



الجمهورية العربية السورية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة دمشق _ كلية الشريعة

قسم الأحوال الشخصية

أحكام الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية

دراسة فقهية مقارنة

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير

إعداد الطالبة

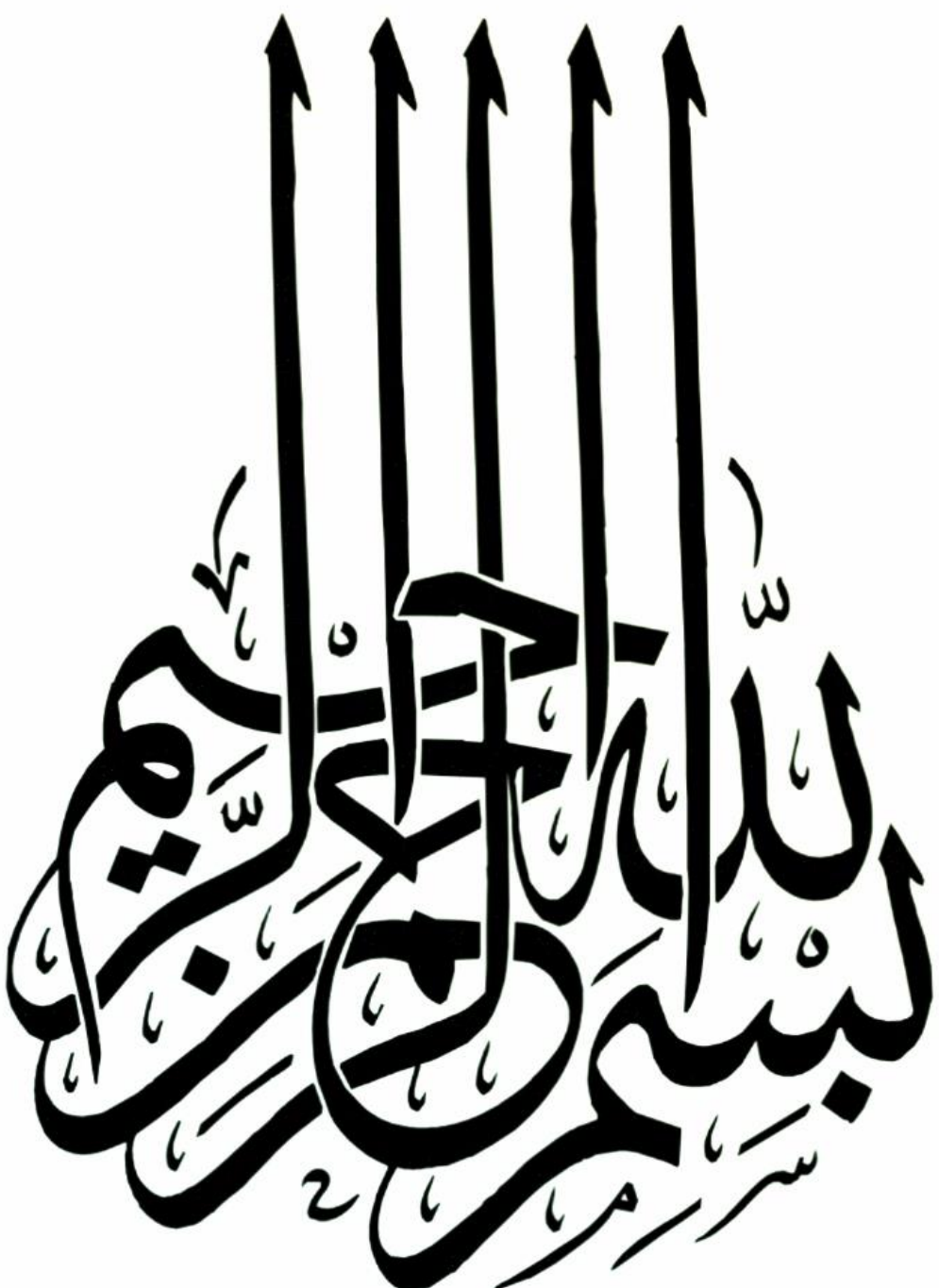
عائشة أحمد عقلة

إشراف الدكتور

عبد المنعم السقا

الدكتور في كلية الشريعة بجامعة دمشق

1445هـ _ 2024م



الإهداء

إلى روح المصطفى ﷺ

إلى مشايخي وأهل الطرق أجمعين

إلى روح والدي رحمه الله، وإلى والدتي العزيزة حفظها الله

إلى كل العائلة الكريمة التي ساندتني

إلى رفيقات المشوار من كنّ أوفياء

إلى جامعتي، أساتذتي، وروح الدكتور أيمن أبو العيال

إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

قال رسول الله ﷺ: «من لم يشكر الناس لم يشكر الله»^١.

فنحمد الله عز وجل على ما رزقنا من نعم، وعلى توفيقه لإتمام هذا العمل، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الفاتح لما أغلق، والخاتم لما سبق، ناصر الحق بالحق والهادي إلى الصراط المستقيم وعلى آله وصحبه حق قدره ومقداره العظيم

أوجه خالص شكري وتقديري إلى:

رئاسة جامعة دمشق

عمادة كلية الشريعة

السادة الأساتذة أعضاء قسم الأحوال الشخصية

السيد الدكتور عبد المنعم السقا الذي تفضل بالإشراف على رسالتي، والسادة الدكاترة أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور العميد محمد حسان عوض، والدكتور العميد حوران سليمان

ومن ساعد في تحرير الرسالة أو نسخها

الطالبة

عائشة أحمد عقلة

^١ رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، ح [١٩٥٥]: (٤٠٣/٣)، وقال حديث حسن/ سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي _ بيروت، ١٩٩٨م.

أحكام الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية

دراسة فقهية مقارنة

الطالبة: عائشة أحمد عقلة، المشرف: الدكتور عبد المنعم السقا

مستخلص الرسالة

للكتابة أهمية كبيرة فهي وسيلة من وسائل التعلم، وتسجيل الأفكار، وطريقة لحفظ وتوثيق المعلومات وإثبات الحقوق، ومع انتشار الكتابة في وقتنا الحاضر بصور عديدة كالكتابة الإلكترونية، جاء هذا البحث لبيان مدى حاجتها في مسائل الأحوال الشخصية، وبيان صورها القديمة والحديثة وحكمها الشرعي، وتحديد مسائل الأحوال الشخصية التي تقوم فيها الكتابة مقام اللفظ، وبيان طرق توثيق الكتابة، و**لبيان ذلك** اتبعت المنهج الاستقرائي التأصيلي المقارن، وبعد دراسة هذا البحث دراسة شاملة توصلت إلى نتائج عديدة منها:

للكتابة حكم اللفظ في غالب التصرفات بشرط أن تكون مفهومة ومكتوبة بخط واضح ومقروء، وأن تكون على شيء ثابت، وأيضاً أن يكون صاحب الكتابة يصح منه التصرف لفظاً، لأن الكتابة بديل عن اللفظ، وكل تصرف كتابي لم يذكر الفقهاء حكمه يصح إذا انطبقت عليه شروط الكتابة، فإن صحت وكالة غير المسلم بالنكاح والطلاق والوصية صحت الكتابة منه كونها بديلاً عن اللفظ، وأيضاً اشتراط الإسلام في الكتابة تابع لصحة التصرف من غير المسلم، كما أن للكتابة صوراً عدّة منها: الكتابة الورقية، والكتابة الإلكترونية وظهر لها الكثير من الأشكال، كالفاكس، والتلكس، والبريد الإلكتروني، وبرامج التواصل، كالاتساب، والماسنجر، والإيمو، والتيلغرام، والكتابة بلغة الإنكليزية المعربة ولغة الشات وغيرها.

- المصطلحات: (أحوال، كتابة، زواج، طلاق، آثار، توثيق، التوقيع الإلكتروني، المحرر، الوصية).

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا تجمد له ولياً مرشداً، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وكشف الله به الغمّة، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين، وبعد:

تعتبر الكتابة من أهم وسائل توثيق المعاملات بين الناس وحفظ الحقوق، والمنع من إنكارها، خاصة بعد الوفاة، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وبناءً على ذلك فإن توثيق العقود والمعاملات تضمن عدم الاختلاف والوقوع في المشكلات التي تسبب العداوة والبغضاء في نفوس الناس، لذا أوجد الإسلام الحل وبيّن أهمية توثيقها، وخاصة في عقود الزواج والطلاق التي ترتبط بحفظ الأسرة والأنساب، والتي الأصل في صيغتها اللفظ، ولكن قد يضطر الإنسان إلى الكتابة نتيجة لظروف معينة، خاصة وقد كثر تعامل الناس بها في جميع مجالات الحياة، وانتشرت على نطاق واسع وبصور متعددة.

كما أن للكتابة أهمية كبيرة في إنشاء العقود بين الغائبين، فهي تختصر عليهم الوقت والتعب، إذ أصبح بالإمكان إجراء المعاملات عبر الوسائل الكتابية الحديثة دون الحاجة إلى عناء السفر والانتقال إلى مكان إقامة الطرف الآخر، فهي تعد إحدى أهم وأبرز طرق التواصل بين الناس منذ العصور القديمة إلى العصور الحالية، وهي وسيلة مهمة للتعبير عن الإرادة للعاجز عن النطق، بالإضافة لتقريب المسافات بين المرسل والمرسل إليه، لذا اخترت عنوان رسالتي:

أحكام الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية

دراسة فقهية مقارنة

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في انتشار استخدام الكتابة في العقود عبر وسائل التواصل الحديثة بصور جديدة لم تكن من قبل، يقتضي ذلك بيان حكمها الشرعي لمعرفة مدى صحتها وحجيتها، فجاء هذا البحث ليوضح جميع الأحكام المتعلقة بالكتابة ليسهل الرجوع إليها ومعرفة حكمها.

سبب اختيار البحث:

جمع الأحكام المتعلقة بالكتابة لسهولة الرجوع إليها بعد أن كانت منشورة في كتب الفقه تحت أبواب متعددة.

إشكالية البحث:

للكتابة أهمية كبيرة، وهي طريقة من طرق التواصل قديمة كانت أم حديثة، ونتيجة للتطور المتسارع بوسائل التواصل، جاء هذا البحث لبيان أحكام الكتابة في الأحوال الشخصية وهو يجاوب على التساؤلات الآتية:

١. ما مدى حجية الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية عبر وسائل التواصل.
٢. ما هي صور الكتابة القديمة والحديثة التي ظهرت مؤخراً وما حكمها.
٣. ما هو حكم الكتابة كبديل للفظ في مسائل الأحوال الشخصية.
٤. ما هي طرق توثيق الكتابة.
٥. ما هي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي يصح فيها الاعتماد على الكتابة.

هدف البحث:

أهداف البحث تتضمن ما يأتي:

١. بيان مدى حجية الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية.
٢. صور الكتابة القديمة والحديثة التي ظهرت مؤخراً وما حكمها.
٣. تحديد مسائل الأحوال الشخصية التي تقوم فيها الكتابة مقام اللفظ.
٤. بيان طرق توثيق الكتابة.
٥. تخريج حكم صور الكتابة المعاصرة بعد أن أصبح بيان الحكم الشرعي ضرورة بسبب انتشارها واستخدامها على نطاق واسع.

منهج البحث:

المنهج الاجمالي: المنهج الاستقرائي التأصيلي المقارن وذلك باستقراء أبواب الفقه لبيان ما هي المسائل التي تصح فيها الكتابة مع ذكر حكمها مقارنةً بين المذاهب الأربعة وقانون الأحوال الشخصية السوري، ثم تأصيل ما استجد من المسائل المتعلقة بالكتابة لبيان حكمها الشرعي.

المنهج التفصيلي: ولإنجاز هذا البحث اتبعت المنهج الآتي:

١. عزو الآيات القرآنية إلى مصادرها في القرآن الكريم، بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن.

٢. تخريج الأحاديث والآثار الواردة في البحث، مع ذكر الحديث والكتاب فالباب، وإذا روى الحديث أكثر من واحد من أئمة الحديث أبين لفظ مَنْ، مع الحكم عليه، وإذا ورد في الصحيحين أو أحدهما يُكتفى به.
٣. عزو رأي كل مذهب إلى كتبه المعتمدة، ملتزماً بذكر اسم الكتاب، ثم المؤلف، ثم دار النشر والطبعة إن وجدت، وإلا أذكر الدار وأضع إشارة (د.ط) عند أول ورود له.
٤. ترجمة الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث عند أول ورود للاسم.
٥. ربط البحث بواقع المجتمع من خلال ذكر المسائل المستجدة، وذكر التطبيقات في المحاكم الشرعية.
٦. ختمت البحث بالخاتمة في آخره إذ تتضمن خلاصة البحث وأهم النتائج والتوصيات، ثم الفهارس العامة والتي تتعلق بالآيات والأحاديث والأعلام والمصادر والموضوعات العامة.

حدود البحث:

١. يجمع البحث أثر الكتابة في مسائل قانون الأحوال الشخصية دون غيرها من الفروع الفقهية ودون المسائل التي لم ينص عليها قانون الأحوال الشخصية السوري.
٢. يتناول البحث أحكام الكتابة وآثارها الفقهية مع التعرض أحياناً للأحكام المتعلقة باللفظ والإشارة والمعاطاة وقياس أحكامها على الكتابة، لأن الكتابة تقوم مقام اللفظ في كثيرٍ من المسائل.

الدراسات السابقة:

وجدت فيما اطلعت عليه الدراسات التالية القريبة من موضوع هذا البحث:

١. الكتابة وسيلة للإثبات في النزاع المدني، إعداد: برايك سومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، يتفق مع بحثي يتناول حجية الكتابة بشكلها التقليدي ثم المحررات الرسمية وطرق الطعن بها بينما يختلف من أن هذا البحث يجمع الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية وحجية العمل بالكتابة الالكترونية.
٢. أثر الكتابة في إثبات الحقوق، إعداد عبد العزيز بن سعد الدغيشر، مجلة العدل في وزارة العدل ٢٠٢٤م، يتناول البحث بشكل مختصر عن دور الكتابة في إثبات الحقوق دون التفصيل في المسائل الفقهية ودون التعرض للمحررات الرسمية والكتابة الالكترونية.
٣. حجية العمل بالمحررات الكتابية، إعداد: جابر بن علي الخبراني، كلية الدراسات الإنسانية-قسم الفقه، يتناول هذا البحث عن حجية الكتابة المتمثلة في السندات الرسمية، وتناول أنواع الكتابة وشروطها، وهو

بما يتفق مع بحثي، ويختلف عنه بتناوله أحكام سندات الكتابة فيما يخص المعاملات المالية، إنما سأتناول في هذا البحث صور الكتابة المعاصرة، وبيان حكمها وتطبيقها على مسائل الأحوال الشخصية.

٤. الدليل الكتابي ودوره في إثبات الجريمة في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، مقدمة للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، إعداد الطالب: شمس الدين عبد الله الفرساني، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م، تناول هذه الرسالة الكتابة كدليل من أدلة الإثبات، ويتفق مع بحثي في هذه الجزئية، بينما بحثي سيكون أعم وأشمل حيث سيتناول جميع أحكام الكتابة بما فيها حجيتها، بالإضافة إلى أنه سيكون مقتصرًا على مسائل الأحوال الشخصية، بينما هذه الدراسة تتعلق بالأحكام الجنائية.

٥. المحررات وحجيتها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني للدكتور عبد الله أحمد فروان أستاذ مساعد بقسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في صنعاء في منشور مجلة الدراسات الاجتماعية العدد الثاني عشر ديسمبر ٢٠٠١م، وهو بحث صغير لم يتجاوز ٤٠ صفحة، تكلم فيه عن السندات الرسمية وغير الرسمية (المحررات) وحجيتها في الفقه والقانون، ويتفق مع ما سأتناوله في جزئية المحررات الرسمية وغير الرسمية في الفقه الإسلامي، بينما بحثي سيكون شاملاً لكل ما يخص الكتابة إضافة لأحكام المسائل المستجدة في الكتابة، وبيان حجيتها مقتصرة على مسائل الأحوال الشخصية فقط، مع ذكر القواعد الفقهية المتعلقة بالكتابة مقارنة بالقانون السوري بينما هو قارنه مع القانون اليمني.

الجديد في البحث:

١. يأتي البحث جامعاً لجميع مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالكتابة، مغنياً عن الرجوع لأي مرجع آخر بعدما كانت أحكام الكتابة منثورة في كتب الفقه، وما كان منها جديداً يحتاج لأن يُجمَع في بحث واحد يوضح حكمه.
٢. تناول البحث ما ورد في الاجتهادات القضائية من مسائل تتعلق بأحكام الكتابة في فروع الأحوال الشخصية.

خطة البحث:

يتكون البحث من مبحث تمهيدي، وفيه مطلبان، وثلاثة فصول، يشمل الفصلان الأولان مبحثين، ويشمل الفصل الثالث ثلاثة مباحث:

المبحث التمهيدي: تعاريف ذات صلة بالبحث

المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: تعريف الكتابة.

الفصل الأول: حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها وشروطها

المبحث الأول: حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها

المطلب الأول: حجية الكتابة.

المطلب الثاني: دلالة الكتابة.

المطلب الثالث: حكم الكتابة بين حاضرين

المطلب الرابع: حكم الكتابة بين غائب وحاضر

المبحث الثاني: شروط الكتابة النافذة.

المطلب الأول: شروط من تقع منه الكتابة.

المطلب الثاني: شروط صفة الكتابة النافذة

الفصل الثاني: طرق توثيق الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية

المبحث الأول: الطرق القديمة في توثيق الكتابة في مسائل الأحوال الشخصية

المطلب الأول: الشهادة

المطلب الثاني: اليمين

المطلب الثالث: الإقرار

المطلب الرابع: القرائن

المبحث الثاني: الطرق الحديثة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية

المطلب الأول: البصمة

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

المطلب الثالث: الخبرة

الفصل الثالث: أثر الكتابة على مسائل الأحوال الشخصية

المبحث الأول: أثر الكتابة في الزواج وآثاره

المطلب الأول: أثر الكتابة في الخطبة.

المطلب الثاني: أثر الكتابة في صيغة عقد الزواج.

المطلب الثالث: أثر الكتابة في المهر

المطلب الرابع: أثر الكتابة في نتائج الولادة

المبحث الثاني: أثر الكتابة في انحلال الزواج وآثاره

المطلب الأول: أثر الكتابة في الطلاق بالإرادة المنفردة

المطلب الثاني: أثر الكتابة في الطلاق المعلق

المطلب الثالث: أثر الكتابة في طلاق المكره والمهازل

المطلب الرابع: أثر الكتابة في الطلاق الإلكتروني

المطلب الخامس: أثر الكتابة في الخلع

المطلب السادس: أثر الكتابة في التفريق الظهار واللعان.

المطلب السابع: أثر الكتابة في آثار الطلاق

المبحث الثالث: أثر الكتابة في النيابة والأهلية الشرعية

المطلب الأول: تصرفات المحجور عليه كتابة

المطلب الثاني: تصرف الولي والوصي كتابة

المبحث الرابع: أثر الكتابة في الوصية

المطلب الأول: تعريف الوصية وحكمها كتابة

المطلب الثاني: الرجوع عن الوصية المكتوبة

المطلب الثالث: ثبوت الوصية كتابة في القانون

الخاتمة

المراجع

الفهارس

المطلب الأول

تعريف الأحوال الشخصية

أولاً: تعريف كلمة " الأحوال " في اللغة:

الحال: وهو ما كان عليه الإنسان من خيرٍ أو شرٍّ، يُدَكَّرُ ويؤنَّثُ، والجمع أحوال^١

والحال: صفة الشيء وهيئته وكيفيته،^٢ وهو ما يختص به الإنسان وغيره من الأمور المتغيرة في نفسه وبدنه وما يقتنيه.^٣

فالأحوال في اللغة تشمل جانبين: جانب شخصي، وجانب مالي.

ثانياً: تعريف كلمة " الشخصية " في اللغة

هي صفة لكلمة الشخص، والشَّخْصُ: سوادُ الإنسان وغيره تراه من بعيدٍ، تقول ثلاثة أشخاصٍ. وكلُّ شيءٍ رأيت جُسمانَه، فقد رأيت شَخْصَه وهو مُدَكَّرٌ، والجمع أشخاصٌ وشُخُوصٌ وشخاص.^٤

والشخص هو كل جسم له ارتفاع وظهور، وقد غلب استعماله في الإنسان^٥

ثالثاً: تعريف مصطلح الأحوال الشخصية

لم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية إلا حديثاً، فقد كانت أحكام الأسرة موزعة بين أبواب الفقه من زواج وطلاق ونسب ووصية وميراث، وأول من استعمل هذا المصطلح الفقيه المصري قدري باشا^١، فقد وضع مجموعة

^١ لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، مادة (حول): (١٢٠/١٢).

^٢ معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م: (١٧٣).

^٣ تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥ هـ)، دار الهداية، (د.ط)، مادة (حول): (٣٧٤/٢٨).

^٤ لسان العرب لابن منظور، مادة (شخص): (٤٥/٧).

^٥ تاج العروس لمرتضى الزبيدي، مادة (شخص): (١٨/٧) / القاموس الفقهي الدكتور سعدي أبو حبيب دار الفكر، دمشق - سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م، تصوير ١٩٩٣ م: (١٩٠).

فقهية سماها: (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) ولم تصدر هذه المجموعة بصفة رسمية كقانون، ولكن طبقت في المحاكم الشرعية على أنها تمثل الراجح من المذهب الحنفي، وقد تضمنت أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والميراث والهبة.^٢

وقد كان تحديد اختصاص المحاكم الشرعية هو الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في (٢١ يونيو ١٩٣٤م)، فقضت بأن المقصود من الأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغرٍ أو عتهٍ أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية.^٣

فالأحوال الشخصية كما يُنبئ لفظها تختص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص.

^١قديري باشا: من رجال القضاء في مصر، ولد بها في ملوي سنة ١٢٣٧هـ كان مستشاراً في المحاكم المختلطة، وناظراً للحقانية، ثم وزيراً للمعارف، فوزيراً للحقانية، توفي بالقاهرة سنة ١٣٠٦هـ/ التعليقات المرضية على الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لفتحي أحمد صافي، مطبعة الكتاب العربي، دمشق ١٩٩٣م: (٦).

^٢شرح قانون الأحوال الشخصية السوري أ. د عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية ١٩٩٨م/١٤١٩هـ: (١١/١).

^٣أحكام الأسرة في الإسلام محمد مصطفى شلبي، ط: الرابعة ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م: (٢٨-٢٩).

المطلب الثاني

تعريف الكتابة ونشأتها وتطورها

أولاً: تعريف الكتابة

١. الكتابة في اللغة والاصطلاح

أ. الكتابة في اللغة: كَتَبَهُ يَكْتُبُ كِتَابًا بِالْفَتْحِ، وَكِتَابَةً، وَكِتَبَةً، بِالْكَسْرِ فِيهِمَا: خَطَّهُ.^١

وَيُقَالُ: اكْتَتَبَ فُلَانٌ فُلَانًا أَي سَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ كِتَابًا فِي حَاجَةٍ، وَاسْتَكْتَبَهُ الشَّيْءُ أَي: سَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ لَهُ، وَقِيلَ: كَتَبَهُ خَطَّهُ؛ وَاكْتَتَبَهُ: اسْتَمْلَاهُ، وَكَذَلِكَ اسْتَكْتَبَهُ.^٢

ب. الكتابة في الاصطلاح: ما يكتب في القرطاس من الكلام.^٣

وعند القلقشندي^٤: " جميع ما يسطره القلم مما يتصوره الذهن ويتخيله الوهم ".^٥

فالكاتب يتخيل اللفظ في أوهامه ومخيلته، ثم من ضم اللفظ بعضه إلى بعض يضع صورة باطنية في نفسه وتصير تلك الصورة محسوسة من خلال القلم بعد أن كانت في باطنه.^٦

وهي: " رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدالة على ما في النفس، .. وهي ثاني رتبة من الدلالات اللغوية.. وقيل: هي صناعة شريفة إذ هي من خواص الإنسان تميزه عن الحيوان، .. وتطلع على

^١ تاج العروس للزبيدي، مادة (كتب): (١٠٠/٤).

^٢ لسان العرب لابن منظور، مادة (كتب): (٦٩٨/١).

^٣ معجم لغة الفقهاء قنيبي وقلعجي: (٣٧٧).

^٤ القلقشندي (٧٥٦ - ٨٢١ هـ = ١٣٥٥ - ١٤١٨ م) أحمد بن علي بن أحمد الفزاري القلقشندي ثم القاهري: المؤرخ الأديب البحاثة. ولد في قلقشندة وتوفي في القاهرة. وهو من دار علم، وفي أبنائه وأجداده علماء أجلاء. أفضل تصانيفه (صبح الأعشى في قوانين الإنشا) / الأعلام لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦ هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار ٢٠٠٢ م: (١٧٧/١).

^٥ صبح الأعشى في صناعة الإنشاء أحمد بن علي بن أحمد القلقشندي ت (٨٢ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت: (٨٢/١).

^٦ الحضارة الإسلامية، أحمد زكي باشا، مؤسسة هنداوي، يورك هاوس، ٢٠٢١ م: (٦٨).

الضمائر وتتأدى بها الأغراض إلى البلد البعيد.. وقيل: عبارة عن عملية عقلية يقوم الكاتب فيها بتوليد الأفكار وصياغتها وتنظيمها ثم وضعها بالصورة النهائية على الورق".^١

وهي: " الصور الذاتية والرموز والأشكال الحرفية التي توافق الأوائل لوضعها في بدء نشأتهم للدلالة على ما كان يدور بخلداهم، وما كان ينطق به لسانهم من الكلمات المسموعة التي كانت تدل على ما في أنفسهم من الإحساسات والتصورات العقلية والنقلية".^٢

وأرى في هذا التعريف تصويراً جامعاً لمعنى الكتابة بين المعنى المقصود في الكتابة من هذا البحث.

٢. الألفاظ ذات الصلة

أ. الخطُّ:

(١) الخطُّ في اللغة: الكُتْبُ بالقلم، حَطَّ الشَّيْءَ يَحْطُّهُ، حَطًّا: كَتَبَهُ بِقَلَمٍ أَوْ غَيْرِهِ.^٣

(٢) الخطُّ في الاصطلاح: تصوير اللفظ بحروف هجائية.^٤

ب. الكتاب:

(١) الكتاب في اللغة: والكتابُ: معروف، والجمع كُتُبٌ والكتابُ مَصْدَرٌ؛ والكتابَةُ لِمَنْ تَكُونُ لَهُ صِنَاعَةٌ، مِثْلُ الصِّيَاغَةِ وَالْحِيَاظَةِ، وَالكِتْبَةُ: اكْتِثَابُكَ كِتَابًا: تَنْسَخُهُ.

والكتابُ: الصَّحِيفَةُ والدَّوَاةُ، ... وقيل الكتابُ: مَا كُتِبَ فِيهِ.^٥

(٢) الكتاب في الاصطلاح: بالكسر والفتح جمع كُتُب، ما يكتب فيه المَكْتُوب، وهو الصحف المجموعة التي حَوَتْ جُمْلَةً من المعلومات.^٦

ج. الدفتر:

^١ مقدمة ابن خلدون، العلامة ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون (٧٣٢-٨٠٨هـ)، تحقيق: عبد الله

محمد درويش، دار يعرب_ دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م: (٤١٧)

^٢ الكتابة والكتاب، علي أحمد الشهيدي، الطبعة الأولى، مصر، ١٣٢٨هـ/ ١٩١٠م: (٩).

^٣ تاج العروس للزبيدي، باب الطاء فصل الخاء: (٢٤٨/١٩).

^٤ التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ: (٩٩).

^٥ لسان العرب لابن منظور، فصل البناء: (٦٩٩/١).

^٦ معجم لغة الفقهاء قنيبي وقلعجي: (٣٧٦).

(١) **الدفتري في اللغة:** الدَّفْتَرُ، كَجَعَفَرٍ، وَقَدْ تُكْسَرُ الدَّالُ فَيُلْحَقُ بِنَظَائِرِ دَرْهَمٍ، وَمَعْنَاهُ جَمَاعَةُ الصُّحُفِ الْمُضْمُومَةِ، وَقِيلَ: الدَّفْتَرُ: جَرِيدَةُ الْحِسَابِ.^١

(٢) **الدفتري في الاصطلاح:** صحف مجموعة بعضها إلى بعض، فان كتب فيها حساب التجار فهو دفتري التجار، وإن كتب فيه حسابات الدولة فهو الدفتري السلطاني، وهكذا.^٢

(٣) **الفرق بين الكتاب والدفتري:** أن الكتاب يفيد أنه مكتوب ولا يفيد الدفتري ذلك، ألا ترى أنك تقول عندي دفتري بياض ولا تقول عندي كتاب بياض.^٣

د. الرسالة:

(١) **الرسالة في اللغة:** بكسر الراء، جمع رسائل، اسم لما يُرْسَلُ.^٤

(٢) **الرسالة في الاصطلاح:** الكلام الذي أُرسِلَ إلى الغير.^٥

وهي: الكلام الذي يحمله شخص من شخص لآخر، سواء أكان مكتوباً أم غير مكتوب.^٦

هـ. السند:

(١) **السند لغةً:** بفتح السين والنون جمع أسناد، ما يستند إليه والسند: المعتمد، وكل ما يُعْتَمَدُ عليه الإنسان فهو مُعْتَمَد.^٧

(٢) **السند اصطلاحاً:** ما يذكر لتقوية القضية المدّعاة.^٨

^١ تاج العروس للزبيدي، باب الراء فصل الدال: (٣٠٥/١١).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنبي وقلعجي: (٢٠٩).

^٣ معجم الفروق اللغوية أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، تحقيق: الشيخ بيت الله بيّات، ومؤسسة النشر الإسلامي، (د.ط): (٤٤٧).

^٤ تاج العروس للزبيدي: مادة (ر س ل): (٧٧/٢٩).

^٥ كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم لمحمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٩٩٦م: (٨٥٩/٢).

^٦ معجم لغة الفقهاء قنبي وقلعجي: (٢٢٢).

^٧ تاج العروس للزبيدي، فصل الدال: (٢١٥/٨).

^٨ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم، جامعة الأزهر، دار الفضيلة، (د.ط): (١٨١).

٣) الفرق بين السند العادي والسند الرسمي:

عرّف المشرع السوري الأسناد الرسمية في المادة /١/ الفقرة الخامسة من قانون البيّنات لعام ١٩٤٧ وتعديلاته، بأنّها الأسناد "التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة؛ طبقاً للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه؛ ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن".

بينما عرّف السند العادي في المادة /٩/ من قانون البيّنات بأنه: "السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي".

فالسند الرسمي ما يحمل صفة قانونية وسُجِّل بالدوائر الرسمية، بينما السند العادي ما كان بين الأفراد ولم يسجل في الدوائر الرسمية.

و. التوثيق:

(١) التوثيق في اللغة: وثق به بكسر الثاء، ثقة إذا ائتمنه، والميثاق العهد والجمع، والوثاق بكسر الواو والوثيق الشيء المحكم والجمع، ووثق الشيء توثيقاً فهو موثق.^١

(٢) التوثيق في الاصطلاح: علم باحث عن كيفية ثبت الأحكام عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال.^٢

ثانياً: نشأة الكتابة وتطورها

لم تظهر الكتابة مرة واحدة على هذه الصورة التي يستخدمها الناس الآن، إنما تطورت حتى أصبحت بهذا الشكل، وتتبع الباحثون في نشأة الكتابة وتطورها، وكان أهم ما رأوه أن الكتابة مرت بأربعة مراحل، هي:

١. المرحلة الأولى: الكتابة التصويرية:

^١ مختار الصحاح لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، مادة (وثق): (٣٣٢).

^٢ كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة (المتوفى: ١٠٦٧هـ)، مكتبة المثنى - بغداد (وصورتها عدة دور لبنانية، بنفس ترقيم صفحاتها، مثل: دار إحياء التراث العربي، ودار العلوم الحديثة، ودار الكتب العلمية)، ١٩٤١م: (٧٦/٢).

في هذه المرحلة لجأ الإنسان إلى تصوير ما يريد التعبير عنه بالصور والرسوم، فإذا أراد أن يدل على شجرة رسم شجرة، وإذا أراد أن يدل على حيوان رسم ذلك الحيوان، وتعد هذه المرحلة لوناً من ألوان الفن التصويري، يمثل في صوره القديمة أرقى ما وصل إليه الإنسان القديم من قدرات فنية، وقد عاشت هذه الكتابة في عهد طفولتها بين المجتمعات القبلية الصغيرة، وكان ذلك في العصر المسمى بالعصر الحجري القديم.

وفي أواخر هذا العصر لوحظ أن قد خطا خطوة مهمة في إتقان الرسوم، فقد ترك الإنسان القديم على حوائط المغارات والكهوف العديد من الرسوم والصور ما يبدو وكأنه معرض فني للرسم.^١

٢. المرحلة الثانية: الكتابة الكلمية:

في هذه المرحلة أخذت الكتابة التصويرية تتجزأ إلى عناصر ورموز منفصلة اكتسبت صفة الثبات بفعل استعمالها المستمر، وهذا يعني أن شكلاً جديداً من أشكال الكتابة التصويرية قد أُستحدثت وسمي فيما بعد الكتابة الرمزية.

