المبحث الأول: أنواع الفعل من حيث ماهيته والآثار المترتبة عليه..... 203
المطلب الأول: الفعل الإيجابي 203
المطلب الثاني: الفعل السلبي (التروك) 205
المبحث الثاني: أنواع الفعل من حيث نتيجته والآثار المترتبة عليه..... 210
المطلب الأول: الفعل النافع 210
المطلب الثاني: الفعل الضار 214
المبحث الثالث: أنواع الفعل من حيث فاعله والآثار المترتبة عليه..... 219
المطلب الأول: الفعل الشخصي 221
المطلب الثاني: فعل الغير 232
الفصل الثالث: أثر دلالة الحال في اليد في الأحوال الشخصية..... 239
المبحث الأول: مفهوم اليد..... 240
المطلب الأول: معنى وضع اليد وأدلة اعتبارها..... 240
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة: الحيازة- الاستيلاء- القبض..... 242
المبحث الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي..... 244
المطلب الأول: أنواع اليد من حيث شرعيتها (اليد العاديَة- اليد الشرعية) 244
المطلب الثاني: أنواع اليد من حيث ثبات العين وحركتها 246
المبحث الثالث: أحكام اليد..... 255
المطلب الأول: تغير صفة اليد وشروط وضع اليد..... 255
المطلب الثاني: كيفية وضع اليد 255
المطلب الثالث: مراتب اليد..... 256
المطلب الرابع: وسائل إثبات اليد..... 257
الفصل الرابع: تطبيقات معاصرة لدلالة الحال في الأحوال الشخصية..... 261
المبحث الأول: تطبيقات معاصرة في الزواج والطلاق وآثارهما.....262

المطلب الأول: أثر دلالة الحال في إجراء الفحص الطبي قبل الزواج 262
المطلب الثاني: حكم إجهاض الجنين المشوه خَلقياً بناء على تقرير الفحص الطبي..... 269
المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في البصمة الوراثية 273
المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في تحديد عدة الحامل والحائل بالفحص الطبي..... 290
المطلب الخامس: أكثر مدة الحمل في الطب والقانون..... 295
المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة في الإرث والوصية..... 300
المطلب الأول: أثر دلالة الحال في تحديد ميراث الخنثى والحمل بناء على تحديد جنسه طبياً..... 300
المطلب الثاني: أثر دلالة الحال في ميراث المفقود في الفتن..... 301
المطلب الثالث: أثر دلالة الحال في الوقف..... 308
المطلب الرابع: أثر دلالة الحال في الوصية 309
الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات..... 310
الفهارس 316
فهرس الآيات القرآنية..... 317
فهرس الأحاديث النبوية والآثار..... 321
فهرس الأعلام..... 325
ثبت المصادر والمراجع..... 328
المحتوى..... 356