وتختلف هذه المرحلة عن سابقتها في تخصيص دلالة الصورة أو الرموز الكتابية، فانتقل الإنسان من التعبير عن الشيء مفرداً إلى التعبير عنه بصورة مفردة تبعاً لحاجته، معتمداً على الجانب الواقعي المادي في تعبيره عن المعاني الحسية والمعنوية، فصورة الشمس تدل على النهار، وصورة الرجل تدل على العدو، وصورة الأسد تدل على الشجاعة، كما كانوا يعبرون عن المنتصر وعن المحارب بصورة شخص وفي يده قوس ونشاب، وللتعبير عن الأكل يرمزون له بصورة خبز مع فم، والولد يرمزون له بطائر مع بيضة، فلكل من هذه الرموز دلالات خاصة مستقلة^٢

٣. المرحلة الثالثة: الكتابة المقطعية:

لم تبق الكتابة الكلمية على وضعها فسرعان ما أدخل عليها تحسين يهدف إلى تخليص تلك الرموز من التعقيد والغموض، فجاءت فكرة تقطيع الكلمة، أي أن الرمز الواحد أصبح يعبر عن مقطع من الكلمة وليس عن الكلمة كلها، فإذا أراد الكاتب كتابة كلمة تبدأ بالمقطع "يد" كما في "يدخل" فإنه يرسم صورة يد ويعتبرها مقطعاً هجائياً لا يراد به اليد ذاتها وإنما يعبر عن صوت الياء والdal، والدافع الذي أدى إلى ظهور الكتابة المقطعية هو الحاجة إلى تقليل الرموز، فرموز المقاطع أقل عدداً من رموز الكلمات، لأن الرمز المقطعي جزء من كلمات عديدة متشابهة صوتياً، فعندما يلتقي هذا الرمز بغيره يقلل عدد الرموز إلى حد كبير، وتعد اللغة السومرية من أسبق اللغات في استخدام الكتابة المقطعية.^٣

^١ تاريخ الكتابة العربية، د. علي إبراهيم محمد، دار المشرق العربي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٩م: (١٠).

^٢ الكتابة والكتاب، الشهيد: (٢٠)، تاريخ الكتابة العربية، د. علي إبراهيم محمد: (١٢).

^٣ تاريخ الكتابة العربية، د. علي إبراهيم محمد: (١٥).

٤ . المرحلة الرابعة: الكتابة الحرفية:

هي التعبير بأشكال الحروف عن أصواتها وعلى ذلك فالرمز الكتابي فيها لا يدل على كلمة أو مقطع معين، إنما يدل على صوت واحد من أصوات الكلام أو اللغة، وظهرت بوادر هذه الكتابة عند عدة شعوب منها المصريين القدماء الذين عرفوا منها أربعة وعشرين رمزاً، لكنها لم تكن في تصورهم كافية فما كان منهم إلا أن أضافوا إليها العديد من الرموز الكلمية والمقطعية، ثم إن الاكتشافات العلمية قد أظهرت كتابات حرفية تنسب إلى شعوب قديمة مثل الكتابة الكنعانية، والكتابة المنسوبة إلى جنوب الجزيرة العربية وهي منسوبة إلى معين وحضرموت، وتعد الكتابة الكنعانية هي التي تمثل النظام الحرفي بصورة كاملة كما أنها أصل كل الكتابات الحرفية نظراً لخلوها من الرموز الكلمية والمقطعية التي اشتملت عليها الكتابة المصرية.^١

ثالثاً: أول من كتب العربية

وأول من كتب بالعربية أهل اليمن وكانوا يسمون خطهم بالمسند وهو الخط الحميري، وكانوا يكتبون حروفاً منفصلة ويمنعون العامة من تعلمه حتى تعلمه ثلاثة نفر من طي، فتصرفوا فيه وسموه بخط الجزم، لأنه اقتطع من خط حمير، ثم علموه أهل الأنبار، ومن الأنبار انتشرت الكتابة العربية، فأخذها عنهم أهل البصرة وتداولوها، ولما قدم الحيرة حرب بن أبي أمية القرشي جد معاوية بن أبي سفيان نقل هذه الكتابة من الحيرة إلى الحجاز بعد أن عاد إلى مكة، ومن تعلمها من أهل الحجاز ورقة بن نوفل وأبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان، والكتابة العربية الحالية متصلة وتكتب من اليمين إلى اليسار، أما الحميرية فهي منفصلة وتكتب تارة من اليمين إلى الشمال وتارة من الشمال إلى اليمين.^٢

^١ في علم الكتابة العربية، د. عبد الله ربيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م: (٤٨-٥٠).

^٢ الحضارة الإسلامية، أحمد زكي باشا: (٧١).

الفصل الأول: حجية الكتابة وشروطها

الكتابة من أهم الخيارات التي اعتمدها السلف الصالح من الصحابة والتابعين لحفظ كتاب الله، وتدوين السنة النبوية وجمع العلوم التي لو لم تكتب في سطور لما وصلت إلينا، ولا يخفى على عاقل أهمية الكتابة لكونها وسيلة كبرى لتبليغ المعاني، وبيان المقاصد والأهداف والمشاعر الدفينة للآخرين في محاولة لتقريب المسافات بين المرسل والمرسل إليه، والخط كاللفظ في الدلالة عما يريد صاحبه، مع كون الخط أكثر ثباتاً من الكلام، فقد يقول الإنسان كلاماً ثم لا يستطيع أن يعيده هو حتى لو اختلف عليه، ولكن الخط ثابت، بالإمكان النظر فيه، وتأمله لبقائه على حاله.

وفي هذا الفصل سيتناول البحث ما يتعلق بالكتابة من أحكام، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها

المبحث الثاني: شروط الكتابة النافذة

المبحث الأول

حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها

للكتابة أهمية كبيرة في تعاملات الناس فيما بينهم، وأبرز طرق التواصل بينهم، ومن أهم طرق توثيق المعاملات والتصرفات والاستناد إليها في إثبات الحقوق عند التنازع والاختلاف، لذا سيتم في هذا المبحث بيان ما يتعلق بالكتابة من أحكام من خلال ما يلي:

المطلب الأول: حجية الكتابة

المطلب الثاني: دلالة الكتابة

المطلب الثالث: حكم الكتابة بين حاضرين

المطلب الرابع: حكم الكتابة بين غائب وحاضر

المطلب الأول: حجية الكتابة

ثبتت حجية الكتابة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: القرآن الكريم:

الأدلة على أن الكتابة حجةٌ عديدةٌ منها:

١. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الاستدلال: هذا إرشاد منه تعالى لعباده المؤمنين إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها، ليكون ذلك أحفظ لمقدراتها، وفي الآية دليل على وجوب اعتبار الكتابة حجة في توثيق بعض الالتزامات.^١

٢. قال تعالى: ﴿ادْهَبْ بِكِتَابِي هَذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَانْظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ﴾ [النمل: ٢٨].

وجه الاستدلال: عبّر سيدنا سليمان عليه السلام عن إرادته عن طريق الكتابة، فقامت الكتابة هنا مقام اللفظ.^٢

ثانياً: من السنة:

ثبتت حجية الكتابة بالسنة الشريفة من ذلك:

١. ما ورد من أن النبي ﷺ كان يبعث بكتابه ورسائله إلى الملوك وغيرهم، ففي الجامع للبخاري^٣: «عن أنس بن مالك^١ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لما أراد أَنْ يَكْتُبَ إِلَى الرُّومِ، قَالُوا: إِنَّهُمْ لَا يَقْرَءُونَ كِتَابًا إِلَّا مَحْتُمًا، فَاتَّخَذَ النَّبِيُّ ﷺ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى وَبَيْصِهِ وَنَقْشُهُ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ». ^٢

^١ تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م: (٣/ ٣٨٤) / تفسير ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٩ هـ: (١/ ٣٣٥).

^٢ تفسير ابن كثير: (١٧٠/٦).

^٣ البخاري (١٩٤ - ٢٥٦ هـ / ٨١٠ - ٨٧٠ م) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، أبو عبد الله البخاري، ولد في بخارى، ونشأ يتيماً، وكان حاد الذكاء مبرزاً في الحفظ، رحل في طلب الحديث وسمع من نحو ألف شيخ جمع نحو ٦٠٠ ألف حديث اختار مما صح منها كتابه (الجامع الصحيح) وله أيضاً (التاريخ) وغيرها/ تهذيب التهذيب

٢. ما ورد عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ^٣ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا حَقُّ أَمْرٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ».^٤

ووجه الاستدلال في هذين الحديثين: جواز الاعتماد على الكتابة والخط ولو لم يقترن ذلك بالشهادة.^٥

٣. ما ورد عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ^٦ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "لَمَّا خَلَقَ اللَّهُ آدَمَ وَنَفَخَ فِيهِ الرُّوحَ عَطَسَ فَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، فَحَمِدَ اللَّهُ بِإِذْنِهِ، فَقَالَ لَهُ رَبُّهُ: رَحِمَكَ اللَّهُ يَا آدَمُ، اذْهَبْ إِلَى أُولَئِكَ الْمَلَائِكَةِ، إِلَى مَلَأٍ مِنْهُمْ جُلُوسٍ، فَقُلْ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ، قَالُوا: وَعَلَيْكَ السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى رَبِّهِ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ تَحِيَّتُكَ وَتَحِيَّةُ بَيْتِكَ، بَيْنَهُمْ، فَقَالَ اللَّهُ لَهُ

لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ، الألف في الآباء: (٤٧/٩).

^١ أنس بن مالك (١٠ ق هـ - ٩٣ هـ / ٦١٢ - ٧١٢ م) هو أنس بن مالك بن النضر النجاري الخزرجي الأنصاري، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وخادمه، رحل إلى دمشق، ومنها إلى البصرة، آخر من مات بها من الصحابة، له في الصحيحين ٢٢٨٦ حديثاً/ أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم الجزري، عز الدين ابن الأثير (المتوفى: ٦٣٠هـ)، علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م: (٢٩٤/١).

^٢ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ، باب اتخاذ الخاتم ليختم به الشيء أو ليكتب به إلى أهل الكتاب وغيرهم، ح[٥٥٣٧]: (٢٢٠٥/٥).

^٣ ابن عمر (١٠ ق هـ - ٧٣ هـ / ٦١٣ - ٦٩٢ م) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن، قرشي عدوي، هاجر مع أبيه إلى الله ورسوله، شهد الخندق وما بعدها، أفتى الناس ستين سنة، شهد فتح إفريقية، كف بصره في آخر حياته، هو أحد المكثرين من الحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم/ أسد الغابة لابن الأثير: (٣٣٦/٣).

^٤ صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب الوصايا، وَقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَصِيَّةُ الرَّجُلِ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»، ح [٢٧٣٨]: (٢/٤).

^٥ نيل الأوطار للشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م: (٤٤ / ٦).

^٦ صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثرهم حديثاً عنه، وهو دوسي من دوس بن عدنان، وقد اختلف في اسمه اختلافاً كثيراً، ف قيل: عبد الله بن عامر، أسلم عام خيبر، روى عنه أكثر من ثمانمائة رجل، استعمله عمر على البحرين ثم عزله، وسكن المدينة، وبها كانت وفاته سنة ٥٧ هـ/ أسد الغابة لابن الأثير: (٣١٣/٦).

وَيَدَاهُ مَقْبُوضَتَانِ: اخْتَرْتُ أَيُّهُمَا شِئْتُ، قَالَ: اخْتَرْتُ يَمِينِي وَكَلَّمْتُ يَدَيَّ رَبِّي يَمِينٌ مُبَارَكَةٌ ثُمَّ بَسَطَهَا فَإِذَا فِيهَا آدَمُ وَدُرِّيَّتُهُ، فَقَالَ: أَيُّ رَبِّ، مَا هَؤُلَاءِ؟ فَقَالَ: هَؤُلَاءِ دُرِّيَّتُكَ، فَإِذَا كُلُّ إِنْسَانٍ مَكْتُوبٌ عُمُرُهُ بَيْنَ عَيْنَيْهِ، فَإِذَا فِيهِمْ رَجُلٌ أَضْوَوُهُمْ، أَوْ مِنْ أَضْوَائِهِمْ - قَالَ: يَا رَبِّ مَنْ هَذَا؟ قَالَ: هَذَا ابْنُكَ دَاوُدُ قَدْ كَتَبْتُ لَهُ عُمُرَ أَرْبَعِينَ سَنَةً. قَالَ: يَا رَبِّ زِدْهُ فِي عُمُرِهِ. قَالَ: ذَاكَ الَّذِي كُتِبَ لَهُ. قَالَ: أَيُّ رَبِّ، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُ لَهُ مِنْ عُمُرِي سِتِّينَ سَنَةً. قَالَ: أَنْتَ وَذَاكَ، قَالَ: ثُمَّ أُسْكِنُ الْجَنَّةَ مَا شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ أُهْبِطُ مِنْهَا، فَكَانَ آدَمُ يَعُدُّ لِنَفْسِهِ، قَالَ: فَأَتَاهُ مَلَكُ الْمَوْتِ، فَقَالَ لَهُ آدَمُ: قَدْ عَجَّلْتُ، قَدْ كُتِبَ لِي أَلْفُ سَنَةٍ، قَالَ: بَلَى وَلَكِنَّكَ جَعَلْتَ لِابْنِكَ دَاوُدَ سِتِّينَ سَنَةً، فَجَحَدَ فَجَحَدْتُ دُرِّيَّتُهُ، وَنَسِيْتُ دُرِّيَّتُهُ. قَالَ: فَمَنْ يَوْمِئِذٍ أَمَرَ بِالْكِتَابِ وَالشُّهُودِ".^١

ووجه الاستدلال: بهذا الحديث دليل على اعتبار الكتابة حجة يعمل بها.^٢

^١ رواه الترمذي في سننه من غير وجه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ، وقال: هذا حديث حسن صحيح، باب: ومن سورة الأعراف، ح [٣٠٧٦]: (١١٧/٥).

^٢ مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م: (٢٩٥٣/٧).

٣. عن عروة^١ رضي الله عنه عن أم حبيبة^٢ رضي الله عنها «أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش^٣، فمات بأرض الحبشة فزوجها النجاشي^٤ النبي ﷺ وأمهرها عنه أربعة آلاف، وبعث بها إلى رسول الله ﷺ مع شرحبيل بن حسنة^٥». ٦.

وجاء في عون المعبود: «أن النجاشي أرسل إليها جاريته أبرهة فقالت: إن الملك يقول لك إن رسول الله ﷺ كتب إلى أن أزوجهك...» ٧.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ استعمل الكتاب في التوكيل على عقد الزواج^١.

^١ عروة بن الزبير (٢٣ - ٩٩ هـ / ٦٤٣ - ٧١٢ م) هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد، وأمه أسماء بنت أبي بكر، من كبار التابعين، فقيه محدث، أخذ عن أبيه وأمه، وخالته السيدة عائشة، وعنه خلق كثير، انتقل من المدينة إلى البصرة، ثم إلى مصر فأقام بها سبع سنين، وتوفي بالمدينة، وبها "بئر عروة" تنسب إليه، تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني، باب من اسمه عروة: (١٨٠/٧).

^٢ أم حبيبة (؟ - ٤٤ هـ وعند البعض ٤٢ هـ) هي رملة بنت أبي سفيان صخر بن حرب، هاجرت إلى الحبشة مع زوجها عبيد الله بن جحش فولدت هناك، فتتصر عبيد الله ومات نصرانياً وبقيت أم حبيبة بأرض الحبشة، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها إلى النجاشي فتزوجها/ أسد الغابة لابن الأثير: (١١٦/٧).

^٣ عبيد الله بن جحش (٥٨٨ م - ٦٢٧ م) هو عبيد الله بن جحش بن رثاب الأسدي، ابن عمه النبي ﷺ، أمه أميمة بنت عبد المطلب، وأخو أم المؤمنين زينب بنت جحش، وكان زوجاً لأم حبيبة فأنجبت حبيبة، هاجر إلى أرض الحبشة فافتتن وتتصر فمات/ أسد الغابة: (٣٠٣/٧).

^٤ أصحمة النجاشي ملك الحبشة أسلم في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأحسن إلى المسلمين الذين هاجروا إلى أرضه، وتوفي ببلاده قبل فتح مكة، وصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة، وكبر عليه أربعاً، وأصحمة اسمه، والنجاشي لقب له ولملوك الحبشة، مثل كسرى للفرس، وقصر للروم/ أسد الغابة لابن الأثير: (٢٥٢/١).

^٥ شرحبيل بن حسنة (٥٠ ق هـ - ١٨ هـ = ٥٧٤ - ٦٣٩ م) شرحبيل بن عبد الله بن المطاع بن الغطريف، الكندي حليف بني زهرة: صحابي، من القادة، يعرف بشرحبيل بن حسنة (وهي أمه) أسلم بمكة، وهاجر إلى الحبشة، وغزا مع النبي صلى الله عليه وسلم فأوفده رسولا إلى مصر، وتوفي بطاعون عمواس. أسد الغابة لابن الأثير: (٦١٩/٢).

^٦ أخرجه الحاكم في المستدرک لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥ هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م: كتاب النكاح ح (٢٧٤١) وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: (١٩٨/ ٢).

^٧ عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي مع شرح الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م: (١٢٧ / ١١).

ثالثاً: الإجماع

أجمع الفقهاء على جواز العمل بالكتابة، لاتخاذ رسول الله ﷺ العديد من الكتاب لكتابة الوثائق والسجلات، واستعمل الناس الحجج الشرعية في مختلف أنواع المعاملات والتصرفات.^٢

رابعاً: القاعدة الفقهية

قاعدة: " الكتاب كالخطاب"^٣ تدل على أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب من جهته وخطابه، بدلالة أن كتاب الله ﷻ إلى رسوله ﷺ يقوم مقام خطابه له في الأمر والنهي وغير ذلك مما تضمنه كتابه.^٤

خامساً: المعقول

أ. ضرورة الاعتماد على الكتابة لحاجة الناس في إثبات الحقوق والالتزامات، من أجل الحفاظ على أموالهم وأنفسهم.

ب. كثرة المعاملات وتجاوزها للبلد الواحد اقتضت استعمال الناس للكتابة للاستعانة بها في ضمان استيفاء الحقوق وقضاء الحاجات وإبراء الذمم.^٥

^١ عون المعبود العظيم آبادي: (٩٧/٦).

^٢ انظر، رد حاشية ابن عابدين: (٤٣٤/٥ وما بعدها)، تبصرة الحكام لابن فرحون: (٣٥٦/١)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٩٩/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٢٧٤/٤).

^٣ الأشباه والنظائر، ابن نجيم، (٣٧٤)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لد. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م: (٣٣٩/١).

^٤ القواعد الفقهية للزحيلي: (٣٣٩/١).

^٥ انظر التوثيق للحامدي: (١٢٢).

المطلب الثاني: دلالة الكتابة

اختلف الفقهاء في دلالة الكتابة على المعنى هل تعتبر صريحة أو كناية تحتاج إلى نية أو قرينة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^١ وبعض المالكية^٢ والشافعية في الأصح^٣ وفي قول للحنابلة^٤ إلى أن الكتابة من الحاضر والغائب هي من قبيل الكناية.^٥

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١. الكتابة طريق في إفهام المراد إن اقترنت بالنية، لأنها أحد الخطابين، فجازت فيها التصرفات قياساً على اللفظ.

^١ انظر المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) دار المعرفة بيروت (د.ط): (١٤٣/٦)، الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ: (٣٧٨/١).

^٢ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ: (٣٨٤/٢).

^٣ انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م: (١٠٤/١٠).

^٤ انظر شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م: (٨٦/٣).

^٥ انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م: (١٠٩/٣).

٢. التصرفات بالكتابة يتطرق إليها الاحتمال، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال لبس ثوب الإجمال، ولا يرفع الإجمال إلا بالرجوع إلى القصد أو النية، كتجويد الخط أو الحكاية أو التزوير.^١

القول الثاني: ذهب الحنفية في رواية^٢ والمالكية^٣ والشافعية^٤ ورواية عن الإمام أحمد^٥ أن الكتابة الصريحة كاللفظ الصريح تصح بها التصرفات من دون نية^٦، ويستدل لذلك بأن:^٧

١. الكتابة حروف يفهم منها صريح الدلالة، فهي كالكلام تنبئ عن المراد.
٢. الكتابة تقوم مقام النطق بدليل أنه ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرسالة، فبلغ بالقول مرةً، وبالكتابة أخرى، وكانت تلزم الحجة بها كما تلزم بقوله.
٣. كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الحقوق.
- ونص قانون الأحوال الشخصية السوري^٨ في مادته /٨٧/ في الفقرة الأولى على أنه: "يقع الطلاق باللفظ والكتابة، ومن العاجز عنه بإشارته المعلومة".
- لم يشترط القانون النية في هذه المادة، ولو كانت كتابة الطلاق كناية تحتاج إلى نية لذكر ذلك، مما يدل على أن القانون اختار القول الثاني في اعتبار الكتابة صريحة وليست كناية.

الترجيح:

١ انظر البدائع للكاساني: (١٠٩/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م: (٤٦٣/٤)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٨٦/٣).

٢ انظر المبسوط لسرخسي: (١٤٣/٦)، الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: (٣٧٨/١).

٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢).

٤ انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي، لابن سالم العمراني اليمني: (١٠٤/١٠).

٥ الإمام ابن حنبل (١٦٤ - ٢٤١ هـ = ٧٨٠ - ٨٥٥ م)، أحمد محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنيلي، وأحد الأئمة الأربعة، وولد ببغداد، امتحن في أيام المأمون والمعتصم ليقول بخلق القرآن ولما وولي المتوكل أكرم أحمد، ومكث مدة لا يولي أحداً إلا بمشورته/ طبقات الحنابلة لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة - بيروت، (د.ط): (٤/١).

٦ انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٨٦/٣).

٧ انظر البدائع للكاساني: (٣٢١/٤)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢)، مغني المحتاج للشربيني (٤٦٣/٤).

٨ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥٩/ لعام ١٩٥٣م.

يتبين من خلال استعراض أقوال الفقهاء في المسألة ما يلي:

- ١ . الأدلة الواردة في المسألة أدلة ظنية تتسع للرأيين، ولهذا وجد أكثر من قول في المذهب الواحد.
- ٢ . الراجح في الدلالة بالكتابة، أنها دلالة كنائية بشتى صورها وأشكالها، لأنه يتطرق إليها الاحتمال من تزوير وغيره، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال لبس ثوب الإجمال، والإجمال لا يرفع إلا بدليل شرعاً وعقلاً.

المطلب الثالث: حكم الكتابة بين حاضرين

هل تعد الكتابة بديلاً عن اللفظ في التصرفات القولية إن كانت بين حاضرين؟ والكتابة بين حاضرين إما أن تصدر من شخص قادر على النطق، أو تصدر من شخص غير قادر على النطق، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: حكم الكتابة للقادر على النطق:

اتفق الفقهاء^١ على أن الكتابة بين شخصين حاضرين في المجلس نفسه قادرين على النطق إن قرأ الشخص ما كتبه فهي صحيحة إذ العبرة للفظ والكتابة بمثابة التأكيد والتوثيق، وهي مندوبة في هذه الحالة بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُوهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ...﴾ [البقرة: ٢٨٢].

كما اتفقوا على عدم انعقاد الزواج بالكتابة بين شخصين حاضرين وقادرين على النطق لخطورته وقديسيته، ولاشتراط الشهود فيه، ووجوب سماعهم لألفاظ النكاح.^٢

واختلف الفقهاء في حكم الكتابة في التصرفات القولية، إن صدرت من شخصين حاضرين في مجلس واحد حال كونهما قادرين على النطق ولم يتلفظا بما كتبه على أقوال:

١ انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م: (١٢/٣)، المبسوط للسرخسي: (١٦/٥)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف، (د. ط): (١٤/٣)، المجموع شرح المذهب أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، (د. ط): (١٦٧/٩)، كشف القناع منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) دار الكتب العلمية، (د. ط): (١٤٨/٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د. محمد الزحيلي، دار الفكر دمشق الطبعة الأولى ٢٠٠٦م: (٣٣٩/١).

٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٢/٣)، المبسوط للسرخسي: (١٦/٥)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (١٤/٣)، المجموع شرح المذهب النووي: (١٦٧/٩)، كشف القناع البهوتي: (١٤٨/٣).

القول الأول: ذهب الحنفية^١ إلى أنه لا تصح الكتابة في التصرفات التي تتوقف على قبول الطرف الآخر، كالبيع والشراء والإجارة والنكاح، إن كانا حاضرين في مجلس واحد وقادرين على النطق، لأن الكتابة بديل عن اللفظ، وهي شرعت للضرورة والحاجة، ولا حاجة لها هنا في هذه الصورة.

القول الثاني: لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^٢، فذهب المالكية^٣ إلى صحة التصرفات بكل ما يدل على الرضا في العقود لفظاً أو كتابةً أو إشارةً أو معاطاةً، عدا عقد النكاح فلا يجوز فيه إلا اللفظ.

أما الشافعية^٤ فقد نصوا على أن الكتابة يختلف حكمها باختلاف نوع التصرف باعتباره تصرفاً منفرداً أو غير ذلك فيما يأتي:

١. التصرفات المنفردة:

كالطلاق والوقف والإقرار، فإن طلق الزوج زوجته كتابةً ونوى الطلاق دون أن يتلفظ به، فيقع في الأصح، وعليه فإن هذه التصرفات تصح كتابةً مع النية.

٢. التصرفات غير المنفردة:

وهي التي تتوقف على قبول الطرف الآخر، كعقد النكاح وعقود المعاوضات، ففي عقد النكاح لا تجوز فيه الكتابة، أما في عقود المعاوضات ففيه خلاف مرتب على وقوع الطلاق:

فإن لم يصح وقوع الطلاق كتابةً فلا تعتبر هذه التصرفات صحيحة في الكتابة، وإن صح وقوع الطلاق كتابةً مع النية، فهنا وجهان في صحة انعقاد هذه التصرفات بالكتابة وهذا مبني على الخلاف في كون صحة انعقادها بالكنية، فإن صح انعقادها بالكنية فيصح انعقادها بالكتابة، إذ إن الكتابة من الكنايات تحتاج إلى نية، فقد تكون لتجربة القلم أو لتحسين الخط، وعليه إن لم يصح انعقادها بالكنية فلا يصح انعقادها بالكتابة.

أما الحنابلة^١ فلمهم قولان في حكم الكتابة:

١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٠٠/٢).

٢ حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (١٤/٣)، المجموع للنووي: (٩/١٦٦)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ: (٢٧٣/٨).

٣ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (١٤/٣).

٤ انظر روضة الطالبين للنووي: (٨/٤٠ - ٤١)، المجموع للنووي: (٩/١٦٦).

القول الأول: يتفق مع مذهب الشافعية، في أن الكتابة من الكناية فإن لم يتلفظ بما كتبه صح في الطلاق مع النية ولا يصح في العقود.

والقول الثاني: الكتابة صريحة لا تحتاج إلى نية، فيصح معها الطلاق وسائر العقود وهو القول الصحيح في المذهب.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته ٧/ في عقد النكاح على أنه: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

وتدل المادة بمفهومها على عدم صحة الكتابة بين الحاضرين إذ لا يوجد ضرورة لها مع إمكانية التلفظ وهو ما اختاره المذهب الحنفي.

الترجيح:

والراجع ما ذهب إليه الحنفية من عدم صحة التصرفات التي تتوقف على قبول الطرف الآخر كتابةً إن كانوا بنفس المجلس، وخاصة النكاح لخطورته وقدسيته، ولأن الكتابة بديل وليست أصلاً في العقد، فإذا وجد الأصل وهو إمكانية التلفظ فلا يصح اللجوء إلى البدائل، كما أن الكتابة شرعت للضرورة ولا يوجد ضرورة بين حاضرين.

ثانياً: حكم الكتابة لغير القادر على النطق:

اتفق الفقهاء^٢ على صحة عقد الأخرس بالكتابة والإشارة المفهومة المعمول بها، لأن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب، فإن لم يكن بمقدوره النطق استعان بغيره من الدلالات، فكانت الكتابة والإشارة سواء. أما إن كانت إشارته غير مفهومة فيستغنى عنها بالكتابة.

واختلفوا فيما إذا كان الأخرس يعرف الكتابة أم لا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^١ والمالكية^٢ والشافعية^٣ إلى صحة عقد الأخرس بالإشارة أو الكتابة، لأن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب، فإن عجز عنه كانت الكتابة والإشارة سواء.

١ الانصاف للمرداوي: (٢٧٣/٨).

٢ انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: (٢٤١/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤٦٤/٢)، نهاية المطلب في دراية المذهب عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) حققه أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م: (٧٢/١٤)، كشف القناع للبهوتي: (٤٠/٥).

القول الثاني: ذهب المذهب الحنفي^٤ في رواية حسنّها الكمال ابن الهمام^٥، وبعض الشافعية^٦ إلى من أنه لا يصح العقد بالإشارة، لأن الكتابة أبين في الدلالة من الإشارة ومن يستطيع أن يأتي بالأعلى لا يقبل منه الأدنى.

القول الثالث: ذهب مذهب الحنابلة^٧ إلى إن الإيجاب والقبول صحيح من الأخرس بالكتابة وبالإشارة المفهومة إلا أن الكتابة أولى من الإشارة، لأنها بمنزلة الصريح.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته /١٠/: "يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة".

وتدل هذه المادة على أن قانون الأحوال الشخصية اعتبر صحة الكتابة من الأخرس إن كان قادراً عليها، وهي مقدمة على الإشارة لأنها أدل على المعنى المراد، وهو ما يوافق بذلك ما ذهب إليه الحنفية في رواية وبعض الشافعية.

الترجيح:

والراجح هو القول بعدم الأخذ بإشارة الأخرس مع قدرته على الكتابة، وذلك لأن عقد الزواج أمر خطير ومهم، ونظراً لما يترتب عليه من آثار (حقوق وواجبات)، وهذا ما دفع الشيخ محمد أبو زهرة^٨ إلى القول بأن هذا الرأي معقول في ذاته.

^١ انظر رد المحتار ابن عابدين: (٣ / ٢٤١).

^٢ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤ / ١٣٠).

^٣ انظر مغني المحتاج للشربيني: (٢ / ٣٣٢).

^٤ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٣ / ٢٤١).

^٥ (ابن الهمام) (٧٩٠ - ٨٦١ هـ = ١٣٨٨ - ١٤٥٧ م) محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الاسكندري، كمال الدين المعروف بابن الهمام: إمام من علماء الحنفية، عارف بأصول الديانات والتفسير وغيرها، أخذ العربية عن الجمال الحميدي، والأصول وغيره عن البساطي وأخذ عنه شمس الدين محمد الشهير بابن أمير حاج الحلبي وغيره/ الفوائد البهية في تراجم الحنفية لآبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط): (١٨٠).

^٦ انظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للخطيب الشربيني: (٢ / ٣٣٢).

^٧ انظر كشاف القناع للبهوتي: (٥ / ٤٠).

^٨ ولد في مصر عام ١٣١٥ هـ ١٨٩٨ م درس في الجامع الأحمدى بمدينة طنطا، وكان يطلق عليه الأزهري الثاني لمكانته الرفيعة له مؤلفات كثيرة منها: الأحوال الشخصية، تنظيم الأسرة في الإسلام، توفي سنة ١٣٩٤ هـ

المطلب الرابع: حكم الكتابة بين غائب وحاضر

اتفق الأئمة الأربعة^١ على صحة الكتابة بين غائبين سواء كانا قادرين على النطق أم غير قادرين عليه فيما عدا النكاح، إذ إن الكتابة تقوم مقام اللفظ، والكتاب كالخطاب، والقلم أحد اللسانين.

في النكاح فاختلّفوا في انعقاد الإيجاب والقبول بالكتابة للغائب على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^٢ إلى عدم انعقاد النكاح بالكتابة، ذلك كونها كناية والنكاح لا ينعقد بالكناية، فعندهم كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية، أما مالا يُستقل به ويحتاج إلى إيجاب وقبول وشهادة كالنكاح وبيع الوكيل، فلا ينعقد بالكناية لأن الشاهد لا يعلم النية وهو قول عند الشافعية^٣ وعند الحنابلة^٤.

القول الثاني: ذهب الحنفية^٥ إلى صحة إجراء عقد الزواج بالكتابة للغائبين لتعذر المشافهة، فعندهم "الكتاب كالخطاب وكلام الرسول كلام المرسل، فلو أرسل الزوج إلى الزوجة كتاباً بالإيجاب لعقد الزواج فسمع شاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب فقبلت جاز العقد لاتحاد المجلس"، بخلاف ما إذا لم يسمع الشاهدان كلام الرسول وقراءة الكتاب فلا يجوز، وهو القول الثاني عند الشافعية^٦ والحنابلة^٧.

خالف أبو يوسف^٨ فذهب إلى أن قول الزوج بانفراده عقد ثم يلحق القبول به فيتم، أي أنه لو سمع الشاهدان قولها: زوجت نفسي، تم العقد.^٩

١٩٧٤م. المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين لأعضاء ملتقى أهل الحديث، أعده للشاملة أسامة بن الزهراء عضو في ملتقى أهل الحديث، مرقم آلياً: (٣٢٧).

١ انظر المبسوط للسرخسي: (٥ / ١٦)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (٣ / ١٤)، المجموع للنووي: (٩ / ١٦٧)، كشف القناع للبهوتي: (٣ / ١٤٨).

٢ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (٢ / ٣٥٠).

٣ انظر روضة الطالبين: (٣ / ٣٤٠).

٤ انظر الانصاف للمرداوي: (٨ / ٦٥).

٥ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢ / ١٤٨).

٦ انظر المجموع لنووي: (٩ / ١٦٨).

٧ انظر كشف القناع للبهوتي: (٣ / ١٤٨).

٨ أبو يوسف (١١٣ - ١٨٢ هـ = ٧٣١ - ٧٩٨ م) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الانصاري الكوفي البغدادي، صاحب الامام أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة وثقّه بالحديث والرواية، ولي القضاء ببغداد

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته السابعة على أن عقد النكاح: "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

ويتفق القانون في هذه المادة مع المذهب الحنفي في اعتبار الكتابة صحيحة لإجراء عقد الزواج بين غائبين.

الترجيح

والراجح هو مذهب الحنفية الذي أجاز عقد الزواج بالكتابة بين غائبين، لأن الضرورة قد تقتضي ذلك، فقد يتعذر الزواج بين الغائبين ولا يجد سبيلاً لذلك إلا عن طريق الكتابة، ويؤيد ذلك ما ورد عن النبي ﷺ في زواجه من أم حبيبة رضي الله عنها عن طريق الكتابة، ويعتبر مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب من الموجب، وإخبار الشهود بمضمونه وإشهادهم على قبول النكاح، لتحقيق المولاة بين الإيجاب والقبول الذي اشترطته بقية المذاهب لانعقاد العقد، والإشهاد الذي هو شرط في عقد النكاح.

- مجلس العقد في الكتابة بين الغائب والحاضر:

مجلس العقد هو مجلس وصول الكتاب، ويشترط فيه اقتران الإيجاب بالقبول عند وصول الكتاب وعلم الطرف الثاني بمضمونه إن كان التصرف مما يتوقف على قبول الآخر، ويمتد المجلس إلى حين قبوله أو إعراضه، فإن أرسل شخص كتاباً يتضمن إيجاب العقد من طرفه ثم مات قبل وصول الكتاب فلا يعتبر قبول المرسل إليه، لانعدام الإيجاب قبل وقوع القبول.^٢

أما فيما لا يتوقف على قبول الطرف الآخر، فيكفي فيه الاطلاع والعلم بما في الكتاب، فلا يتقيد بمجلس العقد كالوكالة.

أيام المهدي والهادي والرشيد ومات في خلافته ببغداد وهو أول من دعي "قاضي القضاة" / الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محيي الدين الحنفي (المتوفى: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانه - كراتشي، (د، ط): (٢/٢٢٠).

^١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢/٢٣٣).

^٢ انظر المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م: (٤٣٢).

وأما فيما لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا علمه فلا عبرة للمجلس فيه كالطلاق والابراء، فإنه يقع صحيحاً من حين كتابته سواء وصل أم لم يصل، وسواء علم به الغائب الآخر أم لا إلا إذا قيده بوصول الكتاب أو علمه أو قراءته.^١

وإن كانت الكتابة بين حاضر وغائب فينطبق على الحاضر حكم الكتابة بين حاضرين، وعلى الغائب حكم الكتابة بين غائبين.

^١المرجع السابق: (٤٣٢).

المبحث الثاني

شروط الكتابة النافذة

اتسعت دائرة العمل والاحتجاج بالكتابة أضعاف ما كانت عليه من قبل لحاجة الناس وتيسيراً لهم في حياتهم اليومية، وحتى تكون الكتابة صحيحة وتنبي عليها آثارها، لا بدّ من توافر بعض الشروط في شكلها، وفي الشخص الذي تصدر منه الكتابة، وسيتم بيان ذلك في هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: شروط من تقع منه الكتابة

المطلب الثاني: شروط صفة الكتابة النافذة

المطلب الأول: شروط من تقع منه الكتابة

لا تختلف شروط من تقع منه الكتابة عن شروط من يقع منه التصرف القولي الصحيح، لأن الكتابة بديل اللفظ، إلا أن بعض التصرفات في الأحوال الشخصية تختلف في شروطها عن تصرفات أخرى، وتتفق معظمها في التكليف والأهلية، وسيتم بيان ذلك فيما يلي:

أولاً: أن يكون مسلماً:

اشتراط الإسلام يختلف باختلاف نوع التصرف، فبعض التصرفات لا تصح من غير المسلم اتفاقاً، وبعضها يصح، وأخرى تختلف فيها الفقهاء، ولبيان ذلك سأكتفي بذكر بعض الأمثلة:

- أ. الزواج: زواج المسلمة بغير المسلم غير جائز اتفاقاً^١، فإذا كان غير صحيح لفظاً فهو غير صحيح كتابةً، أما زواج المسلم بكتابية يجوز لفظاً، فلو تزوج المسلم بكتابية وأجابته هي أو وليها كتابة جاز، لأنه إذا صح منها اللفظ صحت الكتابة، وصحته كتابةً جائزة عند من قال بجواز النكاح كتابة بين حاضرين أو غائبين، ولم يفرق الفقهاء في الحكم بين إن كانت الزوجة كتابية أو مسلمة.
- ب. الطلاق: إذا كان الطلاق لا يملكه إلا الزوج المسلم فلا يقع من غيره سواء كان لفظاً أم كتابة^٢.

^١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٧٢/٢-٢٧١)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٣٧/٢ وما بعدها)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م: (٢٥٥/٩)، المغني لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د. ط): (١٦٩/٧).

^٢ انظر الهداية في شرح بداية المبتدي لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان: (٢٢٤/١)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٦٥/٢)، روضة الطالبين للنووي: (٢٢/٨)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٧٤/٣).

ج. الوكالة بالزواج والطلاق والوصية: أجاز الفقهاء توكيل المسلم لغير المسلم في الوصية، واختلفوا في النكاح والطلاق، فذهب الحنفية^١ والمالكية^٢ إلى جواز التوكيل، حجتهم في ذلك أن الملك فيه يحصل للموكل، ويرى الشافعية^٣ والحنابلة^٤ أن وكالته لا تصح لأن الوكالة فيه ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، والنكاح وإن كان من المعاملات، فإنه مشترك بين العبادات والمعاملات، والعبادات يشترط فيها الإسلام، فإن كانت الزوجة كتابية يصح توكيله لأنه يملك نكاحها.

• وبناءً على هذا فإن صحت وكالة غير المسلم لفظاً بالنكاح والطلاق والوصية صحت الكتابة منه، لأنها بديل عن اللفظ.

• ومن خلال هذه الأمثلة يتبين أن الإسلام ليس شرطاً في صحة الكتابة مجردة عن التصرف، إنما اشتراط الإسلام تابع لصحة التصرف من غير المسلم، فإن صح تصرفه لفظاً صح تصرفه كتابةً.

• ولا يشترط أن يكون عدلاً لأن الفاسق مسؤول عن تصرفاته كتابة كمنسؤوليته عن تصرفاته اللفظية.

ثانياً: أن يكون مكلفاً (عاقلاً بالغاً):

لم يذكر الفقهاء حكم كتابة الصبي وإنما تكلموا عن تصرفاته، وباعتبار أن تصرفات الصبي يعبر عنها باللفظ أو ما يقوم مقامه وهو الكتابة، فسأذكر أقوال الفقهاء في حكم تصرفات الصبي، وبناءً عليه فإن كل تصرف صحيح لفظاً يكون صحيحاً كتابةً.

اتفق الفقهاء^٥ على عدم صحة تصرف الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، وبذلك تكون تصرفاته باطلة لفظاً وكتابةً.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

^١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٠/٦)

^٢ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤١٣/٢).

^٣ انظر أسنى المطالب في شرح روض الطالب لذكريا الأنصاري: دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠م الطبعة الأولى: (٢٦٥/٢)، روضة الطالبين لنووي: (٣٠٠-٢٩٩/٤)

^٤ انظر المبدع شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م: (٢٩٩/٦).

^٥ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٠٩/١٥)، منح الجليل شرح مختصر خليل لابن عليش: (٤٣٨/٤)، روضة الطالبين للنووي: (٣٤٤/٣)، كشف القناع للبهوتي: (٤٥٨/٣).

١. من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]

"الضعيف هو الصغير والمجنون والشيخ الخرف وهم الذين فقدوا العقل بالكلية"^١

وفسّر الإمام الشافعي قوله: ﴿لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] بأنه المغلوب على عقله، فلما أمر الله وليه بأن يتصرف عنه دل على أنه ممنوع من التصرف^٣.

٢. من السنة:

ما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»^٤. ورفع القلم يتنافى مع صحة تصرفاته وعقوده لما في صحتها من إجراء القلم عليه^٥.

^١ مفاتيح الغيب أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠هـ: (٩٤/٧).

^٢ الإمام الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤ هـ = ٧٦٧ - ٨٢٠ م) محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبد الله أحد المذاهب الأربعة، جمع القراءات وعلم الأصول والحديث واللغة والشعر، نشر مذهبه بالحجاز والعراق، ثم انتقل إلى مصر (١٩٩هـ) بها توفي، من تصانيفه: (الأم) (الرسالة) وغيرها/ طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: (٧١/٢).

^٣ انظر مغني المحتاج للشربيني: (١٣٠/٣).

^٤ أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ح [٥٥٩٦]: (٢٦٥/٥)، جاء في نصب الراية: "أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي الْخُذُودِ، وَالنَّسَائِيُّ، وَابْنُ مَاجَةَ فِي الطَّلَاقِ، وَرَوَاهُ الْحَاكِمُ فِي كِتَابِ الْمُسْتَدْرَكِ فِي آوَاخِرِ الصَّلَاةِ، وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ، أَنْتَهَى. وَلَمْ يُعْلَهُ الشَّيْخُ فِي الْإِمَامِ بِشَيْءٍ، وَإِنَّمَا قَالَ: هُوَ أَقْوَى إِسْنَادًا مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ، وَقَالَ صَاحِبُ التَّنْقِيحِ: حَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ وَثَّقَهُ النَّسَائِيُّ، وَالْعَجَلِيُّ، وَابْنُ مَعِينٍ، وَغَيْرُهُمْ، وَتَكَلَّمَ فِيهِ ابْنُ سَعْدٍ، وَالْأَعْمَشُ، وَرَوَى لَهُ مُسْلِمٌ مَقْرُونًا بغيره"/ نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوام، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت / لبنان، الطبعة:

الأولى، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م

^٥ انظر الحاوي الكبير للماوردي: (٣٦٩/٥).

٣. المعقول:

إن وضع المال في يد من لا يعقل إتلافٌ له، كما أن من شروط اعتبار التصرفات صحيحة القصد، وهو معدوم عند المجنون والمعتوه فلا يصح تصرفه^١.

وباعتبار أن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة عند جمهور المالكية^٢ والشافعية^٣ والحنابلة^٤، وأن التصرف يعبر عنه باللفظ أو ما يقوم مقامه وهو الكتابة، فإن حكم التصرفات الصادرة عنهم كتابةً غير معتبرة.

وعند الحنفية^٥ تصرفات المجنون جنوناً مطبقاً باطلة سواء كانت باللفظ أم الكتابة، أما المجنون غير المطبق عند إفاقته والمعتوه فعلى التفصيل الآتي: فإن كان نافعاً صح، وإن كان ضاراً لا يصح، وإن كان دائراً بينهما يتوقف على إجازة الولي.

أما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في صحة تصرفه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تعد تصرفات المميز صحيحة متى كانت نافعةً نفعاً محضاً، ومن التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

الوصية: وتصح الوصية عند المالكية^٦ والحنابلة^٧ دون عشر سنوات وفوق سن السابعة، أما عند الحنفية^٨

والشافعية^٩ على الأصح تصح في التجهيز والتكفين فقط لما فيها من نفع له، وبقاء المال على ملكه حتى وفاته وله الرجوع عنها متى شاء، واتفق الفقهاء^{١٠} على قبول الوصية بنفسه أو بولي له فيها من الحظ والمصلحة.

^١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٧٠/٧).

^٢ انظر منح الجليل شرح مختصر خليل لابن عليش: (٤٣٨/٤).

^٣ انظر روضة الطالبين للنووي: (٣٤٤/٣).

^٤ انظر كشف القناع للبهوتي: (٤٥٨/٣).

^٥ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٠٩/١٥).

^٦ انظر منح الجليل لابن عليش: (٥٠٤/٩).

^٧ انظر كشف القناع للبهوتي: (٢٣٣/٥).

^٨ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٦٥٦/٦).

^٩ انظر روضة الطالبين للنووي: (٩٧/٦).

^{١٠} انظر رد المحتار لابن عابدين: (٦٥٦/٦)، منح الجليل لابن عليش: (٥٠٤/٩)، روضة الطالبين للنووي:

(٩٧/٦)، كشف القناع للبهوتي: (٢٣٣/٥).

واختلف الفقهاء في رؤيتهم لبعض التصرفات هل هي نافعة أو ضارة **كالطلاق**، فلو طلق الصبي المميز زوجته وعَقِل ما يفعل، وعلم تحريمها عليه يصح طلاقه عند الحنابلة في المذهب^١ خلافاً للجمهور^٢.

القول الثاني: تصرفات المميز غير صحيحة لأنها ضارة ضرراً محضاً فمن الأمثلة الضارة ضرراً محضاً: الطلاق والوصية، واختلفوا في النكاح، فلا ينعقد عند جمهور المالكية^٣ والشافعية^٤ والحنابلة^٥ كسائر العقود خلافاً للحنفية^٦.

القول الثالث: تصرفات المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي، ومن الأمثلة على ذلك: النكاح عند الحنفية^٧ لا يصح إلا بإجازة الولي، والبيع والشراء من الصبي.

- وبناءً على ذلك فكل تصرف يقع من الصبي صحيحاً، تجوز فيه الكتابة لأن التصرف إنما يعبر عنه اللفظ أو ما يقوم مقامه كالكتابة، فإذا صحَّ تصرف الصبي لفظاً كالبيع والشراء صحَّ كتابةً مع مراعاة شروط الكتابة ونوع التصرف، كالزواج والطلاق كتابة وقد مر تفصيل ذلك^٨.

ثالثاً: أن يكون قاصداً.

^١ انظر المغني لابن قدامة: (٣٨١/٧).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٦٥٦/٦)، منح الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عيش المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر-بيروت، (د. ط)، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م: (٥٠٤/٩)، روضة الطالبين للنووي: (٩٧/٦)، المغني لابن قدامة: (٣٨١/٧).

^٣ انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م: (٤٥٢/٣).

^٤ انظر المجموع لنووي: (١٣٠/١٦).

^٥ انظر المغني لابن قدامة: (٥١/٧).

^٦ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٥/٣).

^٧ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٦٨/٣).

^٨ راجع الصفحة: (٢٥-٢٦).

لا بد من وجود القصد في الكتابة لأن الشخص قد يكتب ويدعي تحريب الخط أو القلم، إلا أن هناك بعض التصرفات ذكرها الفقهاء ولم يشترطوا فيها القصد، وفيما يلي بيان ذلك:

١. الهازل:

أ. التعريف لغة واصطلاحاً:

لغة: الهزل ضد الجِدِّ، أَوْ هُوَ اللَّعِبُ، وَهُوَ فِي اللَّعَةِ: مَا خُوذَ مِنْ هَزَلٍ فِي كَلَامِهِ هَزْلاً: إِذَا مَرَحَ.^١

اصطلاحاً: هو ألا يراد باللفظ معناه، لا الحقيقي ولا المجازي، وهو ضد الجد.^٢

حكم التصرفات في الهزل:

اتفق الحنفية^٣ والمالكية في المشهور^٤ والشافعية^٥ والحنابلة^٦ على أن تصرفات الهازل في النكاح والطلاق والظهار والرجعة تقع صحيحة، فالهزل والجد سواء لقوله ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»^٧، وعلى خلاف المشهور عند المالكية^٨ هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجد.

فالهزل لفظاً في هذه التصرفات يقع صحيحاً إلا أن الهزل في الكتابة قد يختلف حكمه، من الأمثلة على ذلك: النكاح إذا كانت الكتابة لا تصح بين حاضرين عازمين عليه، فكذلك لا تصح وهما هازلين، كذلك الطلاق كتابة

^١ لسان العرب لابن منظور: فصل الهاء، (٦٩٦/١١).

^٢ التعريفات للجرجاني: (٢٥٧).

^٣ انظر فتح القدير للكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر، (د.ط.): (١٩٩/٣).

^٤ انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب: (٤٢٣/٣).

^٥ انظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني: (٤٦٩/٤).

^٦ انظر كشف القناع للبهوتي: (٤٠/٥).

^٧ سنن الترمذي: باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ح [١١٨٤]، (٤٨١/٢)، وقال الترمذي: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم، والصحابة/ نصب الراية للزيلي: (٢٢٣/٣) / المستدرك للحاكم: كتاب الطلاق، ح[٢٨٠٠]: (٢١٦/٢)، وقال الحاكم إسناده صحيح.

^٨ انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب: (٤٢٣/٣).

لا يقع إلا بالنية فقد يكون قاصداً بالكتابة تجريب الخط أو تخويف أهله، فكذا لا يقع إذا كان هازلاً غير مريد الطلاق، وسيأتي تفصيله في الفصل الأخير.^١

المهر

* إن كان العقدان مكتوبان، مثال: إن كتب المتعاقدان مهراً في السر على أن يكون مئة، ومهراً في العلن على أن يكون مئتين، فإن المعول عليه عند الحنفية^٢ والمالكية^٣ والشافعية^٤ هو مهر السر، هذا إن لم تكن الزيادة في جنس المهر، كمن سمى بيتاً في مهر العلن وألف دينار في مهر السر، واختلفا ولم يشهدا على ذلك، فيرى أبو حنيفة^٥ والصاحبان^٦ في رواية أن المهر الواجب هو مهر العلانية، لأنه المذكور في العقد وهو الظاهر ورجحه ابن الهمام، وفي رواية أخرى عند الصاحبين^٧ أن المهر الواجب هو ما اتفقا عليه سراً، لأنه مقصد العاقدين.

* وأما إن كان أحدهما مكتوباً والآخر متفقاً عليه لفظاً، مثال: اتفقا على أن مهر العلن للسمعة وتواضعا سراً على ألف دينار فالواجب مهر المثل لعدم الظلم، لأن مهر السر لم يذكر في العقد وكذا العلن لم يتفق عليه، فيرجع إلى الأصل الذي هو مهر المثل.

^١ انظر صفحة (١٣٩) من هذا المبحث.

^٢ انظر فتح القدير لابن الهمام: (٣/٣٢٩).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة: (٢/٣١٣).

^٤ انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني: (٤/٣٧٨).

^٥ أبو حنيفة (٨٠ - ١٥٠ هـ = ٦٩٩ - ٧٦٧ م) هو النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الائمة الاربعة عند أهل السنة، قيل: أصله من أبناء فارس، ولد ونشأ بالكوفة، وكان يبيع الخز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والافتاء/ الجواهر المضية للقرشي: (١/٢٧-٢٦).

^٦ محمد بن الحسن (١٣١ - ١٨٩ هـ = ٧٤٨ - ٨٠٤ م) محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله: أصله من قرية حرستا، في غوطة دمشق، وولد بواسط. ونشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقعة ثم عزله. ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه، فمات في الري/ الجواهر المضية للقرشي: (٢/٤٢).

^٧ فتح القدير لابن الهمام: (٣/٣٣٠).

وذهب المالكية^١ إلى أنه إن ادعت المرأة على الرجل عدوله عن مهر السر، فيبمينه يعمل بمهر السر وبنكوله يعمل بمهر العلانية، هذا ما لم تقم بينة على أن مهر العلانية لا أصل له والمعتبر هو مهر السر، عندها يُعمل بمهر السر من دون تحليف.

وذهب الشافعية^٢ إلى وجوب ما كتب بالعقد وعقد به اعتباراً بالعقد، لأن المهر يجب به سواءً كان العقد بالأقل أم بالأكثر.

وذهب الحنابلة^٣ إلى الأخذ بالزائد سواءً كان مهر السر أو العلانية للحقوق الزيادة بالمهر بعد العقد.

الخلع: اختلف الفقهاء في مسألة الخلع إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أن الهزل إما أن يكون في أصل الخلع أو بدل الخلع، فإن كان في أصل الخلع، وقع الخلع بدلالة الحديث: ((ثلاثة جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة))^٤، إن كان الهزل في بدل الخلع اختلف الحنفية^٥ إلى قولين:

القول الأول: فعند أبي حنيفة:

أ_ إن اتفق العاقدان على الإعراض عن المواضعة أو لم يحضرها شيء وقع الطلاق ووجب المال المسمى لكون الهزل باطلاً.

ب_ وإن اتفقا على المواضعة توقف الطلاق على قبول المرأة المال المسمى بطريق الجد.

ج_ وإن لم يحضرها شيء وقع الطلاق ووجب المسمى في العقد.

القول الثاني: ذهب أصحابان إلى وقوع الطلاق ولزوم كامل المال المسمى، سواء اتفق الزوجان على المواضعة أم اختلفا فيها، أو سكنا عن الإعراض والبناء عليها، ذلك لأن الهزل لا يؤثر في الخلع، والخلع لا يحتمل خيار الشرط.

^١ انظر حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة: (٣١٣/٢).

^٢ انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني: (٣٧٨/٤).

^٣ انظر كشف القناع للبهوتي: (١٥٥/٥).

^٤ سنن الترمذي: باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ح [١١٨٤]، (٤٨١/٢).

^٥ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٨٧/٢).

المذهب الثاني: ذهب المالكية^١ الشافعية^٢ والحنابلة^٣ إلى أن حكم الخلع كحكم الطلاق هزلاً، فإن تخالعا هازلين بلفظ الطلاق ونيته صح الطلاق، وأما إن تخالعا بغير لفظ الطلاق ونيته فلا يصح الخلع لخلوه من العوض.

والراجح: ما ذهب إليه صاحبان من عدم تأثير الهزل على الخلع، لأنه قاصدٌ ما يقول وعالمٌ بمعناه، وحتى لا تكون هذه الألفاظ عرضة لمزاح الهازلين وذلك صيانة للأسرة المسلمة وحفاظاً على مكانتها، ولنفس المعنى فإن الخلع كتابة مع ادعائه الهزل يقع كما يقع لفظاً.

٢. المدهوش والغضبان:

أ. التعريف لغة واصطلاحاً:

لغة: مصدر غَضِبَ، يدل على الشدة والقوة، ومنه اشتد الغضب لأنه اشتداد السخط، يقال: غَضِبَ يغضب غضباً، وهو غضبان وغضوب وهو نقيض الرضا.^٤

اصطلاحاً: هو تغير يحدث في حالة غليان دم القلب لينتج عنه التشفي للصدر.^٥

الدهش لغة: دهش دهشاً فهو مدهوش، ودهَّش فهو مدهُوش، ذهاب العقل من الدهل والوله وقيل من الفرع ونحوه.^٦

والمدهوش اصطلاحاً: هو من غلب الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عاداته بسبب غضب اعتراه.^٧

ب. علاقة الغضب بالدهش: إن الدهش يُحدث خللاً فيترتب عليه ذهاب العقل بالكلية، أما الغضب فقد يُذهب العقل أو لا يُذهبه، والمدهوش من أسبابه الغضب والفرح والصدمة والهلع وغيرها، إلا أن الدهش يساوي الغضب في إحدى حالاته وهو حالة غلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل.

ت.

^١ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣١٣/٢).

^٢ انظر مغني المحتاج للشربيني: (٤١٧/٦).

^٣ انظر كشف القناع للبهوتي: (١٥٥/٥).

^٤ لسان العرب لابن منظور، باب الباء فصل الغين: (٦٤٨/١).

^٥ التعريفات للجرجاني: (٢٠٩/١).

^٦ لسان العرب لابن منظور: (٣٠٣/٦).

^٧ انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: (٢٤٤/٣).

ج. حكم التصرفات في الغضب:

اتفق الفقهاء^١ على أن الغضب إن كان يزيل العقل ويصل فيه الإنسان لحد الجنون، لا تصح تصرفاته، أما إن كان لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وما يقصده بل يملك الإنسان فيها نفسه، ويسيطر فيها على مشاعره وأقواله وأفعاله فتصح تصرفاته عندها، لكن إن تحكم الغضب بالإنسان واشتد به دون أن يصل به إلى زوال عقله وحال بينه وبين نية صاحبه بحيث يندم الرجل على ما صدر منه إذا زال الغضب، فهذا محل اختلاف بين الفقهاء حول صحة التصرفات أو بطلانها.

ذهب الحنفية^٢ والمالكية^٣ في قول والشافعية^٤ والمتقدمين من الحنابلة^٥ إلى صحة تصرفات الغضبان، وذلك لاستقرار العقود والمعاملات، ولكيلا تضطرب مصالح الناس، وهذا يستوجب الحكم بلزوم العقود التي تترتب عليها حقوق للآخرين دون اعتبار لعذر الغضب، لأن كل أحد يستطيع أن يدعي الغضب لإبطال تصرفه مما يهز أصول المعاملات.

وذهب ابن عابدين^٦ من الحنفية^٧ وبعض المالكية^٨ إلى عدم صحة تصرفات الغضبان إن استحكم الغضب واشتد لانعدام قصده، فلم تصح تصرفاته وسائر عقود.

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٤/٣)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (٥٤٢/٢)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي (المتوفى: بعد ١٣٠٢هـ)، دار الفكر للطباعة، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧ م: (٩/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٢٣٥/٥).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٤/٣).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة: (٣٦٦/٢).

^٤ انظر تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٥٧هـ / ١٩٨٣ م: (٣٢/٨).

^٥ انظر كشف القناع للبهوتي: (٢٣٥/٥).

^٦ ابن عابدين (١١٩٨ - ١٢٥٢هـ / ١٧٨٤ - ١٨٣٦ م) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، صاحب (رد المحتار على الدر المختار) المشهور بحاشية ابن عابدين، مولده ووفاته في دمشق/ قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار على (الدر المختار شرح تنوير الأبصار) (مطبوع بآخر رد المحتار) لعلاء الدين محمد بن عمر بن عبد العزيز عابدين (المتوفى: ١٣٠٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، (د.ط.): (٤١٦/٧).

^٧ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٤/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٦٦/٢).

^٨ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (٥٤٢/٢).

د. حكم التصرفات في الدهش:

اختلف الفقهاء في حكم تصرفات المدهوش إلى قولين:

القول الأول: ذهب ابن عابدين من الحنفية^١ إلى عدم صحة تصرفات المدهوش لغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن إرادته، لذلك لا تعتبر أقواله وأفعاله صحيحة وإن كان يعلمها ويريدها، لأن إرادته خارجة عن إدراك غير صحيح فأشبهه الصبي العاقل.

القول الثاني: لم يأت ذكر المدهوش عند الجمهور^٢ إنما ذكروا زائل العقل والمعتوه، فقالوا بعدم صحة تصرفاتهم، لنقص العقل والإدراك في أغلب الحالات، والمدهوش لا يخرج عن هذا المعنى.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري على عدم وقوع تصرفات المدهوش، ويبيّن معنى المراد من المدهوش في المادة ٨٩/ ":

١_ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره.

٢_ المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول."

وعليه فإن القانون اتبع قول ابن عابدين في النص على حكم المدهوش وبطلان تصرفاته.

وجاء في اجتهادات محكمة النقض: "وحيث أنّ اللفظ الصريح في الطلاق لا يحتاج إلى القصد أو النية في الطلاق المادة ٩٣/ أحوال شخصية، وحيث أنه ثابت من السنة النبوية المطهرة قول الرسول ﷺ: « لا طلاق في إغلاق»^٣ والطاعن يُقرّ أنه لم يكن في حالة إغلاق فهو كما يقول: (كنت أعني ما أقول ولم أفقد وعي، وكنت أعني ما أقول)،... وقد أشارت المذكرة الإيضاحية المادة ٩٣/ بينات إلى أن السلطة في تقدير الإقرار تجعل الإقرار القضائي حجة ملزمة للقاضي في سلطة تقديرها، وهذا يتفق مع أحكام القاعدة الفقهية الجليّة: المرء مؤاخذ بإقراره، (المادة ٧٩ من مجلة الأحكام العدلية) وحيث أنّ ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه يتوافق مع أحكام

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٤/٣).

^٢ انظر منح الجليل لابن عليش: (٤٣٨/٤)، المجموع للنووي: (١٣٠/١٦)، كشف القناع للبهوتي: (٢٣٤/٥).

^٣ أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الطلاق باب في الطلاق على غلط (٢١٩٣) ٢/٢٥٨، وقال أبو داود: الْإِغْلَاقُ أَظْنَهُ فِي الْغَضَبِ، وأخرجه الحاكم في المستدرک كتاب الطلاق (٢٨٠٢) ٢/٢١٦ واللفظ له، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه.

الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية وقانون البيّنات، وأن أسباب الطعن لا تنال من الحكم المطعون فيه، مما يوجب رد الطعن موضوعاً^١.

يبين الاجتهاد أن طلاق الغضبان يقع ما لم يخرج غضبه عن الوعي والإدراك، مما يدل على أن التصرفات في حالة الغضب معتبرة وصحيحة في حال كان مدركاً له يعي ما يفعله.

وباعتبار أن القانون نص على عدم وقوع طلاق المدهوش لفظاً فكذلك لا تقع تصرفات المدهوش كتابة، لأن الكتابة بديل عن اللفظ والكتابة كناية تحتاج إلى نية.

رابعاً: أن يكون مختاراً:

١. تعريف الإكراه

الإكراه لغة: مصدر كره: المشقة، وبالضم كُرِهَ، ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح كَرِهَ: ما أكرهك غيرك عليه، تقول: جئتكَ كُرْهاً، وأدخلتني كُرْهاً، هذا قول الفراء^٢.

اصطلاحاً: هو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان، طبعاً أو شرعاً، فيقدم على عدم الرضا، ليرفع ما هو أضر^٣.

ويقصد بالإكراه عند الفقهاء^٤ ما كان له أثر في التصرفات لتحقيق غرض غير مشروع أو باطل أو أدى إلى ظلم، كأن يُكره الزوج على طلاق زوجته بدون وجه حق، وأما ما كان لدفع ظلم أو تحقيق غرض مشروع، فلا يدخل في الإكراه، لأنه ليس عيباً من عيوب الإرادة أو الرضا ولا مفسداً للاختيار، كإجبار القاضي للعنين على الفرقة بعد مضي المدة.

٢. أنواع الإكراه:

(١) أساس / ٨٥٩ / شرعي قرار / ٨٥١ / لعام ٢٠١٣ سجلات محكمة النقض.

^٢ تاج العروس للزبيدي، مادة (كره): (٤٨٤/٣٦).

^٣ التعريفات لجرجاني: (٣٣/١).

^٤ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للإمام سعد الدين بن مسعود بن عمر النفتازاني (ت: ٧٩٢هـ) تحقيق: محمد خيرى سعيد، المكتبة الوقفية، (د.ط): (٥٤٩/٢)، حاشية الدسوقي لابن عرفة الدسوقي:

(٣٦٨/٢)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م: (٤٤٧/٦)، الإنصاف للمرداوي:

١ — قسّم الحنفية^١ الإكراه إلى: إكراه ملجئ^٢ وإكراه غير ملجئ.

والإلجاء: أُلجأه إلى كذا اضطر إليه وأحوجه إلى أن يفعل فعلاً يكرهه.

والإكراه الملجئ: يكون بفوات النفس أو العضو، وهذا مُعَدَّم للرضا مفسد للاختيار وأما الإكراه غير الملجئ يكون بحبسٍ أو قيدٍ أو ضربٍ وهذا مُعَدَّم للرضا غير مفسد للاختيار.

٢ — وأما جمهور المالكية^٣ والشافعية^٤ والحنابلة^٥ فاعتبروا كلا هذين القسمين إكراهاً ملجئاً، فمعنى الإلجاء أعم، وبوجوده يتحقق الإكراه في نفس المكروه فيضطر إلى الإتيان بما أكره عليه، وإذا تحقق ذلك زال الرضا والاختيار، وإذا لم يتحقق فلا يسمى إكراهاً، لكنهم اختلفوا فيما يتحقق به الإكراه الملجئ:

فعند المالكية^٦ يكون بحصول الخوف المؤلم في نفس المكروه كالقتل والضرب ولو قليلاً، أو السجن ظملاً أو القيد ولو لم يطل، وفي الصنف الكثير لأصحاب المروءة وغيرهم، أكان في المألأ أو في الخلوة، وأما الصنف القليل فيتحقق به الإكراه لأصحاب المروءة دون غيرهم في حال كان أمام المألأ، أما الخلوة فليس بإكراه، وأخذ المال أو إتلافه يكون إكراهاً إن كثر، وإلا فليس بإكراه وهي رواية ابن الماجشون.^٧

^١ انظر شرح التلويح للتقازاني: (٥٤٩/٢).

^٢ تاج العروس لمرتضى الزبيدي: مادة (لجأ): (٤١٩/١).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة الدسوقي: (٣٦٨/٢).

^٤ انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي: (٤٤٧/٦).

^٥ الإنصاف للمرداوي: (٤٤١/٨).

^٦ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٦٨/٢).

^٧ ابن الماجشون (٢١٢- ٠٠٠ هـ = ٨٢٧- ٠٠٠ م) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء أبو مروان ابن الماجشون: فقيه مالكي فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه، أضر في آخر عمره/ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: ٥٤٤ هـ) المحقق: جزء ١: ابن تاويع الطنجي، ١٩٦٥ م، جزء ٢، ٣، ٤: عبد القادر الصحراوي، ١٩٦٦- ١٩٧٠ م، جزء ٥: محمد بن شريفة، جزء ٦، ٧، ٨، سعيد أحمد أعراب ١٩٨١- ١٩٨٣ م، مطبعة فضالة -المحمدية، المغرب، الطبعة الأولى: (١٣٦/٣).

وعند الشافعية^١: يكون بالضرب الشديد أو الحبس الطويل أو إتلاف المال عاجلاً، ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص، فما يكون إكراهاً بحق شخص قد لا يكون إكراهاً في حق آخر، فالضرب اليسير إكراه لذوي الوجاهة، وإتلاف خمسة دراهم إكراه للفقير دون الغني.

وعند الحنابلة^٢ لا يتحقق الإكراه إلا إذا ناله شيء من العذاب المؤلم، والضرر الكثير والخنق، والحبس وأخذ المال الكثير، بخلاف السب والشتم وأخذ المال القليل فليس بإكراه، لأن الضرر الواقع به يسير.

٣. شروط تحقق الإكراه في التصرفات:

لا بد من توافر عدة شروط لتحقيق الإكراه نص عليها الأئمة الأربعة^٣ وهي:

- أ. أن يكون الإكراه من شخص قادر على إيقاع ما هدد به، ولا يشترط أن يكون متغلباً بسلطة أو سلاح كاللص وقاطع الطريق عند المالكية^٤ والشافعية^٥ ومن ذلك قول المرأة لزوجها: طلقني وإلا قتلتك مثلاً أو أتلقت مآلك، وغلب على ظنه أنها تفعل ذلك، فالإكراه واقع، خلافاً للحنفية^٦ — فيما يؤثر به الإكراه عندهم والحنابلة^٧ — الذين اشترطوا ذلك، والراجح الأول لوقوع الإكراه ممن لا سلطة له.
- ب. أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به إن لم يفعل، ويكفي في ذلك غلبة الظن ولا يشترط التيقن.
- ج. أن يعجز المكره عن دفع ما هدد به بهرب أو مقاومة أو استغاثة باللجوء.
- د. أن يكون الإكراه ملجئاً.

^١ انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي: (٤٤٧/٦).

^٢ انظر الإنصاف للمرداوي: (٤٤١/٨).

^٣ انظر العناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، دار الفكر، (د.ط.): (٢٣٣/٩)، المدونة لمالك بن أنس الأصبجي (ت: ١٧٩) دار الكتب العلمية: الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م: (٤٣٦/٢)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرّي، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر، (د. ط.): (٣٢٥/٤)، المغني لابن قدامة: (٤٣٩/٨).

^٤ انظر المدونة لمالك بن أنس: (٤٣٦/٢).

^٥ انظر فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب للعجيلي: (٣٢٥/٤).

^٦ انظر العناية شرح الهداية للبابرّي: (٢٣٣/٩).

^٧ انظر المغني لابن قدامة: (٤٣٩/٨)، الإنصاف: (٤٣٩/٨).

٤. حكم تصرفات المكره كتابة في قانون الأحوال الشخصية السوري

لا تصح تصرفات المكره في قانون الأحوال الشخصية السوري كما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٨٩/١: "١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره".

وجاء في اجتهادات محكمة النقض: " المحكمة استمعت لإفادة المدعى عليها فقالت: بأنّ والدها قد ضغط عليها للانفصال عن زوجها بسبب علاقة مادية بينهما، وأفاد الشهود أنّ المدعى تعرّض للضغوط من ذويه ومن ذوي المدعى عليها، وحيث أنّ الإكراه ينفي وقوع الطلاق أصلاً وذلك بنص المادة ٨٩/١ أحوال شخصية، وعملاً بقول رسول الله ﷺ: «تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، فهل بعد ذلك قول لقاضي بعدم وقوع طلاق المكره، وبالتالي لا عودة للمطلقة إلى عصمة مطلقها لعدم وقوع الطلاق أصلاً^٢."

يؤكد هذا الاجتهاد ما ذهب إليه القانون من عدم صحة الطلاق في حالة الإكراه، وبالتالي فإن تصرفات المكره القولية غير صحيحة بناء على اختيار القانون، وإذا لم يصح التصرف اللفظي مع الإكراه فلا يصح أيضاً التصرف الكتابي مع الإكراه.

خامساً: أن يكون صاحب العلاقة:

يجب التأكد من أن الذي قام بالكتابة المتضمنة لأي تصرف ينبنى عليه حكم شرعي هو نفسه من يخصه الأمر والذي يتحمل آثار هذا التصرف، كأن يكتب الزوج طلاق زوجته، أو يكتب وصية إلى فلان أو إقراراً بالنسب ونحو ذلك، وهنا يأتي دور وسائل الإثبات لتأكيد هوية الكاتب، فإن تبين أنه صاحب العلاقة فإنه يتحمل آثار تصرفه، وإلا فلا.^٣

^١ أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين من رواية ابن عباس، کتاب الطلاق (٢٨٠١) وقال عنه: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: (٢١٦/٢).

^٢ أساس ٨٦٥. قرار ٨١٠. تاريخ ١٠/٢/٢٠١٥ سجلات محكمة النقض.

^٣ التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب، المحامي سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية، دمشق - حرستا، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٨م: (١١٧/١).

المطلب الثاني: شروط صفة الكتابة النافذة

تصح أغلب التصرفات بالكتابة حتى وإن كان الشخص قادراً على اللفظ، كما لو أراد الزوج أن يطلق باللفظ جاز أن يطلق بالكتابة فيقع طلاقه إذا نواه عند الأئمة الأربعة^١، واستدلوا على ذلك بالعديد من الأدلة منها عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ^٢، أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ^٣ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ»^٤.

وقال إبراهيم النخعي^٥: "إذا خط الرجل بيده الطلاق فهو طلاق".^٦

ويشترط لصحة التصرفات بالكتابة الشروط الآتية:

أولاً: أن تكون مرسومة.

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣)، منح الجليل لابن عيش: (٩١/٤)، نهاية المحتاج للرملي: (٤٣٧/٦)، كشاف القناع للبهوتي: (٢٤٩/٥).

^٢ فاطمة بنت قيس بن خالد: (ب د ع): فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر بن وهب بن ثعلبة بن وائلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر القرشية الفهرية أخت الضحاك بن قيس، قيل: كانت أكبر منه بعشر سنين/ أسد الغابة لأبن الأثير: (٢٢٤/٧).

^٣ أبو عمرو بن حفص ابن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي، زوج فاطمة بنت قيس، وقيل: هو أبو حفص بن عمرو بن المغيرة، وأمّه درّة بنت خزاعيّ الثقفية، وكان خرج مع عليّ إلى اليمن في عهد النبيّ صلى الله عليه وسلم فمات هناك، سكن المدينة/الإصابة لابن حجر العسقلاني: (٢٣٩/٧).

^٤ صحيح مسلم لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (د. ط)، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، ح[١٤٨٠]: (١١١٤/٢).

^٥ النَّخْعِيّ (٤٦ - ٩٦ هـ = ٦٦٦ - ٨١٥ م) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران النخعي، من مذبح من أكابر التابعين صلاحاً وصدق رواية وحفظاً للحديث، من أهل الكوفة، مات مختفياً من الحجاج، قال فيه الصلاح الصفدي: فقيه العراق، كان إماماً مجتهداً له مذهب، ولما بلغ الشعبيّ موته قال: والله ما ترك بعده مثله/ تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني: (١٧٧/١).

^٦ سنن سعيد بن منصور لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ/١٩٨٢م، ح[١١٨٦]، باب الرجل يكتب بطلاق امرأته: (٣٢٦/١).

أي أن تكون مصدرة ومعنونة بعنوان المرسل إليه كالرسائل المعهودة.

ذهب الحنفية^١ إلى صحة التصرفات بالكتابة المرسومة بألفاظها الصريحة دون الحاجة إلى النية، أما غير المرسومة فلا تصح التصرفات إلا بالنية، لاحتمال إرادته تجريب القلم أو تحسين الخط، وفرق المالكية^٢ بين نيته عند الكتابة فتصح التصرفات بمجرد الكتابة، وبين عدم نيته عند الكتابة فلا تصح إلا بالنية.

أما عند الشافعية^٣ في قول والحنابلة^٤ فلا تصح التصرفات بالكتابة مع القدرة على النطق، لأن الكناية تكون باللفظ لا بالكتابة، وقياساً على الإشارة من الناطق، ولأن الكتابة قد تحتل امتحان الخط وأما إذا لم ينو الشخص بالكتابة فلا تصح تصرفاته وهذا عند جمهور الفقهاء.^٥

ثانياً: أن تكون مستبينة:

أي واضحة لها أثر، بحيث يمكن قراءتها بسهولة للقارئ، كالكتابة على الورق والحائط والأرض، فهذه تصح التصرفات بها مع النية عند جمهور الفقهاء^٦، لأن الكتابة عبارة عن حروف فلو أُتي بها وفُهم المراد منها صح التصرف، كما أن الكتابة تقوم مقام الكاتب، وليس أدل على ذلك من تبليغ النبي ﷺ بعض الناس بالقول، والبعض الآخر بالكتابة وفق رسائل إلى ملوك الطوائف.

أما إن كانت الكتابة غير مستبينة وهي ما يكتب على الهواء أو الماء والكتابة التي لا يمكن فهمها وقراءتها، فهذه لا تصح التصرفات بها، لأنها كالهمس في الفم بما لا يتبين.^٧

ثالثاً: أن تكون بلغة مفهومة:

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣).

^٢ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢).

^٣ انظر المجموع للنووي: (١١٩/١٧).

^٤ انظر كشف القناع للبهوتي: (٢٤٩/٥).

^٥ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢)، المجموع شرح المذهب للنووي: (١١٩/١٧)، المغني لابن قدامة: (٤٨٦/٧).

^٦ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣)، منح الجليل لابن عيش: (٩١/٤)، المجموع شرح المذهب للنووي: (١١٩/١٧)، المغني لابن قدامة: (٤٨٦/٧).

^٧ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣).

يشترط في التصرفات المنفردة أن تكون الكتابة بلغة مفهومة بالنسبة للكاتب ككتابة الطلاق باللغة الأعجمية، أما التصرفات غير المنفردة يشترط أن تكون اللغة مفهومة للطرفين، لأن الكتابة تعبير عن الإرادة الصادرة منه، فيشترط أن تكون واضحة ومفهومة دون لبس أو إيهام بالنسبة للعاقدين كعقد الزواج بغير العربية للعريين أو بلغة الشات وفيما يلي بيان لكلام الفقهاء في ذلك:

١ _ الكتابة بغير العربية:

ومن الأمثلة على ذلك:

في النكاح: اتفق الفقهاء^١ على جواز عقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية، لأن العبرة في العقود للمعاني، واختلفوا فيما إذا كانا يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها:

فذهب الحنفية^٢ والشافعية في الأصح^٣ وابن قدامة^٤ ومتأخري الحنابلة^٥ إلى أنه ينعقد الزواج بغير العربية إذا جاء باللفظ الخاص المشتمل على معنى اللفظ العربي.

وذهب الشافعية في قول^٦ إلى أنه لا يصح بغير العربية، وفي قول آخر للشافعية^٧ والمذهب من الحنابلة^٨ إلى أنه ينعقد إن لم يحسن العربية وإلا فلا.^٩

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٥/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٢١/٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي: (٢٣٥/٩)، كشف القناع للبهوتي: (٣٨/٥).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٥/٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي: (٢٣٥/٩)، كشف القناع للبهوتي: (٣٨/٥).

^٣ انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي: (٢٣٥/٩).

^٤ ابن قدامة (٥٤١ - ٦٢٠ هـ = ١١٤٦ - ١٢٢٣ م) عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة، له تصانيف، منها "المغني"، ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة ٥٦١ هـ، فأقام نحو أربع سنين وعاد إلى دمشق وفيها وفاته/ ذيل طبقات الحنابلة للسلامي: (٢٨١/٣).

^٥ انظر مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦ هـ/ ١٩٩٥ م: (٥٣٣/٢٠).

^٦ انظر البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمرائي: (٢٣٥/٩).

^٧ انظر المرجع السابق: (٢٣٥/٩).

وأما في الطلاق: ذهب الحنفية^٢ والشافعية^٣ والحنابلة^٤ إلى أن من لا يستطيع النطق بالعربية إن أتى بصريح الطلاق بغير العربية وقع الطلاق، وإن أتى بالكناية لا يقع الطلاق إلا بالنية.

وبناءً عليه فإن من قال بأن الكتابة صريحة فالطلاق يقع بالكتابة ممن لا يحسن العربية دون نية، ومن قال لا يقع الطلاق بالكناية، فلا يقع طلاقه إلا بالنية.

وذهب المالكية^٥ إلى أن من طلق بغير العربية صح طلاقه إن شهد بذلك رجلان عدلان يعرفان بغير العربية.

٢_ الكتابة بلغة (الشات) أو (الإنكليزي المُعَرَّب)

هي أبجدية غير محدّدة القواعد، مستحدثة غير رسمية، ظهرت منذ بضعة سنوات، تستخدم للتواصل عبر الدردشة على الإنترنت أو رسائل الهاتف المحمول باللغة العربية أو بلهجتها، وتنطق هذه اللغة مثل اللغة العربية إلا أن الحروف المستخدمة في الكتابة هي حروف إنكليزية وأرقام بطريقة تشبه التشفير، حيث يتم استبدال بعض الأحرف في اللغة العربية والتي لا يوجد لها مقابل في اللغة الإنكليزية بأرقام تشابه لحد ما الحروف العربية، مثل:

2 = همزة ككلمة سؤال تكتب: so2al

3 = ع ويمكن كتابة حرف غ بالشكل التالي 3‘

4 = ش والبعض يستخدمها مقابل الحرف ذ

5 = خ

6 = ط

7 = ح

8 = ق

^١ انظر مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م: (٤٩/٥).

^٢ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني: (٢٣٥/٩).

^٣ انظر فتح القدير لابن الهمام: (١٩٠/٣).

^٤ انظر روضة الطالبين لنووي: (٢٥/٨).

^٥ انظر كشاف القناع للبهوتي: (٣٦٩/٥).

^٦ انظر المدونة لمالك بن أنس: (٦٩/٢).

9 = ص

والسبب الرئيسي لانتشارها ظهور خدمة الهاتف المحمول، وذلك لأن خدمة الرسائل القصيرة تتيح للغة الإنكليزية حروفاً أكثر في الرسالة الواحدة عنها في نظيرتها العربية، مما دفع بعض الذين لا يتقنون الإنكليزية إلى استخدامها لكن بصيغة عربية، فسرعان ما انتشرت بين المستخدمين لتوفير أكبر كم من الحروف، بالإضافة إلى أن كثيراً من الأجهزة لا تدعم اللغة العربية.^١

فلو أن الزوج كتب لزوجته أنت طالق بهذه اللغة هكذا:

(2laee al6ala8 أو anti 6ale8/ talek) فهل يعتبر طلاقاً؟

اختص الحنفية بذكر هذه المسألة فقد ورد في المذهب الحنفي أن التصحيف في لفظ الطلاق لا يؤثر على وقوعه، وصور التصحيف في الطلاق خمسة: تلاق، تلاغ، طلاغ، طلاك، وتلاك.

وتلك الأخيرة تتفق في اللفظ والأحرف مع الكتابة بالأحرف الإنكليزية: (تلاك = talak) فإن قال الزوج لزوجته: أنت تالك وادّعى أنه تعمد ذلك اللفظ تخويفاً لم يصدق إلا إذا شهد الشهود قبل ذلك بأنه يريد تخويف زوجته وأنه سيتلفظ به مصحفاً.^٢

ويمكن تخريج الكتابة بالحروف الأجنبية على حكم تصحيف لفظ الطلاق، سواء توفرت بجهازه الحروف العربية أم لم توجد، فيقع الطلاق بكتابه بحروف غير عربية طالما أن اللفظ واحد، ولا يصدق قضاءً إن ادّعى التخويف، لانتشار هذه الطريقة في الكتابة بين الناس وتعارفهم عليها، ولتحقق الغرض من الكتابة وهو توصيل المعنى المراد، وإذا كان اللفظ واحداً والمعنى واحداً فلا عبرة بالحروف التي يكتب بها، خاصة أن قراءة تلك الكلمة تكون بنطق الحروف العربية، ولا يقع خلاف بين عامة الناس في فهمها ومعرفة معناها بعد أن تعارف الناس عليها وكثر استخدامها، وتكون الكتابة بهذه الحروف كناية تحتاج إلى نية لأنه لا تطرق إليها الاحتمال فقد تكون للتخويف أو للتهديد أو من غير صاحب الجهاز إذ تحتل التلاعب والتزوير.

^١ ويكيبيديا الموسوعة الحرة الإنكليزية (المعرب نوفمبر ٢٠١٠) ar.m.wikipedia.org، ماسكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فَرْق الزواج وآثارها (دراسة فقهية قانونية مقارنة): بحث لنيل درجة الماجستير، إعداد لبابة خادم السروجي، ١٤٣٩هـ/٢٠١٨م: (١٦٨).

^٢ انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية: (٢٧١/٣).

● مما سبق يتبين أن للكتابة حكم اللفظ مع مراعاة الشروط الآتية:

١. أن تكون الكتابة مكتوبة بخط واضح ومقروءة.
٢. أن تكون الكتابة على شيء ثابت.
٣. الأمن من التزوير.
٤. خالية من الغموض والتلميحات والعبارات التي تحمل أكثر من معنى.
٥. كمال الأهلية (قاصداً مختاراً) لصاحب الكتابة.
٦. أن يكون صاحب الكتابة يصح منه التصرف لفظاً، لأن الكتابة بديل عن اللفظ.

الفصل الثاني: طرق توثيق الكتابة

تعد الكتابة وسيلة مهمة من وسائل إثبات الحقوق، كونها صالحة للإثبات مدة طويلة على مر العصور والأجيال، فقد يطرأ على الإنسان الكثير من التغيرات، فقد ينسى أو يموت أو يمرض أو يفقد أهليته، مما قد يوقع الناس في الحرج والمشقة وتتعطل مصالحهم وتصبح أمواهم عرضة للجحود والنكران، وبهذا تكون الكتابة هي المرجع لحفظ التصرف وضبطه، ولضمان الحقوق واستقرار المعاملات وتحقيق العدل لا بد من توثيق أي تصرف خصوصاً إذا كان تصرفاً كتابياً، وذلك خشية التبديل والتزوير والتحريف، لذلك سيتم في هذا البحث الكلام عن توثيق الأساليب الكتابية وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الطرق القديمة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: الطرق الحديثة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية

المبحث الأول: الطرق القديمة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية

لأن العدل من القيم الأساسية في الدين الحنيف فقد جاءت الشريعة الإسلامية تبين لنا وسائل إثبات الحقوق لضمان تحقيق العدالة واستقرار المجتمع، وسيتم في هذا لمبحث بيان هذه الوسائل وعلاقتها في توثيق التصرفات الكتابية، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشهادة

المطلب الثاني: اليمين

المطلب الثالث: الإقرار

المطلب الرابع: القرائن

المطلب الأول: الشهادة

للسهادة دور كبير في حفظ الأنفس والأعراض والأموال وصيانتها من الضياع، وتثبت بها الحقوق، وتعد دليلاً وبرهاناً أمام القاضي عند التنازع والتظالم، وإذا اقترنت الشهادة بالكتابة قويت وأصبحت عوناً وتثبيتاً للشاهد، لما عساه أن يتطرق إليه الذهول والنسيان عن الحق، وأبعد إلى الريبة والاحتمال، وهذا ما ذكره الله تعالى في الحكمة من ذلك في قوله: ﴿ذَلِكُمْ أَفْطَ عَنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أولاً: تعريف الشهادة:

لغة^١: مشتقة من الفعل شهد، وتأتي على معانٍ منها:

- ١ _ الحضور: ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥].
- ٢ _ المعاينة: ومنه قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨].
- ٣ _ العلم، والعلم خبر قاطع.
- ٤ _ الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول شهد فلان على كذا، أي أخبر به خبراً قاطعاً.
- ٥ _ الحلف: تقول: أشهد بالله لقد كان كذا، أي أحلف، ومنه قوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١].

^١ تاج العروس لزبيدي، باب شهد: (٢٥٩/٨-٢٥٣-٢٥٢)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧م: (٤٩٤/٢)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، (ب، ط): (٣٢٤/١).

اصطلاحاً: عُرِّفَت مجلة الأحكام العدلية الشهادة في المادة /١٦٤٨/ بأنها: "الإخبار بلفظ الشهادة، يعني يقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو ذمة الآخر في حضور القاضي، ومواجهة الخصمين، ويقال للمخبر شاهد، ولصاحب الحق مشهود له، وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به".^١

وعُرِّفَ الحنفية الشهادة بأنها "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ... ولو بلا طلب".^٢

وعُرِّفَ المالكية: إخبار عدلٍ حاكماً بما عَلم، ولو بأمرٍ عام، ليحكم بمقتضاه.^٣

وعُرِّفَ الشافعية بأنها: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد.^٤

وعند الحنابلة عُرِّفَت بأنها: الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص.^٥

يتبين مما سبق أن الأئمة الأربعة اتفقوا على جعل كلمة "أشهد" من أركان الشهادة لعدم وجود كلمة أخرى تشتمل على معنى الشهادة المقبولة شرعاً.

ثانياً: مشروعية الشهادة

اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات بالشهادة، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

١ . من القرآن الكريم:

أ. قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

^١ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩١م: (٣٤٦/٤-٣٤٥).

^٢ فتح القدير لابن الهمام: (٣٦٤/٧).

^٣ حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٤/٤).

^٤ نهاية المحتاج للرملي: (٢٩٢/٨).

^٥ كشف القناع للبهوتي: (٤٠٤/٦).

وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

فهذه الآيات الكريمة فيها دلالة على مشروعية الشهادة، ووجوب الإشهاد على المعاملات والأحكام الإسلامية لضبط التعامل والمحافظة على الحقوق، ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فأمر الله عز وجل بأدائها دليل على مشروعيتها.

ب. وقوله تعالى في الوصية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، الآية نص على مشروعية الشهادة في الوصية.

٢. من السنة:

أ. إِنَّ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ رضي الله عنه قَالَ: كَانَتْ بَنِي وَبَيَّ رَجُلٍ حُصُومَةً فِي بَثْرٍ، فَاحْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»، قُلْتُ: إِنَّهُ إِذَا يَخْلِفُ وَلَا يُبَالِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ خَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا، وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ».^١

وجه الاستدلال: يبين هذا الحديث أن الشهادة دليل وحجة لفصل الخصومة وقطع النزاع بين المتخاصمين.^٢

ب. عَنِ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رضي الله عنه، قَالَ: سَأَلْتُ أُمِّي أَبِي بَعْضَ الْمُوهَبَةِ لِي مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فَوَهَبَهَا لِي، فَقَالَتْ: لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَخَذَ بِيَدِي وَأَنَا غَلَامٌ، فَأَتَى بِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: إِنَّ أُمَّهُ بِنْتُ رَوَاحَةَ سَأَلَتْنِي بَعْضَ الْمُوهَبَةِ لِهَذَا، قَالَ: «أَلَاكَ وَلَدٌ سِوَاهُ؟»، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَرَاهُ، قَالَ: «لَا تُشْهَدْنِي عَلَى جَوْرِ».^٣

^١ الأشعث بن قيس (٢٣ ق هـ - ٤٠ هـ) هو الأشعث بن قيس بن معدي كرب أبو محمد الكندي، أمير كندة في الجاهلية والإسلام، كانت إقامته في حضرموت، روى عن النبي ﷺ، وعنه أبو وائل والشعبي وقيس بن أبي حازم وغيرهم، وشهد اليرموك والقادسية والمدائن، وقال ابن منده: كان ارتد ثم رجع إلى الإسلام في خلافة أبي بكر وروى له البخاري ومسلم تسعة أحاديث/ أسد الغابة لابن الأثير: (٢٤٩/١).

^٢ صحيح البخاري: باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، ح [٢٥١٥]: (١٤٣/٣)، صحيح مسلم: باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار: ح [٢٢١]: (١٢٣/١).

^٣ نيل الأوطار للشوكاني: (٣٢٨/٨).

^٤ الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ (٢ - ٦٥ هـ = ٦٢٣ - ٦٨٤ م) الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ بْنُ سَعْدِ بْنِ ثَعْلَبَةَ الْخَزْرَجِيُّ الْأَنْصَارِيُّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ: أمير خطيب، شاعر، وهو أول مولود ولد في الأنصار بعد الهجرة، وله ١٢٤ حديثاً، وشهد " صفين " مع معاوية، وولي القضاء بدمشق/ أسد الغابة لابن الأثير: (٣١٠/٥).

^٥ صحيح البخاري، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، ح [٢٦٥٠]: (١٧١/٣).

ودلالة الحديث على مشروعية الشهادة كون النبي ﷺ لم يعترض على الواهب في طلبه منه بتوثيق شهادته.

٣- الإجماع: أجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة ولم ينكرها أحد، فهي حجة شرعية، ودليل للقضاء، ووسيلة من وسائل الإثبات.^١

ثالثاً: حكم الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية

فرّق الفقهاء في حكم الشهادة في الأحوال الشخصية بين حقين من الحقوق:

الأول: ما كان منها متعلقاً بحقوق الله تعالى، كالشهادة في الطلاق والظهار، فالشاهد تلزمه إقامة الشهادة، حسبةً لله تعالى عند الحاجة إلى الإقامة، من غير طلب من أحد من العباد، لأن عدم الشهادة فيه إبقاء لحالة الزوجية وهي باطلة بالطلاق، فعدم الشهادة فيها استدامة للمحرم.^٢

الثاني: ما كان منها متعلقاً بحقوق الآدميين، فقد اتفق الفقهاء على أن تحمل الشهادة وأداءها في حقوق الآدميين فرض كفاية إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقي، وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع، وقد تكون تلك الشهادة في حقه فرض عين يجب عليه أن يؤديها^٣، إذا لم يوجد من الشهود من يكفي لأداء هذه

الشهادة، وكانت نافعة ولم يترتب عليها ضرر يلحق بالشاهد، لأن الشهادة لا تلزمه فلا بضر نفسه لنفع غيره.^٤

رابعاً: شروط أداء الشهادة

اشتراط الفقهاء لأداء الشهادة جملة من الشروط اتفقوا على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، وأهم هذه الشروط:

أولاً: الشروط المتفق عليها:

^١ كشف القناع للبهوتي: (٤٠٤/٦).

^٢ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٨٢/٦).

^٣ انظر الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقاً)، مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧م: (١٥٠/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق: المكتبة التجارية - مكة المكرمة، (د.ط): (١٩٤١/٣ - ١٥٤٠)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني: (٣٨٦/٦)، المغني لابن قدامة: (١٢٨/١٠).

^٤ انظر الاختيار لتعليل المختار للموصلي: (١٥٠/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي: (١٥٤١/٣)، المبدع لابن مفلح: (٢٨٢/٨ - ٢٨١).

١ _ **البلوغ والعقل**:^١ كون الشاهد بالغاً عاقلاً، فلا تقبل شهادة المجنون والسكران والصبي، لعدم قدرته على أداء الشهادة بعدم الفهم والضبط في وقت الأداء، ولقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

٢ _ **العدالة**:^٢ العدالة شرط في الشهود لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

فلا تقبل شهادة الفاسق كالزاني والسارق والشارب ونحوهم، وكذا مجهول الحال.

٢ _ **الإسلام**:^٣ الإسلام شرط من شروط أداء الشهادة فلا تصح شهادة غير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وغير المسلم ليس من المسلمين، وليس بعادل فلا يُقبل منه، ولو قبل منه لم يكن لقوله تعالى: ﴿مِنْكُمْ﴾ معنى فائدة، كما أن غير المسلم كذب على الله ﷻ فمن باب أولى أن يكذب على غير الله ﷻ.

ثانياً: الشروط المختلف فيها:

١ _ **شهادة غير المسلم في الوصية عند السفر**: اختلف الفقهاء في شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية^٤ إلى عدم جواز شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر مطلقاً، سواء وجد مسلماً يشهد على وصيته أم لم يجد.

القول الثاني: ذهب الحنابلة^١ إلى جواز شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر بشرط عدم وجود مسلم يشهد عليها.

^١ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٦٦/٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٥/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٤٠/٦)، كشف القناع للبهوتي: (٤١٦/٦).

^٢ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٦٦/٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٥/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٤١/٦)، الإنصاف للمرداوي: (٤٣/١٢).

^٣ انظر فتح القدير لابن الهمام: (٤١٧/٧)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٧٢/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٣٩/٦)، الإنصاف للمرداوي: (٤٠/١٢).

^٤ انظر فتح القدير لابن الهمام: (٤١٧/٧)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٧٢/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٣٩/٦).

وأرجح قبول شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر بدليل قول سعيد بن المسيّب^٢: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، قال: "من أهل الكتاب"^٣، فإن وجد مسلم فهو الأولى وإلا صحت للضرورة.

٢_ القدرة على الكلام: اختلف الفقهاء في شهادة الأخرس على قولين:

القول الأول: يشترط في الشاهد أن يكون متكلماً، فلا تقبل شهادة الأخرس، وإليه ذهب الحنفية والشافعية والراجح عند الحنابلة^٤، لأن الشهادة تتطلب اليقين، ولا يحصل اليقين بالإشارة^٥.

القول الثاني: لا يشترط في الشاهد أن يكون متكلماً، فتجوز شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته عند المالكية ورواية عن الحنابلة^٦، لأن الحاجة إلى النطق في الشهادة ليقع الفهم به، فإن تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها^٧.

وفي زمننا هذا أصبح هناك مدارس متخصصة بتدريس الإشارة للأخرس حتى باتت تلك الإشارة علماً له قواعده وأسسها التي يعرفها المتخصصون فيه، وأصبح يحصل بالإشارة ما يحصل بالعبرة من اليقين، وبإمكان القاضي الاستعانة بأهل العلم والاختصاص لترجمة إشارة الأخرس إلى لغة مفهومة.

وعليه أرجح القول الثاني القائل بصحة شهادة الأخرس إذا كان له إشارة مفهومة أو كتابة معلومة، فبهما يتم عقد نكاحه وطلاقه وقياساً على ذلك تصح شهادته.

^١ انظر الإنصاف للمرداوي: (٤٠/١٢).

^٢ سعيد بن المسيّب (١٣ - ٩٤ هـ) هو سعيد بن المسيّب بن حزن بن أبي وهب، قرشي مخزومي، من كبار التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، كان لا يأخذ عطاء، ويعيش من التجارة بالزيت، وكان أحفظ الناس لأقضية عمر بن الخطاب وأحكامه حتى سمي راوية عمر/ الوافي بالوفيات لصالح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤ هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (د. ط) ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م: (١٦٣/١٥).

^٣ شرح مشكل الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١ هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ / ١٤٩٤ م: (٤٦٤/١١).

^٤ انظر المبسوط للرخسي: (١٣٠/١٦)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي: (٢٩٣/٨)، الإنصاف للمرداوي: (٣٨-٣٩/١٢).

^٥ انظر المغني لابن قدامة: (١٧٠/١٠).

^٦ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٨/٤)، المغني لابن قدامة: (١٧٠/١٠).

^٧ انظر المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادى: (١٥٥٨/٣).

٣_ البصر: اختلف الفقهاء في حكم شهادة الأعمى على قولين:

القول الأول: عدم قبول شهادة الأعمى مطلقاً وهو قول الحنفية^١، لأن في شهادة الأعمى شبهة اشتباه الأصوات فقد يحاكي الإنسان صوت غيره.

القول الثاني: قبول شهادة الأعمى فيما هو من قبيل الأقوال فقط دون الأفعال وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة^٢.

وأرجح عدم قبول شهادة الأعمى في الكتابة لأنها تحتاج إلى النظر ومعرفة الكاتب.

٤_ انتفاء التهمة: اتفق الفقهاء^٣ على أن يكون الشاهد خالياً من التهمة عند أدائه للشهادة من أجل إرساء العدل والشفافية في الشهادة والقضاء، فقد منعوا شهادة العدو على عدوه، والعداوة المعتبرة هي العداوة الدنيوية وتعرف بالعُرف، ومنعوا شهادة من كانت الشهادة تجلب له المنفعة أو تدفع عنه ضرراً، وكما أن الأئمة الأربعة^٤ أيضاً منعوا شهادة الأصول للفروع والعكس، لأن التهمة بينهم قوية بخلاف غيرهم من الأقارب، وقيلها الإمام أحمد^٥ في رواية ثانية لهم من باب أن الدين والعدالة يمنعان شهادة الزور فلا يشهد لوالده أو ولده إلا بحق، والراجح أنها لا تقبل للتهمة الموجودة بينهما.

واختلفوا في شهادة الزوجة لزوجها أو بالعكس على قولين:

^١ انظر المبسوط لسرخسي: (١٣٠/١٦).

^٢ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٧/٤)، نهاية المحتاج للرملي: (٢٩٣/٨)، المغني لابن قدامة: (١٧٠/١٠).

^٣ انظر المبسوط لسرخسي: (١٢٢/١٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٨/٤) روضة الطالبين لنووي: (٢٣٧/١١)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٥٩٥/٣).

^٤ انظر المبسوط لسرخسي: (١٢٢/١٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٨/٤)، روضة الطالبين لنووي: (٢٣٧/١١)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٥٩٥/٣).

^٥ انظر المبسوط لسرخسي: (١٣٣/١٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٨/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٣٤٣/٦)، المغني لابن قدامة: (٦٩/١٢).

القول الأول: لا تجوز شهادة الزوجة لزوجها أو بالعكس، وهذا قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية^١ ذلك لأن كل واحد من الزوجين يرث الآخر وينبسط في ماله، فلذا لا يجوز أداء الشهادة من أحد الزوجين للآخر، لتهمة انتفاع كل واحد منهما بشهادة الآخر.^٢

القول الثاني: يجوز أداء الشهادة من أحد الزوجين للآخر، وهو قول الشافعية والرواية الثانية عن الحنابلة، ذلك لأن الذي يربط بين الزوجين العقد، وهذا العقد يمكن أن ينتهي، وبذلك لا يتوقع من هذا العقد أن يجر نفعاً لأحد الزوجين فانتفت التهمة.^٣

الترجيح أرى أن لكلا القولين حجة يؤخذ بها، لكن لا بأس بسماع شهادة الزوجين للاستئناس بها، إذ يمكن الجمع والتوفيق بين تحقيق العدالة ودفع التهمة.

رابعاً: نصاب الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية

ولها عدة أقسام:

١ _ المسائل التي ليس مآلها إلى مال: كالنكاح والطلاق والرجعة والوصية والولاية ففيها مذهبان:

المذهب الأول: يقبل فيها شهادة رجل وامرأتان أو يمين لأنها ليست بعقوبة ولا تسقط بالشبهة فهي أشبه بالمال وإليه ذهب الحنفية.^٤

المذهب الثاني: لا تقبل الشهادة فيها إلا بشهادة رجلين لقوله تعالى في الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، فيقاس عليه سائر التصرفات، لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فأشبهه العقوبات وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة.^٥

^١ انظر المبسوط لسرخسي: (١٢٢/١٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٨/٤)، المغني لابن قدامة: (٦٩/١٢).

^٢ انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٥٩٥/٣).

^٣ انظر روضة الطالبين لنووي: (٢٣٧/١١)، المبدع لابن المفلح: (٣٢٣/٨).

^٤ انظر البدائع للكاساني: (٢٧٧/٦).

^٥ انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث - القاهرة، (د. ط)، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤ م: (٢٤٨/٤)، المذهب

٢ _ المسائل التي مآها إلى مال: كالوصية بالمال والنفقة والميراث والخلع إذا ادعاه الزوج، تثبت بشهادة رجل وامرأتين بالاتفاق، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].^١

واختلفوا في إثباتها بالشاهد الواحد مع يمين المدعي على قولين:

القول الأول: إن مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأموال لا تثبت بأقل من رجلين أو رجل وامرأتين، فلا تثبت بشهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي أو بامرأتين مع يمين المدعي وهذا قول الحنفية^٢.

القول الثاني: ذهب المالكية^٣ والشافعية في رواية^٤ والحنابلة في رواية^٥ إلى أن مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأموال تثبت بشهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي، أو بامرأتين مع يمين المدعي ولا يثبت بهما شيء غير الأموال وما يؤول إليها، إلا أن الشافعية^٦ قالوا: إنها لا تثبت بشهادة امرأتين مع يمين طالب الحق وهو رواية عن الحنابلة^٧.

٣ _ **المسائل الخاصة بالنساء:** كالولادة والرضاع والعدة والعيوب تحت الثياب، فيقبل فيها شهادة امرأة عدلة عند الحنفية والحنابلة^٨، أما المالكية^٩ فقالوا تكفي امرأتان، أما عند الشافعية^{١٠} فلا يكفي أقل من أربع نسوة لأن الله ﷻ جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين.

في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، (د. ط): (٤٥٢/٣)، المغني لابن قدامة: (١٣٣/١٠).

^١ انظر الهداية للمرغيناني: (١١٧/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٨٦/٤)، المذهب لشيرازي: (٤٥٢/٣)، كشف القناع للبهوتي: (٤٣٤/٦).

^٢ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٧٨/٦).

^٣ انظر شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت، (د. ط): (٢٠١/٧)،

^٤ انظر المذهب لشيرازي: (٤٥٣/٣)

^٥ كشف القناع: (٤٣٤/٦).

^٦ انظر المذهب لشيرازي: (٤٥٢/٣)

^٧ انظر المغني لابن قدامة: (١٠/١٢).

^٨ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (٢٧٨/٦)، كشف القناع للبهوتي: (٤٣٤/٦).

^٩ انظر شرح مختصر الخرشي للخرشي: (٢٠٢/٧).

خامساً: توثيق الكتابة بالشهود:

تتضمن ثلاث حالات:

الحالة الأولى: الشهادة على خط نفسه.

الحالة الثانية: الشهادة على كتابة الميت والغائب.

الحالة الثالثة: الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب، أي شهادة الكاتب على نفسه

الحالة الأولى: الشهادة على خط نفسه

اختلف الفقهاء في شهادة الشاهد على خط نفسه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة والمالكية في قول والشافعية وأحمد في رواية^٢ إلى أن شهادة الشاهد على خط نفسه غير جائزة حتى يتذكر الشهادة، فأى كتابة تتضمن شهادته لا تُقبل حتى يتذكر ولو عرف خطه وكانت الورقة محفوظة عنده، ذلك لأن الخطوط تتشابه فيظن الشاهد أن الخط خطه للتشابه بينهما، وبما أن الخط يجري فيه التزوير والاحتيايل فلا يعتمد على الخط والكتابة.

القول الثاني: وذهب صاحبان من الحنفية وعليه الفتوى، وبعض المالكية في قول آخر والشافعية في قول وأحمد في رواية ثانية^٣ إلى أن شهادة الشاهد على خط نفسه جائزة، وإن لم يتذكر الشهادة، وتقبل شهادته متى كانت الورقة مصونة ومحفوظة في مكان أمين، أو عرف خطه، فيصح أن يشهد بما رآه في كتابته وخطه، لأن المقصد من الشهادة العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، ولو شرط تذكر الحادثة التي شهد بها لبطلت الشهادة، وهذا يؤدي إلى تضييع حقوق الناس وتعطيل مصالحها، فالخط ليس لمجرد التذكر بل للضبط وحفظ الحقوق ونقل المعلومات.

^١ انظر المذهب للشيرازي: (٤٥٤/٣).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٦٢/٥)، مواهب الجليل للحطاب: (١٨٨/٦)، روضة الطالبين لنووي: (١٥٧/١١)، المغني لابن قدامة: (١٤١/١٠).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٦٣/٥)، مواهب الجليل للحطاب: (١٨٨/٦)، روضة الطالبين لنووي: (١٥٧/١١)، المغني لابن قدامة: (١٤١/١٠).

القول الثالث: وهو الرواية الثالثة عن أحمد^١ بأن الشهادة على خط نفسه جائزة بأن كان المكتوب محفوظاً عند صاحبه وفي حرزه وإن لم يحفظ الشهادة أو لم يتذكرها، لأن الكتابة المحفوظة في حرزه لا يمكن أن تتعرض للتزوير والتغيير ولا تصلها يد التحريف والمشاهدة.

والراجع هو القول الثاني لأنه يحفظ مصالح الناس الذين يحتفظون بكتاباتهم أو بشهاداتهم في أماكن مضمونة، كما في دفاتر الدولة أو الديوان العام أو في الأماكن المحفوظة، ولا بد من مراعاة الاحتياط والحذر وأن يتأكد من سلامة الكتابة وصحتها ويتوثق من خطه، ولو لم يتذكر الواقعة وتفصيلاتها لإبعاد الريبة والشبهة عنه، فعندئذ تجوز الشهادة اعتماداً على الخط والكتابة.

الحالة الثانية: الشهادة على كتابة الميت والغائب

اختلف الفقهاء في جواز الشهادة على الشهادة المكتوبة، كأن يكتب الشاهد شهادته في ورقة وغاب غيبة بعيدة أو مجهولة الإقامة، أو مات على قولين:

القول الأول: جاز العمل بشهادة الشاهد الغائب غيبة بعيدة أو مجهولة، أو الميت أو الشاهد الذي يتعذر حضوره عند القاضي إذا كان قد كتبها الشاهد بخطه، وإليه ذهب المالكية في المشهور عندهم وأحمد في قول^٢، لأن كتابة الشهادة كالنطق بها، وكما تجوز الشهادة على الشهادة المنطوقة، فكذلك تجوز الشهادة على الشهادة المكتوبة، ولأن الكتابة تدل على المشهود به كدلالة اللفظ لأن الشاهد يحصل له العلم بالكتابة.

القول الثاني: أن الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت غير جائزة لأن الشاهد يشهد بما يعلم عن طريق السمع والمعاينة، والكتابة ليست واحداً منهما، وأن اعتماد الشاهد على خط الشاهد الغائب أو الميت إنما هو على ظن حصل في ذهنه وليس مدركاً للشهادة وهو مذهب الجمهور^٣.

الترجيح هو القول الأول لقوة ما علل قائلوه، ولأن الخط إن كان معروفاً من الشاهد كان كالشهادة وبالأخص إن شهد بها عند الحاكم من قبل من يعرف خط الكاتب فتكون بمثابة الشهادة على الشهادة.

^١ انظر المغني لابن قدامة: (١٠/١٤١).

^٢ انظر تبصرة الحكام تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (المتوفى: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م: (١/٣٤٩-٣٥٧-٣٥٨-٣٦٣-٣٦٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٩٣/٤)، المبدع لابن مفلح: (٨/٣٣٨-٣٣٩).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٥/٤٩٩)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤/١٩٣)، روضة الطالبين للنووي: (١١/١٥٧)، المبدع لابن مفلح: (٨/٣٣٨).

الحالة الثالثة: الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب، أي الشهادة على خط المقر. (شهادة الكاتب على نفسه)

ذلك بأن يكتب الشخص بنفسه أو يأمر شخصاً آخر بكتابة ما في ذمته للآخر، أو أن عنده لفلان كذا، فإذا كتب الشخص إقراره أو أمر الكاتب أن يكتب ما في ذمته أمام الشهود وعلموا بكتابته، أو كتب ما عليه في ورقة ثم قرأها أمام الناس، جاز للشهود في هذه الحالات الشهادة على إقراره المكتوب، لأن كتابته تعبير عن إرادته وإقرار منه، ولأن الشاهد يشهد بما يسمع أو يرى، ومن الموثبات الكتابة، أما إذا لم يحضر الشهود كتابة الإقرار ولا إملاءه على الكاتب فلا تجوز لهم الشهادة، لعدم علمهم بما في الكتاب إذا لم يقرأ عليهم، وكما أنه تجوز الشهادة على خط المقر في جميع الحقوق المالية وما يؤول إلى المال، وتجوز في الزواج والطلاق والوصية والوقف^١.

سادساً: الشهادة وسيلة للإثبات في قانون الأحوال الشخصية السوري

يتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقهاء في مشروعية الشهادة واعتبارها حجة في إثبات الأحكام، فقد نص قانون البيّنات رقم ٣/ الصادر ٢٠١٤ في المادة الرابعة منه: "تحدد وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً بالآتي: ١ _ الأدلة الكتابية، ٢ _ الإقرار، ٣ _ اليمين، ٤ _ القرائن، ٥ _ الشهادة، ٦ _ المعاينة والخبرة".

يفيد نص المادة في اعتبار الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات، ويدخل في عموم هذا النص الشهادة على خط الكاتب، والشهادة على الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب، وأن كل ما يتضمنه هذا الكتاب تعود آثاره عليه.

^١ انظر البحر الرائق لابن نجيم: (٦٩/٧)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٩٣/٤)، مغني المحتاج لشربيني: (٢٨٥/٣)، المغني لابن قدامة: (١٤٠/١٠).

المطلب الثاني: اليمين

يعد اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء، وأنها وسيلة لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها، ولها دور كبير عند العجز عن تقديم الأدلة، وضرورة لإنهاء الخلاف.

أولاً: تعريف اليمين:

لغة: جمع أيمن وإيمان أي: الحلف والقسم ومنه قوله ﷺ: «يَمِينُكَ عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ»، وفي رواية: «يُصَدِّقُكَ بِهِ صَاحِبُكَ»^١

وسُمي الحلف والقسم يميناً لأنهم كانوا يأخذون بأيدي بعضهم عندها، وتطلق على الجهة اليمنى واليد اليمنى، وهي نقيض اليسار ومنه قوله تعالى: ﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ﴾ [الصافات: ٩٣] أي مال على الأصنام يكسرها بفأس كانت بيده اليمنى.^٢

اصطلاحاً: لليمين عدة تعريفات عند الفقهاء منها:

- ١ _ عند الحنفية: عرفها بعضهم بأنها: عقدٌ قوِّيٌّ بما عزم الحالف على الفعل أو الترك.^٣
- ٢ _ عند المالكية: عرفها بعضهم بأنها: تحقيق مالم يجب بذكر اسم الله ﷻ أو صفاته.^٤

^١ صحيح مسلم: باب يمين الحالف على نية المستحلف، ح(١٦٥٣): (١٢٧٤/٣).

^٢ لسان العرب لابن منظور، مادة (يمن): (٤٦٢/١٣)، المصباح المنير للفيومي، مادة (يمن): (٦٨١/٢).

^٣ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ: (١٠٧/٣).

^٤ حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٢٦/٢-١٢٧).

٣_ عند الشافعية: تحقيق أمرٍ غير ثابتٍ، ماضياً كان أو مستقبلاً، نفيّاً أو إثباتاً، ممكناً أو ممتنعاً، صادقةً كانت أو كاذبةً، مع العلم بالحال أو الجهل به. ^١

٤_ عند الحنابلة: تأكيد الحكم بذكر معظّم، على وجه مخصوص. ^٢

والمقصود باليمين في هذا البحث: اليمين الواقعة في خصومة، وهي التي يودّيه الشخص أمام القضاء لفصل النزاع وتحقيق أمر من الأمور في الماضي أو الحاضر، ولا مكان للمستقبل فيها، والتعريف المناسب مع هذا المعنى بأنها:

بعد النظر في تعريفات الفقهاء لليمين، فقد تبين لي أنها بجمليتها تفيد تأكيد الحق وتقويته، سواءً أكان ماضياً أم مستقبلاً، ممكناً كان أو مستحيلاً، وهي تستخدم لتقوية العقد سواءً بقصد الفعل أو الترك، ولم تشر هذه التعريفات إلى تعريف اليمين لإثبات الحق أمام القضاء، فالأرجح هو تعريف الدكتور الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات وهو: " تأكيدُ ثبوتِ الحقِّ أو نفيه باستشهاد اسم الله تعالى أمام القاضي." ^٣ فالمقصود باليمين عنده هي اليمين الواقعة في خصومة، وهي التي يودّيه الشخص أمام القضاء لفصل النزاع وتحقيق أمر من الأمور في الماضي أو الحاضر، ولا مكان للمستقبل فيها.

ثانياً: مشروعية اليمين

١. من القرآن الكريم:

أ. قوله تعالى: ﴿ وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلٌ إِي وَرِيَّ إِنَّهُ لَحَقٌّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ ﴾ [يونس: ٥٣].
 ب. قوله تعالى: ﴿ وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ قُلْ بَلَى وَرِيَّ لَتَأْتِيَنَّكُمْ عَالِمِ الْغَيْبِ لَا يَعْزُبُ عَنْهُ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ فِي السَّمَاوَاتِ وَلَا فِي الْأَرْضِ وَلَا أَصْغَرُ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْبَرُ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ ﴾ [سبأ: ٣].
 وجه الدلالة: دلت الآيتان الكريمتان على جواز القسم بالله ﷻ وذلك بقوله: ﴿ إِي وَرِيَّ ﴾، وقوله: ﴿ قُلْ بَلَى وَرِيَّ ﴾.

^١ حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِي المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)،

دار الفكر (د.ط)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م: (٣٥٥/٤).

^٢ مطالب أولي النهى للرحباني: (٣٥٧/٦).

^٣ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية لدكتور محمد مصطفى الزحيلي: دار البيان_ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م: (٣١٩/١).

٢. من السنة:

أ. رَوَى إِنَّ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ فَقَالَ: كَانَتْ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ حُصُومَةٌ فِي بَثْرِ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»، قُلْتُ: إِنَّهُ إِذَا يَخْلِفُ وَلَا يُبَالِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا، وَهُوَ فِيهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ».^١

ب. وما جاء في الحديث أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»^٢
وجه الاستدلال: فيهما نص صريح على مشروعية اليمين.^٣

٣_ الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها، ولم يخالف أحد في ذلك.^٤

ثالثاً: توثيق الكتابة باليمين

اليمين وسيلة من وسائل إثبات الحق لذلك يمكن اللجوء إليه لإثبات الحق المكتوب في ورقة غير رسمية ولا يوجد عليها شهود، كأن يجد الوارث ورقة لمورثه كتب فيها حق للمورث على الغير، فإن تأكد الوارث أن هذا خط مورثه فله الاعتماد على المكتوب في استيفاء حق المورث ويحلف يميناً على أن هذه الورقة كتبت بيد مورثه.^٥

رابعاً: اليمين وسيلة للإثبات في قانون الأحوال الشخصية السوري

يتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقهاء في مشروعية اليمين واعتبارها حجة في إثبات الأحكام، فقد نص قانون البيّنات رقم ٣/ الصادر ٢٠١٤ في المادة الرابعة منه: "تحدد وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً بالآتي: ١_ الأدلة الكتابية، ٢_ الإقرار، ٣_ اليمين، ٤_ القرائن، ٥_ الشهادة، ٦_ المعاينة والخبرة".

^١ صحيح البخاري: باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، ح [٢٥١٥]: (١٤٣/٣)، صحيح مسلم: باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، ح [٢٢١]: (١٢٣/١).

^٢ صحيح مسلم: باب اليمين على المدعى عليه، ح [١٧١١]: (١٣٣٦/٣).

^٣ تبصرة الحكام ابن فرحون: (١٠٢/١).

^٤ انظر تبين الحقائق لزيلعي: (١٠٧/٣)، المغني لابن قدامة: (٤٨٧/٩).

^٥ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٣٦/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي: (١٩١/٧)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٩٨/٦)، كشاف القناع للبهوتي: (١٨٣/٤).

يفيد نص المادة اعتبار اليمين وسيلة من وسائل الإثبات، ويدخل في عموم هذا النص، كل يمين يمكن اللجوء إليها لإثبات مضمون الكتاب، وصحة نسبته إلى الكاتب.

المطلب الثالث: الإقرار

حرّم الإسلام على الإنسان أكل حقوق الناس، فأوجب عليه الاعتراف بالحقوق التي عليه، سواءً أكانت حقاً لله وَلِلنَّاسِ أم لآدمي، فكان الإقرار بالحق واجباً على من وقع عليه، وهو سبيل لمرضاة الله تعالى..

أولاً: تعريف الإقرار

لغة: الاعتراف أو الإثبات ومنه الإذعان للحق والاعتراف به، يقال: أقر بالحق أي اعترف به، وقد قرره عليه وقرّره بالحق غيره حتى أقر، وأقر على نفسه بالذنب: أي أثبته.^١

اصطلاحاً: إخبارٌ بحقٍّ لآخر عليه.^٢

تعريف الحنفية: "هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه."^٣

تعريف المالكية: "هو إخبار يوجب حكم صدقه على قائله فقط، بلفظ أو لفظ نائبه."^٤

تعريف الشافعية: "هو إخبار الشخص بحق عليه."^٥

تعريف الحنابلة: "إظهار مكلف مختار ما عليه، لفظاً أو كتابة أو (إشارة من الأخرس)، أو على موكله، أو موليه مما يمكن إنشاؤه لهما، أو على موروثه، بما يمكن صدقه."^٦

وبعد النظر في تعريف الفقهاء للإقرار واختلافهم فيه على أكثر من قول، فإن الذي يترجح لي من بينها بعد المناقشة تعريف الحنفية، لأنه جامع ومانع، حيث عرفوا الإقرار بحقيقته لا بلازمه كما هو تعريف المالكية، وبخلؤه من العموم كما هو الأمر عند الشافعية والحنابلة، وهو ما ذهب الدكتور الزحيلي إلى اختياره في كتابه وسائل الإثبات، وذلك بعد أن ناقش تعريفات الفقهاء، وعليه فإن التعريف المعتمد للإقرار هو تعريف الحنفية.^٧

ثانياً: مشروعية الإقرار

^١ الصحاح تاج اللغة للفارابي، مادة (قرر): (٧٩١/٢)، لسان العرب لابن منظور، فصل القاف: (٨٨/٥).

^٢ التعريفات لجرجاني: (٣٣/١).

^٣ البحر الرائق لابن نجيم: (٢٤٩/٧).

^٤ مواهب الجليل للخطاب: (٢١٦/٥).

^٥ حاشية البجيرمي على الخطيب للبجيرمي: (١٤٢/٣).

^٦ كشف القناع للبهوتي: (٤٥٢/٦).

^٧ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٣٥/١).

١. من القرآن الكريم:

١. قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾ [البقرة: ٨٤].

وجه الاستدلال: أن الله ﷻ أخذ الميثاق على بني إسرائيل، وذلك بإقرارهم وإقامة الحجة عليهم، وهذا دليل على أن الإقرار حجة ملزمة لصاحبها.^١

٢. قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾ [آل عمران: ٨١].

وجه الاستدلال: بينت الآية الكريمة أن الإقرار مشروع وهو حجة على المقر، وقد أخذ الله ﷻ الميثاق على الأنبياء بعد أن طلبه منهم وأخذ إقرارهم، ولو لم يكن حجة لما طلبه منهم.^٢

كما أن الله تعالى أخذ الميثاق على كل نبي من لدن آدم إلى عيسى عليهم السلام أنه مهما أتى أحدهم من كتاب وحكمة، ثم جاء رسول من بعدهم ليؤمنن به ولينصرنه، فكل نبي ملزم بتصديق من بعده من الأنبياء والمرسلين، وبما أن كل نبي مصدق لمن يأتي بعده، فكل الأنبياء مصدقون لخاتم الأنبياء محمد ﷺ، وقد أقر الأنبياء بهذا الميثاق فهو ملزم لهم ولأتباعهم وحجة عليهم وعلى أتباعهم.^٣

٣. قوله تعالى: ﴿وَأَخْرُوجُوا اعْتَرِفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا عَسَىٰ اللَّهُ أَنْ يَتُوبَ عَلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [التوبة: ١٠٢].

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة صراحةً بلفظ اعترفوا، على أن القوم أقرؤا بالذنب، وهو التخلف عن غزوة تبوك، وهذا دليل أيضاً على مشروعية الإقرار.^٤

٢. من السنة

^١ جامع البيان في تأويل القرآن لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م: (٣٠٢/٢).

^٢ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٤٢).

^٣ جامع البيان للطبري: (٥٦١/٦ - ٥٦٠).

^٤ المرجع السابق: (٤٤٦/١٤).

١- ما جاء في الحديث: «جاء ماعزُ بنُ مالكٍ^١ إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال: «ويحك، ارجع فاستغفر الله وثب إليه»، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال: «ويحك، ارجع فاستغفر الله وثب إليه»، قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة، قال له رسول الله: «فيم أطهرتك؟» فقال: من الزنى، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أبِه جُنُونٌ؟» فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: «أشرب حمراً؟» فقال رجل فاستنكها، فلم يجد منه ريح حمراً، قال، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أزيت؟» فقال: نعم، فأمر به فرجم، فكان الناس فيه فرقتين، قائل يقول: لقد هلك، لقد أحاطت به خطيئته، وقائل يقول: ما توبة أفضل من توبة ماعز، أنه جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فوضع يده في يده، ثم قال: اقتلني بالحجارة، قال: فليثوا بذلك يومين أو ثلاثة، ثم جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم جلوس، فسلم ثم جلس، فقال: «استغفروا لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ»، قال: فقالوا: غفر الله لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ، قال، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لقد تاب توبة لو قُسمت بين أمة لوسعتهم»، قال: ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد، فقالت: يا رسول الله، طهرني، فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه» فقالت: أراك تريد أن ترددي كما رددت ماعز بن مالك، قال: «وما ذاك؟» قالت: إنما حبلى من الزنى، فقال: «أنت؟» قالت: نعم، فقال لها: «حتى تضعي ما في بطنك»، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «قد وضعت الغامدية»، فقال: «إذا لا نرجمها ونُدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه»، فقال رجل من الأنصار، فقال: إلى رضاءه يا نبي الله، قال: فرجمها^٢

وجه الاستدلال: أخذ النبي ﷺ بإقرار ماعز والغامدية^٣ وأمر برجمهما، وهذا دليل واضح وصريح على مشروعية الإقرار وحجتيته.^١

^١ ماعز بن مالك (ب د ع): ماعز بن مالك الأسلمي هو الذي أتى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنى، فرجمه، روى حديث رجمه ابن عباس، وبريدة، وأبو هريرة، قاله ابن منده، وأبو نعيم، وقال أبو عمر: ماعز بن مالك الأسلمي معدود في المدنيين، روى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً/ أسد الغابة ابن الأثير: (٦/٥).

^٢ صحيح مسلم: باب من اعترف على نفسه بالزنى، ح[١٦٩٥]: (١٣٢١/٣).

^٣ الغامدية: الغامدية المرجومة في الزنا، وهي التي أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، طهرني، فقال لها: "ارجعي"، ثم أنته من الغد فاعترفت بالزنا، وقالت: والله إنني لحبلى، فقال لها: "ارجعي حتي تلدي"، فلما ولدت جاءت بالصبي تحمله، فقالت: يا نبي الله، هذا وقد ولدته، قال: "اذهبي فأرضعيه حتي تقطميهِ"، فلما فطمته جاءت بالصبي وفي يده كسرة خبز، فقالت: يا نبي الله، هذا قد فطمته، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالصبي فدفن إلى رجل من المسلمين، وأمرها بها فرجمت، فرماها خالد بجحر فنضح الدم على

٢- أَنَّ امْرَأَةً مِنْ جُهَيْنَةَ أَتَتْ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهِيَ حُبْلَى مِنَ الزَّيْنِ، فَقَالَتْ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ، أَصَبْتُ حَدًّا، فَأَقِمْنِي عَلَيَّ، فَدَعَا نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِيَّهَا، فَقَالَ: «أَحْسِنِ إِلَيْهَا، فَإِذَا وَضَعْتَ فَأْتِنِي بِهَا»، فَفَعَلَ، فَأَمَرَ بِهَا نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَشُكِّتَ عَلَيْهَا ثِيَابُهَا، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَرَجَمَتْ، ثُمَّ صَلَّى عَلَيْهَا، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: تُصَلِّي عَلَيْهَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ وَقَدْ زَنَتْ؟ فَقَالَ: «لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ يَمَنُ سَبْعِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ لَوَسِعَتْهُمْ، وَهَلْ وَجَدْتَ تَوْبَةً أَفْضَلَ مِنْ أَنْ جَادَتْ بِنَفْسِهَا لِلَّهِ تَعَالَى؟»^٢

وجه الاستدلال: الحديث صريح في ثبوت الحد بالإقرار، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات، ففي ثبوت غيرها مما لا يدرأ بالشبهات أولى.^٣

٣- أَتَى رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ، فَتَنَادَاهُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَتَنَحَّى تَلْقَاءَ وَجْهِهِ، فَقَالَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، حَتَّى ثَنَى ذَلِكَ عَلَيْهِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَلَمَّا شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ دَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: «أَبِكَ جُنُونٌ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَهَلْ أَحْصَنْتُ؟» قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ادْهَبُوا بِهِ فَارْجُمُوهُ»^٤.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ اعتمد إقرار الرجل بالزنى، فأمر برجمه، وهذا دليل على حجية الإقرار ومشروعيته.^٥

٣- **الإجماع:** أجمع الفقهاء على مشروعية الإقرار وحجيته واعتماده وسيلة قوية من وسائل إثبات الحقوق على المقر أمام القضاء دون مخالفة أو إنكار من أحد في ذلك، لأنه إخبار ينفي التهمة والريبة عن صاحبه، ولأن العاقل الذي تتوفر فيه الشروط المعتمدة في المقر لا يكذب على نفسه، ولا يحملها ما يضر بها، وهو أقوى أدلة إثبات

وجهه، فسبها، فسمع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سبه إياها، فقال: "مه! فوالذي نفس بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له"، فصلى عليها ودفنت، أخرجها أبو موسى، والله أعلم/ أسد الغابة لابن الأثير: (٤٢٥/٧).

^١ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٤٥).

^٢ صحيح مسلم: باب من اعترف على نفسه بالزنى، ح [١٦٩٦]: (١٣٢٤/٣).

^٣ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٤٥).

^٤ صحيح البخاري: باب لا يرمم المجنون والمجنونة، ح [٦٨١٥]، (١٦٥/٨)، صحيح مسلم: باب من اعترف على نفسه بالزنى، ح [١٦٩١]: (١٣١٨/٣).

^٥ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٤٥).

الجريمة في حق المقر دون غيره، ولكن رغم ذلك فإن القاضي مكلف بالتأكد من دقته وصحته، فإن ثبت له عدم صحته أو استحالته، تعين عليه رده وعدم اعتباره.^١

٤_ المعقول: إن في الإقرار تبرئة للذمة، وإعادة للحقوق إلى أصحابها، إذ إن كثيراً من الحقوق يتوقف ثبوتها على إقرار الشخص المتعلقة بدمته، ولو لم يُشرع للإقرار لصاغت الكثير من الحقوق، ولما استطاع أصحابها الحصول عليها لتعذر إثباتها بوسيلة أخرى من وسائل الإثبات المعتمدة كالشهادة وغيرها، كما أن في الإقرار تطهير للنفس من بعض الجرائم أو الفواحش التي يصعب أو يستحيل أحياناً إثباتها إلا بالإقرار، كما حصل مع بعض الصحابة رضي الله عنهم الذين أقروا بالزنى على أنفسهم بقولهم: يا رسول الله طهرني.^٢

ثالثاً: الإقرار بالكتابة:

ويتحقق بأن يخبر الشخص عن ثبوت حق لغيره على نفسه كتابةً مستبينةً واضحةً مفيدةً في أداء المقصود منها، ومحقةً الغرض منها^٣، كأن يكتب بمحضر أناس، ويقول: اشهدوا عليّ بما في هذا الكتاب، فهو لازم وإن لم يقرأ عليهم.^٤

واتفق الفقهاء^٥ على أن الكتابة صورة من صور صيغة الإقرار، وعليه يمكن للقاضي اعتمادها وإلزام صاحب الكتاب بما فيه من خط يده، وإعادة الحقوق بموجبها إلى أصحابها، إذا ثبت له أنه خط صاحب الكتاب، مع بعض التفصيل عندهم وفيما يلي بيان ذلك:

١. ذهب الحنفية إلى صحة الإقرار بالكتاب مع التفصيل، كمن كتب كتاباً أقر فيه بين الشهود، وله عدة صور^٦:

^١ قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بأخر رد المحتار) لعلاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: ١٣٠٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، (د.ط): (٢١٦/٨).

^٢ انظر تكملة حاشية رد المحتار لابن عابدين: (٢١٦/٨).

^٣ وسائل الإثبات للزحيلي: (٣٠٩/١).

^٤ تبصرة الحكام لابن فرحون: (١٣٤/١).

^٥ البحر الرائق لابن نجيم: (٦٩/٧)، شرح مختصر خليل للخرشي: (١٧١/٧)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، (ب_ط): (٣٢٥/٢)، الإنصاف للمرداوي: (١٢٥/١٢).

^٦ البحر الرائق لابن نجيم: (٦٩/٧).

الأول: أن يكتب الشخص (الذي عليه الحق)، دون أن يقول شيئاً، فهذا لا يكون إقراراً، ولا تحل الشهادة بأنه إقرار، لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

الثاني: أن يكتب، ويقرأ عند الشهود فلهم أن يشهدوا به، وإن لم يقل اشهدوا عليّ.

الثالث: أن يقرأ الكتاب عندهم غيره، فيقول الكاتب: اشهدوا عليّ به.

الرابع: أن يكتب عندهم ويقول: اشهدوا عليّ بما فيه، فإن علموا بما فيه كان إقراراً وإلا فلا.

٢. وعند المالكية^١ إن أشهد الكاتب شاهدين على أن ما في الكتاب خطه، فهو كالإقرار، وللإمام مالك في قول أن من دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال: اشهدوا عليّ بما فيه ولم يقرأه عليهم جائزاً، كما أن الرجل إذا دفع ورقة مطوية لرجلين وقال لهما: اشهدا عليّ بما في هذه الورقة، وأنه عندي وفي ذمتي، فإنه يصح إذا شهدا عليه بما فيها، لأن الإقرار بالجهول صحيح، ويُفهم من قولهم: (إن أشهدهما)، أنه لو لم يُشهدهما وشهدا من نفسيهما، لم يعمل بشهادتهما حتى يشهدا أنه قد أشهدهما عليه، فالإشهاد عندهم من صاحب الكتاب شرط لقبول شهادة الشهود على ما في الكتاب.

٣. وقال الشافعية^٢: إن صيغة الإقرار يشترط فيها لفظ صريح، أو كناية تشعر بالالتزام، وفي معناه الكتابة مع النية، وإشارة أخرى مفهومة، وعليه فإن الكتابة عندهم صيغة من صيغ الإقرار إذا توفرت معها نية الإقرار.

٤ _ وذهب الحنابلة إلى القول بأن إقرار الشخص بخطه فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقع بخطه شيء ولو نواه، بناءً على أن الخط بالحق ليس إقراراً شرعياً في الأصح عندهم، ولهم في حد الإقرار أنه إظهار الحق لفظاً أو كنايةً.^٣

الثاني: قولهم: إن الإقرار هو إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابةً أو إشارةً أو على موكله أو موليه بما يمكن صدقه فيه^٤، وعليه فإن الكتابة هي إحدى وسائل الإقرار عندهم.

^١ شرح مختصر خليل للخرشي: (١٧١/٧).

^٢ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني: (٣٢٥/٢).

^٣ الإنصاف للمرداوي: (١٢٥/١٢).

^٤ الإنصاف للمرداوي: (١٢٦/١٢).

رابعاً: الإقرار وسيلة للإثبات في قانون الأحوال الشخصية السوري

يتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقهاء في مشروعية الإقرار واعتبارها حجة في إثبات الأحكام، فقد نص قانون البينات رقم ٣/ الصادر ٢٠١٤ في المادة الرابعة منه: "تحدد وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً بالآتي: ١ _ الأدلة الكتابية، ٢ _ الإقرار، ٣ _ اليمين، ٤ _ القرائن، ٥ _ الشهادة، ٦ _ المعاينة والخبرة".

يفيد نص المادة اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات، ويدخل في عموم هذا النص التعبير عن إرادة المقر كتابة، بأن يكتب المقر إقراره في ورقة ويسلمها إلى المقر له، بأن كل ما يتضمنه هذا الكتاب تعود آثاره عليه.

المطلب الرابع: القرائن

تحتل القرائن مكانة مهمة في الإثبات، يستنبطها الفقيه أو القاضي أو ينص عليها الشارع، ويجعلها علامة ودليلاً على الحق ومرشداً إليه.

أولاً: تعريف القرينة

لغة: مأخوذ من قرن، يقال: قرن الشيء بالشيء، أي وصله وشده إليه، وقرن بينهما قرناً وقرناً: جمع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَرَى الْمُجْرِمِينَ يَوْمَئِذٍ مُّقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾ [إبراهيم: ٤٩] والقرينة: الزوجة، والقرين: الزوج لأن كلا منهما يقارن الآخر، والقرينة: الأمر الدال على الشيء، أو هي ما يشير إلى المتصور.^١

اصطلاحاً: ولها عدة تعريفات منها:

١- "هي ما يشير إلى المطلوب"،^٢ وهذا تعريف قريب من تعريفه في اللغة.

٢- "هي كل أمانة ظاهرة تُقارن شيئاً خفياً فتدل عليه"،^٣ وهذا التعريف فيه دور لورود كلمة (تقارن)، حيث أنها من مشتقات المعرف.

٣- هي الأمانة البالغة حد اليقين، ومثال ذلك: أن يخرج رجل من دار خالية خائفاً مدهوشاً، وفي يده سكين ملوثة بالدم، فدُخل في الدار ورُئي فيها شخص مذبح في ذلك الوقت، فلا يُشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة، كأن يكون ذلك الشخص المذكور ربما قتل نفسه^٤، وهذا التعريف خاص بالقرينة القاطعة، فلا يشمل القرينة بشكل عام، لأنه ليس كل قرينة تصل إلى حد اليقين.

وعليه فالقرينة كل أمانة ظاهرة تصاحب شيئاً خفياً فتدل عليه^٥.

^١ تاج العروس للزبيدي: مادة (قرن): (٥٤٢/٣٥ وما بعدها)، الصحاح تاج اللغة للجوهري: مادة (قرن): (٢١٧٩/٦)، لسان العرب لابن منظور: حرف النون/ مادة (قرن): (٣٣٦/١٣).

^٢ التعريفات لجرجاني: (١٧٤/١).

^٣ المدخل الفقهي العام للزرقا: (٩٣٦/٢).

^٤ شرح المجلة لسليم رستم باز، دار إحياء التراث العربي _ بيروت، الطبعة الثالثة _ ١٩٨٦م: مادة (١٠٩٢)، (ص ١٠٩٢).

^٥ وسائل الإثبات للزحيلي: (٥٤٢).

ثانياً: مشروعية القرائن

١. القرآن الكريم:

١. قول الله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾ [يوسف: ١٨].

وجه الاستدلال: أن إخوة يوسف عليه السلام، لما أتوا بقميصه إلى أبيهم، بعد أن لطَّخوه بالدم، زاعمين أن الذئب أكل أحاهم، جاعلين الدم دليلاً على صدقهم، وعندما تأمل يعقوب عليه السلام القميص فلم يرَ خرقاً ولا أثر ناب، استدل به على كذبهم.^١

٢. قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَأَوْنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٨].

وجه الاستدلال: "دلَّت الآية على أن الله تعالى جعل شق الثوب من قُبُلٍ أو من دُبُرٍ قرينة على صدق أحد المتنازعين وكذب الآخر، وأن العزيز توصل من ذلك إلى صدق يوسف عليه السلام وكذب زوجته، وقد جعل الله وَعَلَى شِقِّ الْقَمِيصِ أمانة وسبباً للحكم بذلك، فعندما حكى القرآن الكريم هذا الحكم فإنما حكاها على سبيل التقرير لا الإنكار، وفي ذلك دلالة على مشروعية الحكم بالقرائن".^٢

^١ أحكام القرآن لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م: (٢١٨/٣)، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، (د. ط): (١٦٨/٤).

^٢ وسائل الإثبات للزحيلي: (٥٠٢).

٢. السنة النبوية:

١. ما جاء في الحديث: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْهَاهَا؟ قَالَ: «أَنْ تَسْكُتَ»^١.

وجه الاستدلال: اعتبر رسول الله ﷺ سكوت البكر أمانة وقرينة على رضاها بالنكاح، وذلك لأن حيائها يمنعها من التصريح بالقبول ولا يمنعها من التصريح بالرفض، لذلك يجوز الاعتماد على القرائن وبناء الأحكام عليها، وجاء في تبصرة الحكام: "فجعل صماتها قرينة على الرضا، وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن"^٢.

٢. ما روي عَنْ عُرْوَةَ^٣ رضي الله عنه عَنْ عَائِشَةَ^٤ رضي الله عنها قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ مَسْرُورًا، فَقَالَ: "يَا عَائِشَةُ، أَلَمْ تَرَيِ أَنَّ مُجَزَّزًا الْمُدَلِّجِيَّ^٥ دَخَلَ عَلَيَّ، فَرَأَى أُسَامَةَ^٦ وَزَيْدًا^٧، وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ"^٨.

^١ صحيح مسلم: باب العمل بإلحاق القائف الولد: ح[١٤٥٩]: (١٠٨٢/٢).

^٢ تبصرة الحكام لابن فرحون: (١٢٠/٢).

^٣ عروة بن الزبير (٢٣ - ٩٩ هـ)، هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد، وأمه أسماء بنت أبي بكر، من كبار التابعين، فقيه محدث، أخذ عن أبيه وأمه، وخالته السيدة عائشة. وعنه خلق كثير. لم يدخل في شيء من الفتن. انتقل من المدينة إلى البصرة، ثم إلى مصر فأقام بها سبع سنين. وتوفي بالمدينة. وبها "بئر عروة" تنسب إليه، معروفة الآن/ تهذيب التهذيب: (١٨٠/٧).

^٤ عائشة (٩ ق هـ - ٥٨ هـ) هي عائشة الصديقة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان. أم المؤمنين، وأفقه نساء المسلمين. كانت أديبة عالمة. كُتبت بأمر عبد الله. وكان أكابر الصحابة يراجعونها في أمور الدين. ماتت سنة ثمان وخمسين في ليلة الثلاثاء لسبع عشرة خلت من رمضان عند الأكثر وقيل سنة سبع، ذكره علي بن المديني، عن ابن عيينة، عن هشام بن عروة، ودفنت بالبقيع/ الإصابة لابن حجر: (٢٣١/٨).

^٥ مجزز المدلجي القائف وهو مجزر بن الأعور بن جعدة بن معاذ بن عترة بن عمرو بن مدلج الكناني المدلجي، وإنما قيل له: مجزز، لأنه كان كلما أسر أسيرا جز ناصيته/ أسد الغابة لابن الأثير: (٦١/٥).

^٦ أسامة بن زيد (٧ق هـ - ٥٤هـ)، هو أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل، أبو محمد، صحابي جليل، ولد بمكة ونشأ على الإسلام وكان رسول الله ﷺ يحبه، وكان أمره على جيش عظيم فمات النبي ﷺ قبل أن يتوجه فأنفذه أبو بكر، وكان عمر رضي الله عنه يجله ويكرمه، وقد روى عن أسامة من الصحابة أبو هريرة وابن عباس، ومن كبار التابعين أبو عثمان النهدي وآخرون، وفصائله كثيرة وأحاديثه شهيرة/ أسد الغابة لابن الأثير: (١٩٤/١).

^٧ زيد بن حارثة (؟ - ٨ هـ)، هو زيد بن حارثة بن شراحيل، أبو أسامة، الكلبي مولى رسول الله ﷺ صحابي، شهد المشاهد كلها وكان من الرماة المذكورين، وكان النبي ﷺ لا يبعثه في سرية إلا أمره عليها، وجعل له الإمارة في

وجه الاستدلال: "أن سرور النبي ﷺ بقول مجزّز تقرير لعمل القافة في الشبه الخاص، وهذا دليل واضح وصحيح وصريح على مشروعية القيافة في إلحاق النسب، قال الشافعي: ولو لم يكن في القافة إلا هذا الحديث أقنع أن يكون فيه دلالة على أنه علم...^٢"

٣. عمل الصحابة:

وَرَدَ أن بعض الخلفاء الراشدين أخذ بالقرينة في الإثبات، ومن ذلك ما حكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه بوجوب الحد على من وجدت فيه رائحة الخمر أو قاءها، وذلك اعتماداً على القرينة الظاهرة، ومنه أيضاً ما قضى به عمر رضي الله عنه إذا ظهر لها حمل ولا زوج لها، وقد قال بذلك المالكية وبعض الحنابلة اعتماداً على القرينة الظاهرة.^٤

ثالثاً: توثيق الكتابة بالقرائن

للقرائن صور وأشكال عديدة يمكن اللجوء إليها في توثيق تصرف مكتوب وإثباته، كما يمكن اللجوء إلى القرينة لمعرفة هوية صاحب الخط، ومن أمثلة ذلك العثور على كتابة لتصرف ما كإقرار بنسب أو دين، أو نفقة لزوجته مكتوب في دفتره الخاص فذلك قرينة على أنه المقر بذلك الحق، أو العثور على ورقة عليها ختمه أو توقيع فالحتم والتوقيع قرينة على أن الورقة تخصه وعلى موافقته بما في مضمون هذه الورقة، وكذلك هاتف الزوج ورقمه الخاص فالرسائل الصادرة من هاتفه قرينة على أنه هو من كتبها، فإن كان يتعلق بها حكم شرعي كالطلاق فهو مسؤول عن هذا التصرف.

غزوة مؤتة، فاستشهد فيها، روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه أسامة والبراء وغيرهم/ أسد الغابة لابن الأثير: (٣٥٠/٢).

^١ صحيح البخاري: باب القائف، ح[٦٧٧٠]: (١٥٧/٨)، صحيح مسلم: باب إلحاق القائف الولد، ح[٣٩]: (١٠٨١/٢).

^٢ وسائل الإثبات للزحيلي: (٥٤٣).

^٣ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ (٤٠ ق هـ - ٢٣ هـ = ٥٨٤ - ٦٤٤ م) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، أبو حفص: ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمرير المؤمنين، يضرب بعدله المثل، كان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرافهم، وله السفارة فيهم، ينافر عنهم وينذر من أرادوا إنداره. وشهد الوقائع. قال ابن مسعود: ما كنا نقدر أن نصلي عند الكعبة حتى أسلم عمر. وبويع بالخلافة يوم وفاة أبي بكر (سنة ١٣ هـ بعهد منه. وفي أيامه تم فتح الشام والعراق، وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة/ أسد الغابة لابن الأثير: (١٣٧/٤).

^٤ حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (٤٥٣/٤)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٩٢ هـ)، بدون ناشر، الطبعة: الأولى - ١٣٩٧ هـ: (٣٢٨/٧).

رابعاً: القرائن وسيلة للإثبات في قانون الأحوال الشخصية

يتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقهاء في مشروعية القرائن واعتبارها حجة في إثبات الأحكام، فقد نص قانون البينات رقم ٣/ الصادر ٢٠١٤ في المادة الرابعة منه: "تحدد وسائل الإثبات المعتمدة قانوناً بالآتي: ١ _ الأدلة الكتابية، ٢ _ الإقرار، ٣ _ اليمين، ٤ _ القرائن، ٥ _ الشهادة، ٦ _ المعاينة والخبرة".

يفيد نص المادة اعتبار القرائن وسيلة من وسائل الإثبات، ويدخل في عموم هذا النص كل قرينة يمكن اللجوء إليها في توثيق التصرفات الكتابية وإثبات نسبتها إلى صاحبها كتسجيل الخطوط.

المبحث الثاني

الطرق الحديثة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية

شهدت وسائل الاتصال تقدماً هائلاً مما صاحب معه كسر حواجز المسافة والبعد بين المناطق والأقاليم في أرجاء هذا الكون، فبعد أن كان يستغرق إرسال الرسول أو الرسالة من مكان إلى آخر وقتاً وجهداً كبيرين، وما يعتري ذلك من مخاطر جمة، كعدم أمن الطريق، أو عدم وصول الرسول أو المكتوب في موعده إلى صاحبه، فقد تبدل الحال في هذا الزمن، فتمكن البشر من التخاطب عن بُعد فيما بينهم على الرغم من هذه المساحات الشاسعة، ومكنتهم هذه الوسائل من رؤية الأحداث لحظة وقوعها، كما تمكنوا من إرسال الرسالة من مكان إلى آخر في دقائق معدودة لتصل إلى مكانها في أي بقعة من بقاع العالم، أصبحت معظم المعاملات تتم بواسطة الكتابة الإلكترونية، فظهرت عدة وسائل حديثة في إثبات العقود، كالבصمة والتوقيع الإلكتروني بديلاً عن التوقيع الخطي، فكان لا بد من معرفة حكم هذه الوسائل في الإثبات، ولذا سيتم في هذا المبحث بيان حجيتها وما يتعلق فيها من أحكام، وذلك من خلال ما يلي:

المطلب الأول: البصمة

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

المطلب الثالث: الخبرة

المطلب الأول: البصمة

كانت الكتابة كافية لإثبات الحقوق، ثم شاع استخدام الختم الذي يمثل التوقيع في زماننا، ولا يزال هذا الختم معروفاً إلى وقتنا الحاضر، كذا الحال مع بصمة الأصبع التي تعد من أقوى الإثباتات التي لا يمكن تزويرها، إذ لا تتطابق بصمة مع غيرها.

يتناول هذا المطلب تعريف البصمة وحجيتها ويندرج تحتها الختم والتوقيع الخطي.

أولاً: التعاريف

١_ بصمة اليد:

لغة: البصمة من بَصَمَ، ورجل ذو بُصْمٍ: غليظٌ وثوبٌ له بُصْمٌ إذا كان كثيفاً كثير الغزل، ويطلق على ما بين طرف الخنصر إلى البنصر، والفُؤْتُ ما بين كل أصبعين طويلاً، ومنه قولهم: ما فارقتك شَبِراً ولا بُصْماً.

والبصم: الختم بطرف الأصبع، ويسمى أثر الختم بالأصبع بصمة^١، ولا يخرج التعريف اللغوي عن التعريف الاصطلاحي، فالمقصود بالبصمة في هذا المطلب أثر الختم بطرف الأصبع.

صفة البصمة: "عبارة عن تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط أخرى منخفضة، والتي تتخذ أشكالاً مختلفة على جلد أصابع اليدين والكفين من الداخل، وعلى أصابع وباطن القدمين، وتسمى هذه الخطوط بالخطوط الحلمية، تتكون في الجنين في الشهر السادس من الحمل، ولا يطرأ عليها أي تغيير بعد الولادة، وتبقى مدى الحياة حتى الوفاة إلى أن تتحلل الجثة، ونظراً لأن هذه الخطوط توجد في حالة رطوبة دائماً بسبب إفرازات العرق فهي تترك عند ضغطها على كل جسم تلامسه أثر وهذه الإفرازات تزيد كميتها أثناء الانفعالات النفسية"^٢.

٢_ الختم:

لغة^٣: من خَتَمه يَخْتُمُه خَتْماً وخَتَماً بالكسر أي طبعه، واخْتَمَ الشيء نَقِضَ افْتَتَحَهُ، وختم الشيء أي بمعنى طبع ووضع عليه الختم فهو مَخْتُوم أو مَخْتَم، أو وضع عليه نقش الخاتم حتى لا يجري عليه التزوير ولا التبديل.

^١ لسان العرب لابن منظور: فصل الباء، ٥٠/١٢، الصحاح تاج اللغة للجوهري: باب (بصم): (١٨٧٣/٥).

^٢ بحث بعنوان الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي لآمال عبد الرحمن يوسف حسن، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١/٢٠١٢، صفحة (٨٦).

^٣ تاج العروس للزبيدي: باب (ختم): (٤١/٣٢)، لسان العرب لابن منظور: فصل الخاء المعجمة: (١٦٥/١٢).

وجميع هذه المعاني المذكورة في اللغة تدرج تحت وظيفة الأختام كوسيلة للتوثيق.

اصطلاحاً: الختم: بفتح الخاء وسكون التاء، مصدر ختم، أثر طبع الخاتم.

وختم الكتاب: طبع نقش الخاتم في آخره، وهذا النقش هو شعار خاص بصاحب الخاتم.^١

والختم عبارة عن آلة تشتمل على عبارات أو رموز معينة تدل على الجهة المستعملة له، ويستخدم لغرض توثيق ما يختم به، ويكون له قوة إثبات ويترتب على الختم به آثاراً قانونية.^٢

٣- التوقيع الخطي:

لغة: التوقيع مصدر وقَّع، فهو مُوقَّع، ووقع الشخص الوثيقة وغيرها: كتب اسمه في أسفلها إمضاءً لها أو إقراراً بها.^٣

اصطلاحاً: التوقيع في ذيل قرار أو صك موافقة على مضمونه، الإجازة.^٤

التوقيع: كتابة الشخص اسمه في محرر بالطريقة التي يتخذها عادة، موافقة على ما في هذا المحرر.^٥

ثانياً: حجية الختم والبصمة والتوقيع في الإثبات عند الفقهاء:

يتفق الختم مع البصمة في الحكم وكذلك التوقيع الخطي، إذ إنها جميعاً تستخدم لنفس الغرض وهو الموافقة على مضمون الوثيقة باستخدام نقش خاص بصاحبها، والاطمئنان إلى نسبة المضمون لصاحب الختم دون زيادة أو نقصان.

وقد اتجه الفقهاء في حجية التوقيع والختم إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى حجية العمل بالخط إذا لم يدخله الريبة من محو أو كشط أو تزوير.^١

^١ معجم لغة الفقهاء قنبيبي وقلعجي: (١٩٣/١).

^٢ جريمة تزيف الأختام لدكتورة وعد الشخيلي بحث نشر في دار الحكمة للدراسات والبحوث القانون العام والقانون الخاص نشر في ٨ كانون الثاني ٢٠١٤م.

^٣ المعجم الوسيط لـ (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة، (د. ط): باب الواو: (١٠٥٠/٢).

^٤ معجم لغة الفقهاء قنبيبي وقلعجي: (٨٩).

^٥ المرجع السابق: (١٥١).

ومما نص عليه الحنفية في حجية العمل بالكتاب المختوم أن من كتب الطلاق على ورقة وعنونها وختمها وأرسلها إلى زوجته وقع طلاقه، لأن الختم والتوقيع اعتراف بمضمون الكتاب.^٢

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادّة ١٦١٠/ على أنه: " إِذَا أَنْكَرَ مَنْ كَتَبَ، أَوْ اسْتَكْتَبَ سَنَدًا مَرْسُومًا عَلَى الْوَجْهِ الْمُحَرَّرِ أَعْلَاهُ وَأَعْطَاهُ لِآخَرٍ مُمْضِيًّا أَوْ مَحْتُومًا، الدِّينَ الَّذِي يَحْتَوِيهِ ذَلِكَ السَّنَدُ مَعَ اعْتِرَافِهِ بِكَوْنِ السَّنَدِ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ إنْكَارُهُ وَيَلْزَمُهُ أَدَاءُ ذَلِكَ الدِّينِ. وَأَمَّا إِذَا أَنْكَرَ كَوْنَ السَّنَدِ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ إنْكَارُهُ إِذَا كَانَ حَطُّهُ وَخْتَمُهُ مَشْهُورًا وَمُتَعَارَفًا وَيُعْمَلُ بِذَلِكَ السَّنَدِ. أَمَّا إِذَا كَانَ حَطُّهُ وَخْتَمُهُ غَيْرَ مَشْهُورٍ، أَوْ مُتَعَارَفٍ يُسْتَكْتَبُ وَيُعْرَضُ حَطُّهُ عَلَى أَهْلِ الْخِيَرَةِ فَإِنْ أَحْبَبُوا بِأَمْنِ كِتَابَتِهِ شَخْصٍ وَاحِدٍ يُؤْمَرُ ذَلِكَ الشَّخْصُ بِإِعْطَاءِ الدِّينِ الْمَذْكُورِ ".^٣

كما أنهم اشترطوا لصحة العمل بالكتاب الختم أو التوقيع في بعض المسائل الأمن من عدم التبديل والتغيير، من الأمثلة:

١_ العثور على رجل من غير بلاد المسلمين وادعائه أنه رسول، فإن كان معه كتاب يحمل ختماً أو توقيعاً من ملكه يصدق، وإن لم يكن به ختم أو توقيع لا يصدق لاحتمال التزوير.^٤

٢_ كتابة الدعوى: فنص الحنفية على أن القاضي عليه أن يطلع على ما كتبه كاتبه مما جرى في مجلس القضاء، فيأخذ الصحيفة ويرى ما كتب فيها ثم يطويها ويختمها ويختتمها بخاتمه للتوثيق كي لا يزداد فيها.^٥

٣_ كتاب القاضي إلى القاضي: يجب ختم كتاب القاضي إلى القاضي، وعدم قبول الكتاب غير المختوم عند الحنفية والمالكية ويسن ذلك عند الشافعية.^٦

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن الختم وحده لا يعول عليه لاحتمال التزوير، ولأن الأختام قد تتشابه، فالعبرة للشهادة فيقبل الكتاب مع الشهادة سواء كان مختوماً أو لا.^٧

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٠/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٩٣/٦).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣).

^٣ مجلة الأحكام العدلية: (٣١٨).

^٤ انظر المبسوط للسرخسي: (٩٣/١٠).

^٥ انظر المبسوط للسرخسي: (٢٠/١٦)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٩٣/٦).

^٦ انظر المبسوط للسرخسي: (١٠٠/١٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٠/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٩٣/٦).

^٧ انظر المغني لابن قدامة: (٨٥/١٠)، مكتبة القاهرة.

ولا يكفي معرفة المكتوب إليه خط الكاتب وختمه، بل لا بد من شهادة عدلين يقولان: قرأه علينا أو قُرئ عليه بحضرتنا وقال: اشهدا على أنه كتابي إلى فلان، واستدلوا بما ورد عن النبي ﷺ أنه كتب إلى قيصر كتاباً ولم يختمه فقليل له: إنه لا يقرأ كتاباً غير محتوم فاتخذ الخاتم، فكتابته أولاً بغير ختم دليل على أنه لا يعتبر وإنما اتخذه ليقرأ كتابه^١.

والراجع هو القول الأول باعتبار الختم حجة، لأنه يبعث الاطمئنان في النفس، ويزيد الثقة في مضمون الكتاب، بدليل اتخاذ النبي ﷺ الختم، واحتمالية التزوير لا تلغي حجية الحكم، إذ بالإمكان الاستعانة بالخبراء في الوقت الحالي لكشف التزوير من عدمه.

ثالثاً: حجية الختم والبصمة والتوقيع في الإثبات في قانون الأحوال السوري:

١. قول القانون في الحجية:

جاء في التذكرة^٢ اعتبار القانون السند العادي حجة يُؤخذ بها، سواء كتبها بنفسه أم من قبل الغير ورضي بها ووقع عليها، وقد أوضح الاجتهاد ذلك فقال:

"من المقرر وفقاً واجتهاداً، أن الكتابة من الشخص المتعاقد نفسه أو الكتابة من قبل الغير بأمره، أو الكتابة من قبل الغير بغير أمره، ولكنه رضي بها ووقع عليها يعتبر كل ذلك بمثابة اللفظ الأمر"^٣.

وجاء في الاجتهاد المصري: "أن التوقيع بالإمضاء (ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع) هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية"^٤.

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها، اعتبرت الورقة صادرة منه، واعتبر التوقيع توقيعه، والخط المنسوب إليه خطه، وتصبح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها في قوة الورقة الرسمية، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار، إلا أن يطعن بالتزوير وعلى هذا استقر الاجتهاد في مصر.^٥

٢. إنكار التوقيع أو البصمة

^١ انظر كشف القناع للدهوتي: (٣٦٤/٦).

^٢ التذكرة أبو جيب: (١١٧/١).

^٣ الاجتهاد ٦١٦ تاريخ ١٩٨١/٦/٢٧ _ الوافي _ القاعدة ٣٠٦، التذكرة لأي جيب: (٥٩٥/١).

^٤ نقض مصري قرار ٦٣٠ تاريخ ١٩٧١/٥/١٣، التذكرة أبو جيب: (١١٧/١).

^٥ التذكرة أبو جيب: (١١٧/١).

نصت المادة /٢٩/ من قانون البينات السوري على بيان ما يجب عمله عند إنكار توقيع السند، فجاء فيها: "إذا أنكر من ينسب إليه السند أو الورقة خطه أو توقيعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان السند أو الورقة منتجا في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط أو التوقيع، تأمر المحكمة بإجراء التطبيق تحت إشرافها بواسطة خبير واحد أو ثلاثة خبراء".

لكن من هو المسؤول عن إجراء التطبيق؟

جاء في الاجتهاد المدني أنه " في حال إنكار من نسب إليه التوقيع لتوقيعه تأمر المحكمة بإجراء الخبرة، والتطبيق على التوقيع، وهذا النص يفيد إلزام المحكمة بإجراء التطبيق على التوقيع دون طلب من المدعي وعلى نفقته".^١

يقول القاضي سعدي أبو جيب^٢: " لا أرى ما ذهب إليه الاجتهاد، لأن "تأمر" تدل على مخاطب معين، وهو بلا شك غير الأمر الذي هو المحكمة، ولأن الأمر إنما صدر لمصلحة المأمور الخاصة به، فإن شاء طلب إجراء التطبيق، وأبدى استعداداه لدفع نفقات الخبرة، وإن شاء أعرض عن تنفيذ الأمر، فسقط احتجاجه بهذا السند، ومن المعلوم قضاء أن المرء حرّ باختيار ما يتفق مع مصلحته الخاصة، مادام ذلك لا يرقى إلى مصادمة الحق العام، والنظام العام".

— قد يكون صك الزواج متضمناً عدم قبض المعجل، فيقوم الزوج بدفعه ويأخذ بذلك سنداً عادياً بتوقيع الزوجة، وعند الخلاف تتمسك الزوجة بالصك، فهل هي على حق بذلك؟

تنص المادة /٦/ من قانون البينات السوري على ما يلي:

١. تكون الأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دُون فيها من أفعال مادية، قام بها الموظف بالطرق المقبولة قانوناً.

٢. أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات، فيعتبر صحيحاً، حتى يقوم الدليل على ما يخالفه، وفي تحديد المراد من هذا النص تقول المذكرة الإيضاحية:

^١ (مدي ٢٠٢ قرار ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١)

^٢ سعدي أبو جيب: ولد بدمشق عام (١٣٥١هـ / ١٩٣٢م)، نال إجازتي الحقوق والشريعة من جامعة دمشق، درس على الشيخ بهجت البيطار والمحدث السيد محمد المنتصر الكتاني، تولى القضاء عام ١٩٦٠م واستقال منه عام ١٩٩٠م، سمي عضواً في لجنة إعداد مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري. القاضي في الإسلام لسعدي أبو جيب، دار الصديق للعلوم، دمشق، ط: أولى ١٤٣٢هـ ٢٠١١م: (٥١٠).

والذي يجدر ذكره أن النص الجديد جاء أكثر انطباقاً على الواقع، لأنه يظهر وجوب التفريق بين الأفعال المادية التي يتحقق الموظف العام من وقوعها بنفسه، وبين البيانات الصادرة عن ذوي الشأن.

فالأفعال المادية حجة على جميع الناس، ولا يجوز الطعن فيها، إلا بطريق التزوير لأنها أمور تثبت منها الموظف العام، فتثبت ثبوتاً مطلقاً، كما لو بين الموظف بسند منظم أن أحد العاقدین دفع مبلغاً من النقود إلى آخر بحضوره، فيكون الدفع أمراً ثابتاً تجاه الناس، فلا تسمع البيئة خلافه إلا بدعوة التزوير.

أما البيانات الصادرة عن ذوي الشأن، فتعتبر صحيحة، حتى يقوم الدليل على ما يخالفها، كما لو أقر أحدهم بعقد، وسجل الموظف العام هذا الإقرار، ففي هذه الحالة يكون وقوع الإقرار أمراً مقررّاً لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن والتزوير.

أما الواقعة المتنازع عليها التي تضمّنّها الإقرار، فيجوز إثبات عكسها من غير حاجة إلى الطعن بالتزوير.^١

ويقول العلامة السنهاوري^٢: أما ما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوي الشأن من بيانات، فلا تصل الحجية فيه إلى الطعن بالتزوير، بل يُعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً في ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة في قواعد الإثبات.

ومن هذه القواعد: أنه لا يجوز إثبات عكس ما ورد بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة، أو بمبدأ ثبوت الكتابة، مستكملاً بالبيئة أو بالقرائن.

فلا يجوز إذاً إثبات عكس ما ورد في الورقة الرسمية على لسان ذوي الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس، أو هي في القليل مبدأ بالكتابة تعززه البيئة أو القرائن.^٣

وفي موضع آخر بقول: فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورهما، اعتبرت الورقة صادرة عنه، واعتبر التوقيع توقيعاً، والخط المنسوب إليه خطه، وتصبح الورقة العرفية من حيث

^١ التذكرة أبو جيب: (٦٠٠/١).

^٢ الدكتور عبد الرزاق السنهاوري: (١٣١٣هـ - ١٣٩١هـ / ١٨٩٥م - ١٩٧١م) هو أديب الفقهاء، وفقه الأدياء، وعميد فقهاء القانون المدني الحديث في العالم العربي وصائغ العديد من دساتير الدول العربية وواضع مقوماتها القانونية والدستورية التي أهلته لدخول المنظمات الدولية/ الدكتور عبد الرزاق السنهاوري إسلامية الدولة والمدنية والقانون: تأليف د. محمد عمارة، دار السلام - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م: (١٥ وما بعدها).

^٣ الوسيط في شرح القانون المدني لدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (د. ط): (١٥١/٢)

صدورها عن وقع عليها، في قوة الورثة الرسمية، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار إلا أن يطعن بالتزوير.^١

وعلى هذا سار الاجتهاد فقال:

لما كانت الفقرة الثانية للمادة/٦/ بينات نصت على أن ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه، وكان الإقرار المسجل في صك الزواج المتعلق بالمهر من هذا القبيل.

وكان الادعاء بما يخالف هذا الصك لا يحتاج إلى ادعاء التزوير، ويكفي فيه الأسناد المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة /٦/ المذكورة.

وكان السند العادي المبرز فيه الصراحة الكافية بأن المبلغ المختلف فيه هو باقي معجل المهر.

ولما كان المطعون ضده معترفاً بتوقيعه على السند، فهو ملزم بما جاء فيه، مالم يثبت بطلانه بطريق أصولي.^٢

وبناءً على ما تقدم يظهر أن السند العادي يمكن أن يوازي القوة الثبوتية لصك الزواج من جهة قبض المهر، ويكون ما تبرع به الزوج صحيحاً لأن السند في هذه الحال له قوة الورقة الرسمية من حيث الحجية^٣

٣. إثبات خلاف السند الرسمي بالشهادة:

فإن وجد سند رسمي يثبت واقعة ما، ثم تم الإشهاد على خلاف مضمون السند فأبي البيئتين تقبل عندئذ؟ فلتوضيح ذلك نعطي المثال الآتي:

إن أبرزت الزوجة بياناً بملكية زوجها للسيارة فاحضر المدعى عليه شهوداً أثبتت أن السيارة لأخيه فأبي البيئتين تقبل المحكمة؟

العبرة في واقعة السؤال لقيد المركبة الرسمي نظراً لقوته الثبوتية ولا سيما بالنسبة للغير، ولو فتحنا هذا الباب لتمكن كل أحد من الادعاء أن السيارة المسجلة على اسمه أو العقار المسجل باسمه ليس هو ملكه إنما ملك غيره، وهو مستعد لإحضار شهود، لضاعت حقوق الآخرين وفوق ذلك فإن الدعوى بالأصل ليست نزاعاً على الملكية، وإنما تقوم على حق الزوجة بالمطالبة بحقوقها الزوجية أمام المحكمة الشرعية، وترغب بإلقاء الحجز الاحتياطي على

^١ الوسيط للسنيهوري: (١٨٨-١٨٩/٢)

^٢ اجتهاد ٤٠٣ تاريخ ١٦/١١/١٩٦٣، التذكرة أبو جيب: (٦٠١/١).

^٣ التذكرة أبو جيب: (٦٠١/١).

السيارة المسجلة باسم زوجها ضماناً لحقوقها، ولو كان ما قاله الزوج صحيحاً لكان لازماً أن يتدخل المالك المزعوم ليدافع عن ملكه لا أن يتولى الزوج الدفاع عنه، ومعلوم من قانون أصول المحاكمات المدنية أن الدفع من غير ذي مصلحة غير مقبول.^١

٤. القبول بإثبات خلاف السند ثم الرجوع عنه:

قبلت الزوجة إثبات دفع الزوج لمعجل المهر بالشهادة، فلم يعارض الزوج وسمى شهوده، فقررت المحكمة دعوتهم، وقبل حضورهم صرحت الزوجة برجوعها عن القبول وتمسكت بصك الزواج، فهل يصح منها ذلك؟

من المعلوم أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، ويظهر من واقعة السؤال أن اتفاقاً قد تمّ بين الزوجين على إثبات قبض المعجل بالبينة الشخصية، وأن المحكمة قد صدقت على هذا الاتفاق وقررت دعوة الشهود، أمام هذا الواقع لم يعد من حق الزوجة الرجوع عن القبول، لأن اتفاق الإرادتين على أمر من الأمور لا يمكن أن يلغي برغبة أحدهم بالرجوع عنه.^٢

^١ التذكرة أبو جيب: (٦٠٢/١).

^٢ المرجع السابق: (٦٠٢/١).

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

ترتب على التطور الهائل في التكنولوجيا الرقمية وتقنيات الاتصال ظهور طرق ووسائل حديثة في المعاملات، فكانت بحاجة لتوقيع يلائم هذه البيئة الحديثة التي لا تتفق مع فكرة التوقيع التقليدي، فتم الاتجاه نحو بديل لتوقيع التقليدي وهو ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني.

أولاً: التعريف:

التوقيع لغةً: التوقيع مصدر وقَّع، فهو مُوقَّع، ووقع الشخص الوثيقة وغيرها: كتب اسمه في أسفلها إمضاءً لها أو إقراراً بها.^١

كلمة الإلكتروني في اللغة: جمع إلكترونيات: اسم منسوب إلى إلكترون، وعلم الإلكترونيات فرع من الفيزياء يتناول الإلكترونيات وآثارها واستخدام البرمجة الإلكترونية والبريد الإلكتروني والبطاقة الإلكترونية.^٢

التوقيع الإلكتروني في الاصطلاح: "عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني ترتبط أو تلحق بمحرر إلكتروني، بهدف تحديد هوية الموقع في معاملة إلكترونية وبيان رضائه عنها".^٣

ثانياً: تمييز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي

إن التوقيع سواء أكان إلكترونياً أم تقليدياً يمثل علامة تميز شخص الموقع، ويعبر عن إرادته في الالتزام بمضمون المحرّر، فهو عنصر رئيسي يضاف إلى الكتابة، فيعطي للمحرّر قوة إلزامية ليعترف له بالحجية القانونية في الإثبات، وبناءً عليه وجب التمييز بين كل من التوقيع الإلكتروني والتقليدي:

١. من حيث الشكل

للتوقيع التقليدي أشكال محددة، فقد يأتي في شكل ختم أو إمضاء خطي أو بصمة إصبع، في حين أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن مجموعة وحدات تُفسّر على أساس التطبيق المعلوماتي لبرنامج الحاسوب، وتأتي على شكل رموز أو أرقام أو إشارات.

^١ المعجم الوسيط لـ إبراهيم مصطفى والزيات وغيرهما، باب الواو: (١٠٥٠/٢).

^٢ معجم اللغة العربية المعاصرة لدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: ١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، باب إلكترون: (١١١/١-١١٢).

^٣ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين رسالة ماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة_الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦، الصفحة (١٤).

ونتيجة لفتح المجال أمام التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال وضرورة مسايرتها للقانون، اهتمت التشريعات بضرورة تحقيق التوقيع الإلكتروني وظائف التوقيع التي تسمح بالتعرف على صاحبه ورضاه بفحوى المحرر، فجعلت من دائرة أشكال التوقيع الإلكتروني أكثر اتساعاً من دائرة التوقيع التقليدي.^١

٢. من حيث الدعامة التي يوضع عليها التوقيع

إن التوقيع التقليدي يوضع على دعامة مادية ملموسة وهي في الغالب دعامة ورقية، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسائط إلكترونية كجهاز الحاسب أو الانترنت.^٢

٣. من حيث الحضور الجسدي لأطراف التصرف

التوقيع التقليدي يعتمد على حضور أطراف التصرف أو من ينوب عنهم قانوناً أو اتفاقاً وقت التوقيع، فهو وسيلة لتحقيق الموقع، والتعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون الورقة، أما التوقيع الإلكتروني لا يعتمد على الحضور المادي لأطراف التصرف أو من ينوب عنهم قانوناً أو اتفاقاً فهو يقوم على التعاقد عن بُعد دون حضور مباشر بين الطرفين على خلاف التوقيع التقليدي، فهو يقوم بتمييز الشخص صاحب التوقيع، وتحديد هوية القائم بالتوقيع والتوثيق على أنه هو بالفعل صاحب التوقيع، كما يقوم بالتعبير عن إرادة الشخص في القبول بالعمل القانوني والالتزام، وذلك بالربط بينه وبين التوقيع الإلكتروني، فمتى طرأ تعديل لاحق يقتضي توقيع جديد منح المستند الإلكتروني صفة المحرر الأصلي، ثم جعل منه دليلاً معداً مقدماً للإثبات له نفس منزلة الدليل الكتابي المعد مسبقاً لكيلا يثور النزاع بين الأطراف.^٣

^١ انظر حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات لعائشة قصار الليل، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الخضر، باتنة_ الجزائر: الصفحة (١٠١).

^٢ المرجع السابق: (١٠١).

^٣ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: الصفحة (٣٤).

ثالثاً: وظائف التوقيع الإلكتروني:

١. تحديد هوية الموقع:

إن أول وظيفة يتولى التوقيع تحقيقها – سواء أكان توقيعاً تقليدياً أم إلكترونياً – هي تحديد شخص الموقع، للدلالة بأن التوقيع الموجود على المحرّر ينسب لشخص معين بذاته، إلا أن التوقيع الإلكتروني قد يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى القدرة على التوثيق من شخصية صاحب التوقيع في كل مرة يتم استخدام التوقيع الرقمي بها، فكل من يوقع إلكترونياً على المحرّر تحدد هويته وتوثق بإجراءات خاصة لحيازته بيانات إنشاء توقيع إلكتروني، ومفتاح تشفير خاص لا يتشابه مع غيره، مثلاً فيما يخص التوقيع الإلكتروني القائم على الأرقام السرية بالبطاقة البلاستيكية تتعلق بالشخص الذي وحده دون سواه يملك الرقم السري، والذي تفعل به البطاقة وبصفة منفردة ولا يتشابه مع غيره^١.

٢. التعبير عن إرادة الموقع:

والتي تتمثل بوضع الشخص توقيعاً على مستند ما، إقراراً منه بما في السند أو عالماً بمضمونه لإنشاء تصرف قانوني معين قاصداً التعبير عن إرادته بوضع توقيعاً عليه معبراً بذلك عن موافقته بما ورد في السند، فالتوقيع يحمل معنى الجزم بأن الورقة صادرة من الشخص الموقع، هذه الوظيفة كما أنها في التوقيع التقليدي فهي في التوقيع الإلكتروني، فوجود الرقم السري للدخول لنظام الصراف الآلي ليدل دلالة قاطعة على رضا العميل بالقيام بالعملية المصرفية، وعليه فإن استخدام التقنيات المتقدمة التي تضمن تحديد هوية الموقع والتزامه بمضمون السند المرتبط وتمكينه من السيطرة عليه، من شأنه أن يؤدي إلى توفر الثقة في صحة التوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي الذي يتم تدوينه على السندات الخطية من حيث الحجية في الإثبات^٢.

٣. إثبات سلامة المحرر:

أي التحقق من صحة المحرّر الإلكتروني وحلّوه من أي عبث أو تحريف أو تعديل عند تقديمه للاستدلال بوصفه دليلاً في الإثبات، فهو يتخذ شكل ملف معلوماتي موقع إلكترونياً، ويلجأ إلى ربط التوقيع الإلكتروني بالكتابة

^١ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: صفحة (٢٦ وما بعدها)، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لدكتور أسامة بن غانم العبيدي: المجلة العربية الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد (٥٦): (١٤٨).

^٢ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: صفحة (٢٩)، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لدكتور أسامة العبيدي: (١٤٩).

الإلكترونية _مضمونُ المحرّر_ ربطاً منطقياً لكشف كل تغيير وقع بعد وضعه، فمثلاً في التوقيعات الرقمية، للتأكد من صحة التوقيع لابد من تحويل البيانات المشفرة إلى بيانات مقروءة ومفهومة،، فإن كان التوقيع صحيحاً، والبيانات لم يُعبث بها توصلنا إلى خلو البيانات التي يتضمنها المحرّر الإلكتروني من أي تعديل، وإن كان التوقيع غير صحيح أو البيانات قد غُيّرت فلا يمكن فك الرموز لوجود ربط منطقي بين الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني^١.

رابعاً: أشكال التوقيع الإلكتروني:

يتخذ التوقيع الإلكتروني صوراً مختلفة بحسب الطريقة أو الأسلوب الذي تتم به، وخاصةً أن القوانين التي نظّمت هذا التوقيع لم تنص على شكل معين له، وتركت تحديد شكله والطريقة التي يتم بها التطور الحاصل في التقنية وما قد ينشأ عنها، ومن هذه الأشكال:

١. التوقيع بالقلم الإلكتروني: (Pen_Op)

"وهو عبارة عن قلم إلكتروني حساسي يمكن باستخدامه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع، ويتم ذلك باستخدام برنامج هو المسيطر والمحرك لهذه العملية"^٢.

أي أنه باستخدام قلم إلكتروني يقوم بالكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج يتلقى بيانات صاحب التوقيع ثم يقوم الشخص بإدراج توقيعه باستخدام القلم الإلكتروني على مربع داخل الشاشة، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين لهذا النوع من التوقيعات: الأولى وهي خدمة التقاط التوقيع، والثانية وهي خدمة التحقق من صحة التوقيع، "ويقوم هذا البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم والشكل والنقاط والخطوط والاتواءات، ويطلب البرنامج من الشخص الضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة تفيد بالموافقة أو عدم الموافقة على هذا التوقيع، ومتى تمت الموافقة يتم تشفير البيانات الخاصة بالتوقيع وتخزينها باستخدام البرنامج ثم تأتي مرحلة التحقق من صحة التوقيع، عن طريق مقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن ويتم إرسالها إلى برنامج الحاسب الآلي الذي يحدد فيما إذا كان التوقيع صحيحاً أم مزوراً، وفي حالة سرقة البطاقة والرقم السري في هذا النوع من التوقيعات، فإنه ليس من السهل تقليد التوقيع، وذلك لأن البرنامج المخصص يكشف ذلك من خلال التحقق

^١ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: الصفحة (٣١).

^٢ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: صفحة (٢١).

من صحة التوقيع لأنه ليس من السهل القيام بنفس الحركات التي يقوم بها الموقع الأصلي، وبالتالي فإن هذا التوقيع يضمن نوعاً من الحماية للتعاملات الإلكترونية المبرجة عبر الانترنت".^١

٢. التوقيع الإلكتروني: (اليوم تري)

وهو ما يعرف بالتوقيع باستخدام الخواص الذاتية، أي على الصفات المميزة للإنسان وخصائصه الطبيعية والسلوكية التي تختلف من شخص إلى آخر، كبصمة الأصابع وبصمة شبكة العين ونبرة الصوت ودرجة ضغط الدم والتعرف على الوجه البشري وسواها من الصفات الجسدية والسلوكية التي يمكن أن تُعتمد باعتبارها توقيعاً إلكترونياً.

ويتم التحقق من شخصية الموقع عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة ولوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صورة دقيقة لأحد الخواص الذاتية للإنسان، ويتم تخزينها بطريقة مشفرة داخل الحاسوب بحيث لا يستطيع أحد التعامل به إلا في حالة المطابقة.

يمتاز هذا الشكل من أشكال التوقيع بتمتعته بدرجة عالية من الأمان، لصعوبة تشابه هذه الخصائص بين البشر، كما أن هذه الخصائص مرافقة وملاصقة للإنسان وبالتالي يصعب نسيانها أو سرقتها، ولذلك فإن هذا التوقيع يعتبر وسيلة موثوقاً بها لتمييز الشخص وتحديد هويته عن طريق تشفيره حتى لا يمكن أن ينتحل شخص آخر شخصية الموقع.^٢

٣. التوقيع الرقمي:

"عبارة عن رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب يسمى الترميز، والذي يقوم على تحويل الرسالة إلى صيغ غير مفهومة ثم إعادتها إلى صيغتها الأصلية حيث يقوم التوقيع باستخدام مفتاح الترميز العمومي، والذي ينشئ مفتاحين مختلفين ولكنهما مترابطان رياضياً حيث يتم الحصول عليهما باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية أو الخوارزميات غير المتناظرة".

^١ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: صفحة (٢٢)، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، إعداد الدكتور حنان عبده علي أبو شام، جامعة السودان، مجلة العربية للنشر العلمي، العدد الثامن عشر، تاريخ الإصدار: ٢/نيسان/٢٠٢٠م: (٤٩٤)، الدليل الإلكتروني ووسائل إثباته للطالبة العروي ليلي، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس_الجزائر، ٢٠١٨م/٢٠١٩م: (٢٦).

^٢ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: الصفحة (٢٢)، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، حنان أبو شام: (٤٩٥)، الدليل الإلكتروني ووسائل إثباته للطالبة العروي ليلي: (٢٥).

تتمتع هذه الطريقة للتوقيع الإلكتروني بدرجة عالية من الثقة والأمان للمحرّر الإلكتروني، وتضمن تحديد هوية الأطراف تحديداً دقيقاً ومميزاً عند إبرام العقود الإلكترونية، كما يعبر بشكل صريح وواضح عن إرادة صاحبه المرتبط بالتصرف القانوني وقبوله لمضمونه، وتتوفر فيه الشروط التي تجعل منه حجة في الإثبات^١.

"ويعتمد التوقيع الرقمي على التشفير المتماثل وغير المتماثل:

أ_ التشفير المتماثل: وهو الذي يقوم على فكرة الرقم السري والمعلوم من قبل صاحب التوقيع والجهاز فقط.

ب_ التشفير غير المتماثل: وهو الذي يعتمد على زوج من المفاتيح، المفتاح العام والذي يسمح لكل شخص بالقيام بقراءة الرسالة عبر الانترنت دون استطاعة إدخال أي تعديل عليه، والمفتاح الخاص وهو الذي لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي إذ لا يمكن لأي شخص آخر إجراء أي تعديل على الرقم، وإن المفتاح الخاص يعتمد من قبل الجهة المختصة بإصداره للتحقق من شخصية الموقع^٢.

خامساً: حجية التوقيع الإلكتروني:

حتى يتمتع التوقيع الإلكتروني بحجية في الإثبات، لا بد أن يستوفي الشروط التي تمنحه الحجية القانونية في الإثبات والتي يؤدي عدم توافرها إلى عدم تحقق وصف التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال تحديد هوية الموقع والتأكد من صحة التوقيع وصلاحيته للاحتجاج به قانوناً، كونه يعبر عن إرادة الأطراف في التصرف.

١. شروط تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية:

يستلزم لصحة التوقيع الإلكتروني ولكي يكون حجة بالإثبات أن يتصف بعدة شروط وهي:

أ_ ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص الموقع:

أي أن يميز التوقيع الإلكتروني شخصية صاحبه إضافة لارتباطه الشخصي، فقد أصبح ارتباط التوقيع بصاحبه مسألة تقنية تتعلق بالتكنولوجيا اللازمة التي تسمح بتحديد هوية صاحب التوقيع بما يؤكد سلطته في إبرام التصرف

^١ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: الصفحة (٢٣)، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات لحنان أبو شام: (٤٩٣) الدليل الإلكتروني ووسائل إثباته للعروي ليلي: (٢٨).

^٢ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: الصفحة (٢٤).

القانوني وقبوله بمضمونه، وذلك من خلال أنظمة وبرامج أمنية فعالة، تؤكد صحة التوقيع وتعزز الثقة وتثبت موافقة الأطراف على ما جاء في المحرر، نتيجة لذلك فإنه يمكن الاعتماد عليها كدليل إثبات.^١

"والمثال على هذا الشرط التوقيع بالرقم السري في بطاقات الصّراف الآلي (ATM Machines) حيث إن قيام مالك البطاقة (Card Holder) بإدخال الرقم السري (Pin Number)، الخاص به في جهاز الصراف الآلي وقيام الجهاز بالتعرف على الرقم السري وإدخال الشخص لحسابه لتكون هذه الإجراءات بمجملها كافية لإثبات شخصيته وإتمام جميع العمليات المخول القيام بها باستخدام هذه البطاقة."^٢

بـ سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني:

تتحقق سيطرة الموقع على التوقيع الإلكتروني إذا تمكّن من السيطرة على الوسيط الإلكتروني لضمان أن يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفرداً به، بحيث لا يستطيع أي شخص فك رموز التوقيع أو الدخول عليه عند استعماله أو عند إنشائه، ولضمان هذه السيطرة وجب إحداث ذلك التوقيع سراً تحت سيطرة الموقع ذاته حتى لا يساء استعماله من قبل الغير.^٣

جـ إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات التوقيع الإلكتروني:

إن التأكد من سلامة مضمون المحرر الإلكتروني يضمن الثقة والأمان في استخدام التوقيع الإلكتروني، ولتوفير هذه الثقة لا بد من بيئة إلكترونية آمنة، ذلك باستخدام تقنيات ووسائل من شأنها المحافظة على صحة وسلامة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع، وتكشف أي تعديل أو تغيير في بيانات المحرر الإلكتروني الذي تم التوقيع عليه إلكترونياً.^٤

^١ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لدكتور أسامة بن غانم العبيدي: المجلة العربية الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد ٥٦: الصفحة (١٦٤)، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: (٣٨).

^٢ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات أسامة العبيدي: الصفحة (١٦٤).

^٣ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات أسامة العبيدي: (١٦٥)، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: (٤٠).

^٤ انظر حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات أسامة العبيدي: (١٦٦)، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: (٤٢).

"ومن أهم هذه التقنيات تقنية التوقيع الرقمي الذي يعتمد على مفتاحين عام وخاص، ولا يستطيع أحد أن يطلع على مضمون المحرّر إلا الشخص الذي يملك المفتاح القادر على تمكين الشخص من ذلك، فهو يحوّل التوقيع إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها ولا قراءتها إلا بالمفتاح الخاص."^١

٢. حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عند الفقهاء:

لم يتكلم الفقهاء عن التوقيع الإلكتروني باعتباره صورة معاصرة لم تكن في زمانهم، إنما بحثوا في حكم الختم، فذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية إلى حجية العمل بالكتاب المختوم إن أُمن من التزوير لمحو أو الكشط.^٢

كمن كتب طلاق زوجته على ورقة وختمها وأرسلها إليها وقع طلاقه، لأن الختم والتوقيع اعتراف بمضمون الكتاب.^٣

أما الحنابلة فقالوا إن الختم وحده لا يكتفى به لأن الاختام قد تتشابه وتحتل التزوير، ولا بد للشهادة مع الكتاب بختم أو بغير ختم.^٤

ومما سبق فإن اعتبار الختم حجة يزيد الثقة في مضمون الكتاب، ولا تلغي احتمالية التزوير حجته، بدليل اتخاذ النبي ﷺ الختم، فلو لم يكن حجة فأى فائدة من استعماله؟!.

— ولا يختلف حكم التوقيع الإلكتروني عن حكم الختم لاشتراكهما في نفس العلة، وهي إثبات هوية صاحبها وموافقته على مضمون الكتاب المختوم والموقع عليه، إذ إن كلاهما عبارة عن رموز تختص بصاحبها، فيقاس التوقيع الإلكتروني على التوقيع العادي وعلى الختم قياساً أولاً، وذلك لصعوبة التزوير وتقليد التوقيع الإلكتروني، وسهولة تقليد الختم والتوقيع العادي.

^١ حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين: (٤٢).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (١٦٠/٤)، مغني المحتاج للشريني: (٢٩٣/٦).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣).

^٤ انظر المغني لابن قدامة: (٨٥/١٠)، مكتبة القاهرة.

٣. حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في القانون:

يتجسد الدور الرئيسي للتوقيع الإلكتروني في تحقيق موثوقية المعاملات الإلكترونية، وضمان الثقة وزيادة الأمان بين المتعاملين إلكترونياً، فهو من يقوم بالدور ذاته الذي يقوم به التوقيع التقليدي الأمر الذي دفع المشرع إلى إعطاء التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية اللازمة في الإثبات.

القانون السوري:

يعتبر القانون السوري أن المعاملات المدنية والتجارية والإدارية الموثقة عن طريق التوقيع الإلكتروني لها نفس الحجية المقررة للأدلة الكتابية في قانون البينات مع مراعاة أحكام قانون التوقيع الإلكتروني، حيث نص القانون السوري الناظم للمعاملات الإلكترونية رقم ٣/ الصادر ٢٠١٤ في المادة ٢/ من هذا القانون على ما يلي:

"مع مراعاة الحجية المقررة قانوناً للتوقيع الإلكتروني المصدّق، يكون للكتابة الإلكترونية الحجية المقررة قانوناً للكتابة الورقية، ويكون لتبادل المعلومات إلكترونياً عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة إلكترونية أخرى حجية القرائن القضائية أو مبدأ الثبوت بالكتابة".

المطلب الثالث: تقرير الخبرة

مع التقدم والتطور العلمي تعددت الاختصاصات بجميع الفروع العلمية، فلا يمكن لإنسان واحد أن يلم بها، ففي كل فرع منها اختص فريق من الناس ليدرسوا حالاتها ويطلعوا على كل تفصيل فيها ويعرفوه، فكان لكل تخصص من أبدع فيه وأتقنه مما أدى إلى الاستعانة بخبرته في القضاء ليصبح الخبير وسيلة يستعان به في إثبات الحقوق ونفيها.

أولاً: التعريف

لغةً: هي الاختبار، وهو العلم بالشيء على حقيقته، والخبير العالم.^١

اصطلاحاً: "هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، فالإخبار جنس في التعريف يتناول الإخبار عن حقيقة المتنازع فيه، وغير المتنازع فيه، والإخبار بالشهادة والرواية والإقرار، والإخبار ظاهراً وحقيقة."^٢ وقوله: "عن حقيقة الشيء" يخرج الإخبار عن الأمور بشكل ظاهري.

وقوله: "المتنازع فيه" يخرج الإخبار الذي يقوم به أحد الخبراء لشخص معين، في مصلحة معينة.

وقوله: "ويطلب من القاضي" يخرج الإخبار عن حقيقة الشيء دون طلب من القاضي.

فإن الخبرة عامة تتقدم في جميع المجالات العلمية والعملية، ولا يهمننا من ذلك إلا الخبرة التي تقدم عن أمر متنازع فيه أمام القضاء لاختلاف الخصوم فيه، وادعاء كل منهما الحق لجانبه، فيطلب القاضي ممن يثق بهم ويعتمد عليهم في معرفة حقيقة الأمر بتجرد، وتقديمه إلى القاضي دون تحيز لأحد أطراف النزاع، فإذا قدّم أحد الخصوم خبرة من نفسه فلا تقبل منه.

وقول الخبير هو إخبار يحتمل الصدق والكذب، ولكن خبره يعتمد على معرفة حقيقة الشيء وفحص كنهه نتيجة لتجاربه واختصاصه في ذلك وممارسته وقيامه بهذا العمل ولذلك لا يشترط فيه العدد، وقال بعض الفقهاء لا يشترط فيه العدالة أو الذكورة.^٣

ثانياً: مشروعية الخبرة

^١ تاج العروس للزبيدي: (١٢٥/١١)، الصحاح تاج اللغة لجوهري: (٦٤٢/٢)، لسان العرب لابن منظور: (٢٢٧/٤).

^٢ وسائل الإثبات للزحيلي: (٥٩٤).

^٣ المرجع السابق: (٥٩٤).

١ . القرآن الكريم: ثبتت مشروعية الخبرة بقوله تعالى: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

يستدل بالآية الكريمة على جواز اللجوء إلى أهل الاختصاص والخبرة في كل فرع من فروع العلم، كالقدرة على التمييز بين الخطوط والعلم بخطوط البصمة، لأن الإنسان لا يمكن أن يلم بجميع العلوم والمعارف، فيلجأ إلى أهل الاختصاص في كل فرع الذين درسوا حالاته وخباياه وتفاصيله ليأخذ برأيهم كوسيلة في الإثبات.

٢ . السنة: عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: "ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا بها رؤوسهما وقد بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض".^١

يدل الحديث على صحة الأخذ بقول الخبر إذ أن مجزراً كان خبيراً بأمر القيافة وفرح النبي صلى الله عليه وسلم بقوله عندما أكد صحة نسب سيدنا أسامة من أبيه.

٣ . المعقول: إن القاضي شخص متخصص بالعلوم القانونية ولا يمكن له الإمام بباقي العلوم والفنون لكثرة تنوعها وتعددتها فكان لزاماً عليه أن يستعين بأهل الاختصاص في مختلف أنواع المعارف والعلوم لإبداء رأيهم فيها ليكون الحكم القضائي مبنياً على أساس من أسس الوضوح.^٢

ثالثاً: حجية العمل بالخبرة

عند دعوى التزوير في الكتابة والخط والتوقيع والأختام والبصمة يلجأ القاضي إلى الخبر، فإن طعن أحدهم في الورقة الرسمية وادّعى التزوير، فقال بتزوير التوقيع أو الختم أو البصمة، أحال القاضي الأوراق إلى أهل الخبرة لمعرفة صحة التوقيع والبصمة والختم.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة /١٦١٠/ ما يفيد مشروعية العمل بالخبرة فنصت على أنه: " ... إذا كَانَ حَطُّهُ وَحَتْمُهُ غَيْرَ مَشْهُورٍ أَوْ مُتَعَارَفٍ يُسْتَكْتَبُ وَيُعْرَضُ حَطُّهُ عَلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ فَإِنْ أَخْبَرُوا بِأَمَّا كِتَابَةُ شَخْصٍ وَاحِدٍ يُؤْمَرُ ذَلِكَ الشَّخْصُ بِإِعْطَاءِ الدِّينِ الْمَذْكُورِ".^٣

^١ سبق تخريجه: ص ٨٠

^٢ الإثبات بالعناية والخبرة في الفقه والقانون، جمال الكيلاني، كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع، مجلة جامعة النجاح، (العلوم الإنسانية) المجلد ١٦ (١) ٢٠٠٢م: (٢٧٨).

^٣ مجلة الأحكام العدلية: (٣١٨).

"لكن اختلف في التزام القاضي بقول أهل الخبرة، فهل يجب عليه أن يحكم بتقرير ما توصلوا إليه في صحة الورقة من عدم الصحة أو له الحكم بخلافه؟

نص قانون البينات السوري في المادة /١٣٨ - ١٥٧/ من قانون البينات لعام ١٩٤٧ وتعديلاته، على حق المحكمة في انتداب الخبراء عندما تحتاج الدعوى إلى خبرة فنية، ليس للقاضي دراية فيها بمقتضى معلوماته العامة والخاصة، كالمسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقط فنية لا يتمكن القاضي من الإلمام بها، ولا يندب الخبراء في القضايا القليلة أو التافهة ولا الاستعانة بالخبراء في المسائل القانونية لأن المفروض علم القاضي بها، وكفاية مُكَنَّتِهِ من شُغْلٍ وظيفته، والأصل في أن استعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي حسب تقديره، وللمحكمة مطلق الحق في تقدير ما أدلى به الخبير من آراء، فلها أن تأخذ برأيه ونتيجة بحثه وتقريره ولها أن ترفضه، فالنص ليس ملزماً بطلب ندب الخبير إلا في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك، ورأي الخبير لا يقيد المحكمة ولها أن تحكم بما يخالفه لأنها تقضي بما تقتنع به وترتاح إليه، ولكن على المحكمة أن تناقش الخبير، ولو بنى حكمه على اعتبارات مقبولة ومعقولة، كما أن لها أن تأخذ بنتيجته وتذكر أسباباً مغايرة له، ولها أن تأخذ ببعض التقرير دون بعض".^١

"وذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه لا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني إلى معلوماتها الشخصية، بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير أن تستجلي الحقيقة بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة، لأنها من المسائل الفنية البحتة التي لا يصح للمحكمة أن تحل محل أهل الخبرة فيها".^٢

رابعاً: الفرق بين الشاهد والخبير:

الشاهد يشهد على ما يعلم من وقائع رآها أو سمعها بنفسه، أما الخبير فإنه يبدي رأيه فيما يعرض عليه من قضية أو مسألة فنية من خلال ظروف معينة لا يعرفها شخصياً.

كما تعتبر شهادة الشاهد دليلاً مباشراً في القضية وأما الخبير فرأيه يعتبر مجرد توضيح أو تقدير للدليل آخر، فهو إلى الحكم أقرب منه إلى الشهادة.

والشهود عددهم محدود في القضية ولا يمكن للقاضي الاستعاضة عنهم بغيرهم، أما الخبراء فعددهم غير محدود وللقاضي أن ينتخب منهم ما يشاء، والشاهد يعتمد على حواسه وذاكرته فيما يقدمه، بينما الخبير يعتمد على تقييماته وآرائه وما يتوصل إليه من نتائج على تطبيق قوانين علمية وأصول فنية.^٣

^١ وسائل الإثبات للزحيلي: (٦٠٠).

^٢ الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي: (١٢٦).

^٣ الإثبات بالعناية والخبرة في الفقه والقانون، جمال الكيلاني: (٢٨٠).

خامساً: القوة القانونية لرأي الخبير:

يعتبر تقرير الخبير رأياً غير ملزم للمحكمة ويعد من جملة الأدلة المطروحة في الدعوى، فلها أن تأخذ به أو تطرحه إن لم تطمأن إليه، وفي هذه الحالة يلزمها أن تبين الأسباب الداعية إلى إهماله، كما أن للمحكمة أن تجزيء رأي الخبير فتأخذ بالقدر الذي تقتنع به على أن تعلل ذلك، أما إن تعلق الموضوع بمسألة فنية بحتة لا تستطيع المحكمة تقديره بنفسها فإن رفضها للخبرة يجب أن يستند إلى خبرة فنية أخرى حتى يتسنى لها الرجوع عن إحدى الخبرتين، وأساس ذلك كله أن المحكمة لا تسير في الدعوى إلا على ما تطمئن إليه.^١

بناء على ذلك أقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- يصح توثيق الكتابة باليمين والشهادة والإقرار والختم والبصمة والتوقيع العادي والإلكتروني.

^١ المرجع السابق: (٢٧٩).

الفصل الثالث

أثر الكتابة على مسائل الأحوال الشخصية.

الخط أحد اللسانين والكتاب كالخطاب، والخط كاللفظ في التعبير عن القصد والإرادة، وتمتاز الكتابة عن اللفظ بالضبط والثبات، واعتمد الناس على الكتابة في معاملاتهم فكانت وسيلة لحفظ الحقوق، فجاء هذا البحث يتناول أثر الكتابة على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية دون غيرها من الفروع الفقهية، فقد تم في هذا الفصل جمع المسائل التي وجدتها في كتب الفقه، وبما أن الفقهاء لم يذكروا أثر الكتابة على جميع الفروع فقد ذكرت ما وجدته من فروع ومسائل تناولوها في أماكن متفرقة في كتبهم وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: أثر الكتابة في مسائل الزواج وآثاره.

المبحث الثاني أثر الكتابة في انحلال الزواج وآثاره

المبحث الثالث أثر الكتابة في النيابة الشرعية والوصية

المبحث الأول

أثر الكتابة في مسائل الزواج وآثاره

عقد الزواج من أعظم العقود وأرفعها شأنًا، فقد وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ، فقال: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢١]، فهو رباط وثيق في ذاته، وبما ينتج عنه من آثار، فسيتم في هذا المبحث بيان أثر الكتابة في الزواج وآثاره من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: أثر الكتابة في الخطبة.

المطلب الثاني: أثر الكتابة في صيغة عقد الزواج.

المطلب الثالث: أثر الكتابة في المهر

المطلب الأول: أثر الكتابة في الخطبة

تعتبر الخطبة مقدمة الزواج، وأصبح من الممكن إجراؤها عن طريق الوسائل الحديثة، والتعارف بين الخاطبين رغم بعد المسافة.

أولاً: تعريف الخطبة:

١. الخطبة في اللغة: حَطَبَ المرأةَ يَحْطُبُهَا حَطْباً وَحَطْبَةً بالكسر، وَالْحَاطِبُ: الحَاطِبُ، وَالْحِطْبُ: الَّذِي يَحْطُبُ

المرأة، يقال حَطَبَهَا إلى أَهْلِهَا أي طَلَبَهَا لِلزَّوْجِ، وَالْحِطْبُ: المرأةُ الْمُحْطُوبَةُ.^١

٢. الخطبة في الاصطلاح: طلب نكاح المرأة من نفسها أو من وليها.^٢

٣. الخطبة في القانون:

عرف قانون الأحوال الشخصية السوري الخطبة بأنها وعد بالزواج فنص في المادة ٢/٢: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

ثانياً: الخطبة كتابة عند الفقهاء

الخطبة ليست بعقد إنما هي وعد بالزواج، جاء في حاشية الجمل "الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقد فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعاً".^٣

وبناء على ما اتفق عليه أئمة الفقهاء^٤ من صحة الكتابة بين غائبين إذ أنها تقوم مقام اللفظ، فإن الخطبة كتابةً جائزة، وقد نص على ذلك الحنفية.^٥

وإذا كان الزواج كتابةً بين غائبين يصح عند الحنفية، فإن الخطبة وهي مقدمة للزواج تصح من باب أولى، لأنها ليست بخطورة الزواج وقدسيته فهي مجرد وعد بالزواج لا يترتب عليها شيء من آثاره.

^١ تاج العروس للزبيدي، مادة (خطب): (٣٧١/٢)، القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب: (١١٨).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنيبي وقلعجي: (١٩٧).

^٣ فتوحات الوهاب للعجيلي: (١٢٩/٤).

^٤ انظر المبسوط للسرخسي: (١٦ / ٥)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (١٤/٣)، المجموع للنووي:

(١٦٧/٩)، كشاف القناع للبهوتي: (١٤٨/٣).

^٥ المبسوط للسرخسي: (٥/١٦).

وذهب المالكية^١ إلى أن عقود المعاوضات تنعقد بكل ما يدل على الرضا، سواء باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة حتى تجوز بالمعاطاة، فإذا كانت العقود تصح كتابةً فالخطبة أولى.

وإلى ذلك ذهب الشافعية^٢ والحنابلة^٣ فقالوا بصحة الكتابة في التصرفات التي تتوقف على قبول الطرف الآخر عدا النكاح إن كانت هذه التصرفات تصح كنايةً لأن الكتابة عندهم كناية تحتاج إلى نية.

فإذا كانت هذه التصرفات صحيحة رغم ما يترتب عليها من ذمم والتزام وضمان، فإن الخطبة عن طريق الكتابة تصح من باب أولى، إذ هي مجرد وعد بالزواج والوعد غير ملزم، ولا يترتب عليه شيء من آثار العقود.

ثالثاً: الخطبة عبر الوسائل الحديثة

تطورت المراسلة في هذا الزمان تطوراً هائلاً بأشكال عديدة منها: التواصل كتابة كالبريد الإلكتروني، والشات عبر الواتساب (WhatsApp)، والماسنجر (messenger) وغيرها من البرامج، ومنها التواصل عن طريق الصوت والفيديو، كما ظهرت مواقع في الانترنت متخصصة لتعارف الخاطبين خاصة عند بُعد المسافة بينهما، وعدم إمكانية اللقاء أو صعوبته، فجاءت هذه الوسائل لتسهيل التواصل بين الخاطبين، وليتمكن كل منهما من التعرف على الآخر واختصار الوقت والمال.^٤

__ فهل تصح الخطبة كتابة بالوسائل الحديثة لمن أراد الزواج؟

لا يختلف حكم الكتابة الإلكترونية عن الكتابة الورقية، فقد بين الفقهاء الحكم للكتابة المفهومة المستبينة المرسومة الثابتة، سواء كتبت على ورق أم نقشت على حجر، لذا فإنه يقاس عليها الكتابة الإلكترونية، فإذا تحققت شروط الكتابة فيها يثبت حكمها وتنتج آثارها، كأن تكون بأرقام وحروف مقروءة ومفهومة، وأن يحمل البرنامج الإلكتروني صفة صاحب الرسالة، كأن يذكر فيه اسمه وهويته أو رقمه الخاص، ويذكر اسم المرسل إليه أو هويته أو الرمز أو الرقم الخاص فيه، وكل ما يلزم للتأكد من منع الغش والتزوير الذي يدخل في هذه الوسائل.

^١ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (٣/١٤).

^٢ انظر مغني المحتاج للشربيني: (٤/٦٣)، روضة الطالبين للنووي: (٨/٤٠ - ٤١).

^٣ انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: (٨/٤٧٢).

^٤ الفقه الإسلامي وأدلته الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها)، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة، دار الفكر، سورية - دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها: (٢٩٥٠/٤)

رابعاً: موقف القانون من الخطبة بالوسائل الحديثة

لا يوجد نص قانوني يمنع استعمال الوسائل الحديثة في مجال الخطبة، فالإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة، وتشمل كذلك الوسائل المعاصرة بشرط أن تكون الرؤية في حدود الآداب الشرعية، والتأكد من هوية الشخص.

وقد ساوى القانون السوري الناظم للمعاملات الإلكترونية^١ بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية، فنص في المادة ٢/ من هذا القانون على ما يلي:

"مع مراعاة الحجية المقررة قانوناً للتوقيع الإلكتروني المصدّق، يكون للكتابة الإلكترونية الحجية المقررة قانوناً للكتابة الورقية، ويكون لتبادل المعلومات إلكترونياً عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة إلكترونية أخرى حجية القرائن القضائية أو مبدأ الثبوت بالكتابة".

- وبناء على ما تم بيانه فإن الخطبة تصح عن طريق الكتابة العادية والإلكترونية وتنتج عنها آثارها.

^١ القانون الناظم للمعاملات الإلكترونية رقم ٣/ الصادر ٣/٤ / ٢٠١٤ م.

المطلب الثاني: أثر الكتابة في صيغة عقد الزواج

يعد الزواج المرحلة الأولى لبناء الأسرة وقيامها بشكل شرعي وصحيح، لذلك كان لانعقاده وإجرائه أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي والقانون، خصوصاً عن طريق الكتابة والمراسلة إلى الطرف الآخر، وسيتم بيان حكم الزواج في حال وقوعه كتابة فيما يأتي:

أولاً: تعريف الزواج

١. الزواج في اللغة: مصدر زَوَّجَ، والجمع أزْوَاجٌ، ويُقال للرجل والمرأة: الزَّوْجَانِ، وكل شَيْئَيْنِ مُقْتَرَيْنِ هما زَوْجَانِ، زَوْجُ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ وَزَوْجُهُ إِلَيْهِ: قَرْنُهُ، وَزَوْجَتُهُ امْرَأَةٌ فَتَزَوَّجَهَا أَي أَنْكَحْتُهُ امْرَأَةً فَنَكَحَهَا.^١

٢. الزواج في الاصطلاح:

عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر لم يمنع من نكاحها مانع شرعي قصداً.^٢

٣. الزواج في القانون:

عرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١/١ بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

ثانياً: الزواج كتابةً عند الفقهاء:

يختلف حكم عقد الزواج عن طريق الكتابة تبعاً لاختلاف صورته، فإن كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد وقادرين على النطق، فتلفظ بما كتبه يصح وتكون الكتابة توثيقاً لعقد الزواج، أما إن لم يتلفظ بما كتبه فلا يصح العقد باتفاق الفقهاء^٣، لأن لعقد النكاح خطورة ليست في غيره من العقود لما يتعلق بالأنساب والأبضاع، ولأن الأصل في العقد أن يكون باللفظ، والكتابة بديل عنه ولا يستعان بها إلا في حالة الضرورة كالأخرس.

وإن كان العاقدان غائبين عن مجلس العقد، اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

^١ تاج العروس مرتضى الزبيدي: (٢٣٦/٦).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنبي وقلعجي: (٤٨٧).

^٣ انظر المبسوط للسرخسي: (١٦/٥)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (١٤/٣)، المجموع شرح المذهب للنووي: (١٦٧/٩)، الإنصاف للمرداوي: (٥٠/٨).

القول الأول: لا يصح إجراء عقد الزواج بالكتابة بين غائبين، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ فقالوا لا ينعقد الزواج بالكتابة مع القدرة على النطق بين غائبين، واستدلوا بما يلي: ^٤

١. إن عقد النكاح يختلف عن سائر العقود إذ لا إطلاع للشهود على النية فالشهود تشهد على اللفظ، والإشهاد شرط لصحة العقد.

٢. يشترط المولاة بين الإيجاب والقبول، ولا يتحقق ذلك في الكتابة بين الغائبين.

٣. قدسية النكاح وخطورته حيث إنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره حفظاً للفروج، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.

٤. يمكن الاستعاضة عن الكتابة بتوكيل أحد الأشخاص ليقوم بالعقد فقد وكل النبي ﷺ النجاشي ليزوجه من أم المؤمنين أم حبيبة ولم يكتب كتاباً يعقد فيه الزواج منها^٥.

القول الثاني: يصح عقد الزواج بالكتابة بين غائبين وهذا مذهب الحنفية^٦، وقول عند الشافعية^٧ ورواية عند الحنابلة^٨ فإذا كان أحد العاقدین غائباً عن المجلس، وكتب لامرأة زوجيني نفسك وأرسله إليها، فقرأته أمام الشهود وقالت: زوجته نفسي، فإن النكاح يصح وينعقد بالكتابة وذلك لتعذر المشافهة، واشتروا لصحة العقد بين الغائبين أن يُشهد العاقد شاهدين على ما في الكتاب عند إرساله، وأن يصرح المرسل إليه بالقبول لفظاً لا كتابةً، ويسمع الشاهدان قبول الزوجة أو وليها، لأن سماع الطرفين شرط صحة النكاح، وتحقق الشهادة بتلاوة المكتوب على الشهود وقبول من وُجّه إليه الكتاب.

^١ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (٣٥٠/٢).

^٢ انظر روضة الطالبين لنووي: (٣٧/٧).

^٣ انظر الانصاف للمرداوي: (٥٠/٨).

^٤ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢١٦/٢)، شرح مختصر خليل للخرشي: (١٦٧/٣)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٣٤/٤)، كشاف القناع للبهوتي: (٦٥/٥).

^٥ أخرجه الحاكم في المستدرک كتاب النكاح ح [٢٧٤١] وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه: (٢/١٩٨).

^٦ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٢/٣).

^٧ روضة الطالبين ٧/٢٧، المجموع للنووي: (٩/١٦٨).

^٨ الإنصاف للمرداوي: (٨/٥٠).

استدلوا بما يلي:

١. عن عروة عن أم حبيبة رضي الله عنها أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة، فزوجها النجاشي النبي ﷺ وأمهرها عنه أربعة آلاف وبعث بها إلى رسول الله ﷺ مع شرحبيل بن حسنة.^١
وجاء في عون المعبود: «أن النجاشي أرسل إليها جاريته أبرهة فقالت: إن الملك يقول لك إن رسول الله ﷺ كتب إلى أن أزوجهك...»^٢.

وجه الاستدلال: هذا الدليل حجة على أن النكاح يصح بالكتاب.^٣

٢. الكتاب كالخطاب والكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.^٤

المناقشة وال ترجيح

والراجح من الأقوال هو مذهب الحنفية الذي أجاز عقد الزواج بالكتابة، لأن الضرورة قد تقتضي ذلك فقد يتعذر الزواج بين الغائبين ولا يجد طريقاً إلا عن طريق الكتابة ويؤيد لك ما ورد عن النبي ﷺ في زواجه لأم حبيبة رضي الله عنها عن طريق الكتابة، ويعتبر مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب من الموجب، وبه تتحقق المولاة بين الإيجاب والقبول الذي اشترطته بقية المذاهب لانعقاد العقد.

وأما قولهم أن الإشهاد شرط في عقد النكاح، فهو كذلك عند الحنفية إذ جعلوا مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب، فإذا وصله الخطاب أخبر الشهود بمضمونه، وأشهدهم على قبول النكاح.

ثالثاً: انعقاد الزواج بالوسائل الحديثة

شهد العصر الحالي تطوراً هائلاً في الوسائل الحديثة، واستخدامها في الكثير من العقود والتصرفات توفيراً للجهد والوقت واختصاراً للمسافات الشائعة، ومنها عقد الزواج الذي انتشر إجراؤه حديثاً عبر تقنيات الاتصال الحديثة،

^١ أخرجه الحاكم في المستدرک کتاب النکاح ح [٢٧٤١] وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، (١٩٨/).

^٢ عون المعبود للعظيم آبادي: (١١ / ١٢٧).

^٣ المرجع السابق.

^٤ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لد. محمد مصطفى الزحيلي: (١ / ٣٣٩).

ومنها المراسلة الكتابية كالبريد الإلكتروني والفاكس، والشات عبر الواتساب (WhatsApp) أو الماسنجر (Messenger) وغيرها من البرامج، فيتم تبادل ألفاظ الإيجاب والقبول كتابة بين الطرفين، وله عدة صور منها:

١_ أن يكتب الولي إيجابه على النكاح ثم يرسله عبر البريد الإلكتروني إلى القابل فيصدر قبوله كتابةً، ثم ترسل هذه الورقة عبر البريد إلى اثنين حتى يشهدا عليها، ويحمل البريد الإلكتروني عنوان المرسل، إضافة إلى الوقت والتاريخ، ويكتب فيه عنوان المرسل إليه وموضوع الرسالة.

٢_ أن يكون الإيجاب والقبول في الانترنت عبر المنتديات المفتوحة، حيث يصدر الولي إيجابه كتابةً في هذا المنتدى يوجهه لشخص معين، ثم يصدر القابل قبوله، ثم يقوم اثنان من المتواجدين في المنتدى بالشهادة على هذا العقد.

بناء على ما سبق من أقوال الفقهاء في انعقاد النكاح كتابة بين غائبين، فإن النكاح بالوسائل الحديثة لا يختلف حكمه عن الكتابة الورقية فمن الفقهاء من أجازها ومنهم من منعها، وإلى هذين القولين انقسمت آراء الفقهاء المعاصرين:

القول الأول: عدم صحة استخدام الوسائل الحديثة في عقد النكاح

وهذا ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من (١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠ م)، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، فقرر ما يلي:

"إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت الوسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتللكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصوله الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

أما إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

إذا أصدر العارض بهذه الوسائل، إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه".

إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

وكذا جاء في ندوة مجمع الفقه بالهند في دورته الثالثة عشر ما نص عليه: "إن عقد النكاح يحمل خطورة أكثر من عقد البيع وفيه جانب تعبدى، ويشترط فيه الشاهدان، لذلك لا يعتبر مباشرة الإيجاب والقبول للنكاح على الإنترنت ومؤتمر الفيديو والهاتف، أما إذا استخدمت هذه الوسائل لتوكيل شخص للنكاح، ويقوم الوكيل من جانب موكله بالإيجاب والقبول أمام الشاهدين فيصح النكاح، ويلزم في هذه الصورة أن يكون الشاهدان يعرفان الموكل أو يذكر باسمه واسم أبيه عند الإيجاب والقبول".^١

القول الثاني: صحة استخدام الوسائل الحديثة في عقد النكاح وهو ما ذهب إليه العلماء المعاصرين كالشيخ مصطفى الزرقا^٢ والدكتور وهبة الزحيلي.^٣

وذلك إذا تحققت الشروط التي ذكرها الحنفية القائلون بصحة العقد كتابة، فحتى ينعقد النكاح بينهما لابد أن تكون الرسالة مرسومة ومستبينة، وأن يقبل الطرف الآخر لفظاً لا كتابة، وبحضور وليها وموافقته، وحضور شاهدين، وتقول: إن فلاناً أرسل إلي يطلب الزواج مني وأني قبلت زواجه، لضمان التأكد من هوية المرسل وعلمه بمضمون الرسالة منعاً من التلاعب بالبيانات المرسلة أو المستقبلية وانتحال الشخصيات.

وهو القول الراجح تسهياً على الناس، ولاختصار الجهد والمسافات، وتوفير الوقت والمال، فقد تفوت الفرص إلى حين حضور الغائب، إلا أنه يجب الاحتياط من الغش والتدليس في شخصية كل من العاقدين، وحبذا لو تم إجراء هذه العقود في أماكن تشرف عليها مؤسسات إسلامية أو حكومية موثوقة.

^١ انظر دور الوسائل الحديثة في إبرام عقود الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دراسة مقارنة، بحث قدّم لاستكمال شهادة الماستر، للطالبة: يونس مسعود، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٣م/٢٠١٤م: (٣٥).

^٢ المدخل الفقهي العام لزرقا: (٤١٢/١)، مصطفى الزرقا: ولد بمدينة حلب عام ١٩٠٤م، تخرج من كليتي الحقوق والآداب في عام ١٩٣٣، حاز على دبلوم الشريعة من كلية الحقوق في جامعة القاهرة، عينته وزارة الأوقاف في الكويت خبيراً للموسوعة الفقهية فيها سنة ١٩٦٦م، له مؤلفات كثيرة منها: في الحديث النبوي، المدخل الفقهي العام، توفي سنة ١٩٩٩م/مجلة الوعي الإسلامي، شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، العدد ٥٣٢ بتاريخ ٣ أيلول ٢٠١٠م، بقلم عبده دسوقي.

^٣ الفقه الإسلامي وأدلته أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، (٢٩٥٠/٤)، وهبة الزحيلي: ولد في دير عطية في ريف دمشق عام ١٩٤٠م حصل على دكتوراه في الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وماجستير في الحقوق من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، وإجازة في الحقوق من جامعة دمشق، وإجازة في الشريعة من جامعة دمشق، شارك في تقييم البحوث العلمية المحكمة المقدمة للنشر في مجلات الجامعات المختلفة، له مؤلفات كثيرة منها تاريخ

رابعاً: مجلس العقد في الزواج كتابة بين الغائبين:

مجلس العقد هو وقت التفاوض في العقد بين المتعاقدان، ويكون مجلس العقد في العقود الكتابية سواء التي تجري بوسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني والواتساب والماسنجر أو القديمة كالرسائل الورقية هو مكان وصول الرسالة، حتى لا يكون هناك زمن فاصل بين الكتابة والقبول، ويشترط سماع الشهود لكلام العاقدین عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، فلو كتب إلى امرأة فقال زوجيني نفسك فبلغها الكتاب فقالت بمحضر من الشهود زوجت نفسي منه لا يصح، لأن سماع الشهود لكلام المتعاقدين شرط لصحة الزواج، لأنهم سمعوا كلامها لا كلامه إلا إذا قرأت عليهم الكتاب أو أخبرتهم بمضمونه، فقالت: إن فلاناً كتب إلي يخطبني فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه فيصح، لأنهم سمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم بقراءة الكتاب عليهم، وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلماذا تم العقد، وعند الإمام أبي يوسف يصح العقد عنده ولا يشترط إعلام الشهود بمضمون الكتاب، وإن لم تقرأ عليهم مضمون الكتاب.

هذا إذا كانت الصيغة بلفظ التزويج، أما إذا كانت بلفظ الأمر كقوله زوجيني نفسك، فلا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب، لأن صيغة الأمر توكيل فتتولى طرفي العقد ولا يشترط الإشهاد على التوكيل.^١

ويشترط اقتران الإيجاب بالقبول عند وصول الكتاب وعلمه بمضمونه، ويجب بقاء الموجب على إيجابه إلى حين قبول الطرف الآخر، فلو جن أو مات قبل القبول فلا يصح، لأنه بطل الإيجاب قبل تمام العقد فلا يعتبر قبول المرسل إليه.^٢

خامساً: ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري:

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٢/٣)، المبسوط للسرخسي: (١٦/٥)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي:

(١٤/٣)، المجموع للنووي: (١٦٧/٩)، كشف القناع للبهوتي: (١٤٨/٣).

^٢ المدخل الفقهي العام للزرقا: (٤٣٢/٤٣٣).

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري إلى جواز إجراء عقد النكاح بالكتابة بين الغائبين مستنداً إلى المذهب الحنفي، فنص في المادة (٧) على أنه "يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس".

وجاء في المادة (٩) من قانون قدري باشا: "لا ينعقد النكاح بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين، وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها لشرط أن تقرأ أو تُقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته، أو تقول لهما: فلان بعث إليّ يخطبني، وتشهدهما في المجلس أنها زوجت نفسها منه".^١

وذكر القاضي أبو جيب في كتابه التذكرة أنه حين انتشر استعمال التلغراف والفاكس والتلكس في ديار الإسلام، وأصبح وسيلة للتعامل بين المدن، تصدى لها جملة من فقهاء القرن الرابع عشر الهجري، وأفتوا بصحة العمل بالخبر الوارد فيها، ولا يختلف عقد الزواج عن بقية العقود في اعتماد الكتابة وسيلة لتعاقد، وهذا ما أكدته المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية المستندة في ذلك إلى المذهب الحنفي.^٢

ولكن يجب أن يراعى في عقد الزواج عبر هذه الوسائل أن تكون العبارة صريحة بطلب الزواج والدلالة عليه، ولا بد أيضاً من الثبوت من صدور الفاكس أو التلكس عن شخص مرسله، ولا ضرورة من التأكد التام من ذلك بل تكفي غلبة الظن، بناءً عليه فإن عقد النكاح بالفاكس أو التلكس يسري عليه الأحكام ما يسري على الزواج بالكتابة عند غيبة أحد المتعاقدين عن مجلس العقد.^٣

سادساً: التوكيل بالزواج كتابة:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^٤ على صحة توكيل الرجل الغائب غيره عن طريق الكتابة لزوجته.^٥ وعند المالكية^٦ تصح جميع التصرفات ومنها الوكالة بكل ما يدل على الرضا لفظاً أو كتابة أو إشارة أو معاطاة، عدا عقد النكاح فيجوز للرجل أن يوكل فلاناً كتابةً بتزويجه.

^١ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، على مذهب أبي حنيفة النعمان، محمد قدري باشا، تحقيق بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م: (٢٩).

^٢ التذكرة أبو جيب: (٥٥٩/١ - ٥٦٠).

^٣ التذكرة أبو جيب: (٥٥٩/١ - ٥٦٠).

^٤ المبسوط للسرخسي: (١٥/٥)، منح الجليل لابن عليش: (٣٥٧/٦)، المجموع للنووي: (٩/ ١٦٦)، الإنصاف المرداوي: (٨/ ٢٧٣).

^٥ المبسوط للسرخسي: (١٥/٥).

وعند الشافعية^٢ الوكالة عامة إن كانت تفتقر إلى قبول الطرف الآخر فحكمها كالبيع كتابةً، وإن كانت لا تفتقر إلى القبول فحكمها ككتابة الطلاق، وسيتم في المبحث التالي بيان حكم الطلاق كتابةً، وأما البيع كتابةً فحكمه عندهم مرتب على الطلاق، فإن صح الطلاق كتابةً صح البيع كتابةً، بناءً على ذلك فالوكالة تصح بالكتابة عند الشافعية.

وعند الحنابلة^٣ في المعتمد يصح إجراء جميع العقود كتابةً ومنها التوكيل للرجل أن يكتب لآخر أن يزوجه.

- ووفق ما تم بيانه حول إجراء عقد الزواج بالكتابة العادية أو الإلكترونية فإني أرى اتباع المذهب الحنفي وجواز العقد كتابةً للغائبين بالشروط التي ذكروها للضرورة وتسهيلاً على الناس.
- أقترح تنظيم عقود الزواج الإلكترونية عن طريق المحاكم الشرعية، ذلك بتخصيص غرف للزواج الإلكتروني من قبل مختصين منعاً للتلاعب والغش.

١ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (١٤/٣)، منح الجليل لابن عlish: (٣٥٧/٦).

٢ انظر روضة الطالبين للنووي: (٤١/٨-٤٠)، المجموع للنووي: (٩/١٦٦).

٣ انظر مطالب أولي النهى للرحبياني: (٤٣٧/٣)، الإنصاف المرداوي: (٨/٢٧٣).

المطلب الثالث: أثر الكتابة في المهر

تظهر الحكمة من وجوب المهر لإظهار أهمية عقد الزواج، ولإعزاز المرأة وإكramها وفيه تمكين للمرأة من التهيؤ للزواج بما يلزم من لباس ونفقة.

أولاً: تعريف المهر:

١ . المهر في اللغة: المَهْرُ: الصَّدَاق، وَالْجَمْعُ مُهُور؛ وَقَدْ مَهَرَ الْمَرْأَةَ بِمَهْرٍ وَمَهَرَهَا مَهْرًا وَأَمَهَرَهَا. وَفِي حَدِيثِ أُمِّ حَبِيبَةَ: وَأَمَهَرَهَا النَّجَاشِيُّ مِنْ عِنْدِهِ؛ سَأَقَ لَهَا مَهْرَهَا، وَهُوَ الصَّدَاقُ.^١

٢ . المهر في الاصطلاح: المَهْرُ: بفتح فسكون وهو ما يجعل للمرأة في عقد النكاح أو بعده مما يباح شرعاً من المال معجلاً أو مؤجلاً.^٢

ثانياً: أثر الكتابة في المهر

لم يرد عن الفقهاء اشتراط التلقظ بالمهر حتى يثبت وجوبه للمرأة، وقد اتفق الفقهاء^٣ على أن المهر أثر من آثار عقد الزواج وهو ليس ركناً من أركانه ولا شرطاً من شروطه، فإن لم يذكر في العقد صح ووجب للمرأة مهر مثيلاتها. فإذا كان المهر أثراً من آثار عقد الزواج وأن المهر لا يسقط بإسقاطه وعدم ذكره في العقد، فهذا يدل على أن المهر ليس بأهمية وقدسية عقد الزواج، وبالتالي فإن جاز إجراء عقد الزواج كتابة عند من قال به، فإن آثاره تصح كتابة أيضاً والمهر من آثاره.

وعند من قال بعدم جواز عقد النكاح كتابةً علل ذلك باشتراط الشهود وعدم إمكانية الموالاة وخطورة عقد الزواج وقدسيته وذلك ليس في المهر.

كما أن الفقهاء اتفقوا على جواز الكتابة في التصرفات المالية كالبيع والإجارة والهبة، والمهر أيضاً تصرف مالي فهو عطية للزوجة يجبر عليها الزوج.^٤

^١ لسان العرب لابن منظور، فصل الميم: (١٨٤/٥).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنيبي وقلعجي: (٤٦٦).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٠٠/٣)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٩٤/٢)، مغني المحتاج للشريني: (٣٦٧/٤)، كشاف القناع للبهوتي: (١٢٨/٥) وما بعدها.

^٤ انظر المبسوط للسرخسي: (١٦ / ٥)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (١٤/٣)، المجموع للنووي: (١٦٧/٩)، كشاف القناع للبهوتي: (١٤٨/٣).

وما ورد في كتابة المهر هو للتوثيق تبعاً لتوثيق وكتابة عقد الزواج ومن ذلك:

إن اتفق المتعاقدان على أن يفرضا مهراً في السر كأن يكون مئة دينار، ومهراً في العلن على أن يكون مئتين، فيكتب مهر السر في العقد ويتلفظ بمهر العلن أو يكتب مهر العلن في العقد ويتلفظ بمهر السر، **اختلف الفقهاء في المهر المعول عليه على قولين:**

القول الأول: إن المعول عليه عند الحنفية^١ والمالكية^٢ والشافعية^٣ هو مهر السر هذا إن لم تكن الزيادة في جنس المهر، كمن سمي بيتاً في مهر العلن وألف دينار في مهر السر واختلفا ولم يشهدا على ذلك، فيرى أبو حنيفة والصاحبان في رواية أن المهر الواجب هو مهر العلانية لأنه المذكور في العقد وهو الظاهر ورجحه ابن الهمام، وفي رواية أخرى عند صاحبين^٤ أن المهر الواجب هو ما اتفقا عليه سراً، لأنه مقصد العاقدين، وأما إن اتفقا على أن مهر العلن للسمعة وتواضعا سراً على ألف دينار فالواجب مهر المثل، لأن مهر السر لم يذكر في العقد وكذا العلن لم يتفق عليه فيرجع إلى الأصل الذي هو مهر المثل.

وذهب المالكية^٥ إلى أنه إن ادعت المرأة على الرجل عدوله عن مهر السر فيمينه يعمل بمهر السر، وبنكوله يعمل بمهر العلانية، هذا ما لم تقم بينة على أن مهر العلانية لا أصل له والمعتبر هو مهر السر، عندها يُعمل بمهر السر من دون تخليف.

^١ انظر فتح القدير لابن الهمام: (٣٢٩/٣).

^٢ انظر حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة: (٣١٣/٢).

^٣ انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني: (٣٧٨/٤).

^٤ انظر فتح القدير لابن الهمام: (٣٣٠/٣).

^٥ انظر حاشية الدسوقي لمحمد بن عرفة: (٣١٣/٢).

وذهب الشافعية^١ إلى وجوب ما كتب بالعقد وعقد به اعتباراً بالعقد لأن المهر يجب به سواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر.

القول الثاني: ذهب الحنابلة^٢ إلى الأخذ بالزائد سواء كان مهر السر أو العلانية للحقوق الزيادة بالمهر بعد العقد.

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- يثبت المهر للزوجة بكتابته في العقد ولا يشترط التلفّظ به، لأنه لا يشترط اللفظ بالمهر قياساً على سائر المعاملات المالية.

^١ انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني: (٣٧٨/٤).

^٢ انظر كشف القناع للبهوتي: (١٥٥/٥).

المطلب الرابع: أثر الكتابة في نتائج الولادة

الولادة ممن آثار الزواج وينتج عنها عدة أمور ومما له صلة بالكتابة الرضاع والنسب، حيث قد يتم العثور على كتابة تحمل ثبوت نسب فلان من فلان أو رضاع فلان من فلانة مما يترتب عليه حرمة الزواج، وفيما يلي بيان لأحكام ثبوت النسب والرضاع كتابة.

أولاً: ثبوت الرضاع كتابة:

اشتهر في بعض المدن عند إرضاع طفل من غير أمه توثيق ذلك الرضاع بنهاية المصحف حتى يتم حفظه من التلف، وكفي لا يتم إنكاره أو نسيانه لما ينتج عن الرضاع من ثبوت حرمة الزواج، فما حكم هذه الكتابة؟

تأخذ هذه الكتابة معنى الشهادة، فعند حدوث الرضاع يتم توثيق ذلك بالكتابة من قبل والدة الطفل النسبية أو أحد أقاربه، ويشترط فيه ما يشترط في الشهادة، فعند الحنفية لا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وعند يثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا الخبر، وعند الشافعية يثبت بأربعة نسوة، وعند الحنابلة يثبت الرضاع بشهادة رجل واحد أو امرأة.

أما إن تم توثيق ذلك من قبل المرضعة فإن الكتابة تأخذ حكم الإقرار، وقد اتفق الفقهاء^١ على أن الكتابة صورة من صور صيغة الإقرار، وعليه يمكن للقاضي اعتمادها وإلزام صاحب الكتاب بما فيه من خط يده، إذا ثبت له أنه خط صاحب الكتاب، وقد تم تفصيل ذلك عند الكلام عن طرق توثيق الكتابة القديمة في المبحث الأول المطلب الأول.^٢

ثانياً: ثبوت النسب كتابة:

الكتابة في النسب إما أن تكون إقرار من الشخص على نفسه بأن هذا الولد ابنه أو إقرار فيه تحميل النسب على الغير بأن يقر الرجل أن هذا الرجل أبوه أو أخوه أو هذه المرأة أمه، وبناء على هذا فإن الكتابة في النسب لها حكم الإقرار أو البينة.^٣

^١ البحر الرائق لابن نجيم: (٦٩/٧)، شرح مختصر خليل للخرشي: (١٧١/٧)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، (ب - ط): (٣٢٥/٢)، الإنصاف للمرداوي: (١٢٥/١٢).

^٢ راجع الصفحة: (٦٧).

^٣ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٧٠).

١. ثبوت النسب بالإقرار:

إن كان الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير فإنه يثبت النسب إن توافرت شروطه لأن الإقرار حجة ملزمة للمقر ولكنه مقصور عليه وحده ولا يتعداه إلى غيره، ذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على النفس.^١

ويشترط لصحة الإقرار ما يلي:

- أ- أن يكون المقر من الممكن أن يولد للمقر مثل هذا الولد المقر له، بأن يكون فارق السن بينهما يقبل هذا الإقرار، فإن كان لا يمكن ذلك كأن يكون المقر له أكبر من المقر أو يكون المقر له أصغر من المقر بخمس سنوات فلا يصح الإقرار لأن ظاهر الحال يكذبه، لاستحالة هذه الولادة.
- ب- أن يكون المقر له مجهول النسب ليس له نسب صحيح وثابت، فلو كان له نسب معروف لم يثبت الإقرار لأن النسب إذا ثبت لا ينتفي إلا باللعان.
- ت- أن يصدق المقر له المقر وهو شرط لنفاذ الإقرار وليس شرط صحة، فإذا أقر شخص بآخر صح الإقرار ويبقى موقوفاً حتى يصدقه المقر له إن كان من أهل التصديق، لما يترتب على النسب من حقوق مالية لا تلزمه إلا بموافقته، ويصح التصديق بأي وقت لاحق ولو بعد وفاة المقر، فإن كان صغيراً فلا يشترط التصديق ويثبت النسب فور صدوره من المقر، لأن الصغير محتاج إلى ثبوت النسب لحفظه وعدم ضياعه.
- ث- أن يكون المقر له بالغاً عاقلاً مختاراً غير مكروه، وهو شرط لتصديق الإقرار.
- ج- السبب الصحيح للنسب، بأن يكون إقراره بالولد من نكاح صحيح أو شبهة، ويصح إذا لم يبين سبباً أصلاً ويحمل على النسب الصحيح، أما إن صرح أنه ابنه من زنا أو تبني فلا يثبت النسب.
- ح- أن يكون المقر له حياً وقت الإقرار عند الحنفية والمالكية، لأن الإنسان يحتاج إلى النسب في حياته، ولا يشترط ذلك عند الشافعية والحنابلة لأن النسب يحتاج به بكل الأحوال وهو يبقى إلى ما بعد الموت وهو الراجح لبقاء أثر النسب واستمراره للأولاد.

فإن كان الإقرار فيه تحميل للنسب على الغير كأن يقر شخص بأن فلاناً أخوه فهذا محمول على غيره وهو أبوه لأن النسب للأب، فلا يثبت النسب بالإقرار، لأنه حجة قاصرة على النفس، ويمكن أن يثبت النسب في هذه الصورة بالبينة، ويصح الإقرار بالكتابة بالشروط التي ذكرها الفقهاء وقد تم بيانها في المبحث الثاني.

^١ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٧٠ وما بعدها).

٢. ثبوت النسب بالبينة:

يثبت النسب بالبينة وهي شهادة رجلين عدلين باتفاق الفقهاء^١ أو بشهادة رجل وامرأتين عند الحنفية^٢ خلافاً لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة^٣ فقالوا بعدم ثبوت النسب بشهادة رجل وامرأتين لأن النسب ليس بمال ويمكن أن يطلع عليه الرجال.

ويثبت النسب غير المباشر بإقرار جميع الورثة إن بلغوا نصاب الشهادة لأن الأساس الذي يثبت فيه النسب بالإقرار غير المباشر والذي فيه تحميل النسب على الغير هو البينة فيشترط العدد والعدالة في الشهود وإلا لم يثبت النسب وهذا عند الحنفية والمالكية بخلاف الشافعية والحنابلة فقد قالوا عند إقرار جميع الورثة بتحميل النسب على المورث فإنه يثبت النسب بالإقرار فلا حاجة للعدد ولا العدالة، لأن الإقرار بالنسب ينتقل للورثة ويصبح حقاً لهم.

فإن كتب الشاهد شهادته على ورقة يبين فيها نسب فلان من فلان أو تم إصدار بيان من الجهات المسؤولة يبين فيه ثبوت نسب فلان من فلان، وتحققت فيه شروط قبول الشهادة وشروط ثبوت النسب من أن يكون الولد مجهول النسب ومثله يولد للرجل صاحب النسب، فإن كان صاحب الكتاب حاضراً، فإن القاضي يستدعيه ليشهد على خط نفسه وفي المسألة عدة أقوال للفقهاء، وإن كان غائباً غيبة بعيدة أو مجهولة أو كان ميتاً فأيضاً اختلف الفقهاء في حكمها وقد تم تفصيل أقوال الأئمة في المبحث الثاني.^٤

٣. ثبوت النسب كتابة في القانون:

إن معظم محاكم النسب أخذت من المذهب الحنفي لكن نظراً لتغير الأزمان فقد اتخذ القانون قيوداً جديدة للاحتياط وللحد من مشاكل التزوير كوجوب الإقرار في مجلس القضاء أو أن يكون الإقرار مكتوباً وعليه ختم المقر أو توقيعه، وقد نصت المادة /١٢٩/ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١م في مصر على أنه: "لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام القاضي بمجلس القضاء أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته".^٥

وقد أخذ المشرع السوري لثبوت النسب إما:

^١ حاشية ابن عابدين: (٥٤٠/٣).

^٢ حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤١٧/٣)، روضة الطالبين النووي: (٤٢١/٤)، المغني ابن قدامة: (١٤٩/٥).

^٣ راجع الصفحة (٦٩).

^٤ راجع الصفحة (٦٩).

^٥ وسائل الإثبات الزحيلي: (٢٩٣).

١_ بالإقرار: وذلك في المواد /١٣٤/ إلى /١٣٦/ من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على أن: "الإقرار بالبنوة ولد في مرض الموت المجهول النسب يثبت به النسب من المقر، إذا كان فرق السن بينهما يتحمل هذه البنوة وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب، إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يتحمل ذلك والإقرار بالنسب في غير النسب بالبنوة والأمومة لا يسري على غير المقر بتصديقه".^١

٢_ ثبوت النسب بالبينة: إذا لم يثبت النسب بالعقد الصحيح بين الزوجين أو بالإقرار، كالشهادة من قبل الطبيب المختص أو شهادة بالشهرة والتسامع فوفاً لما تقبل به البينة بالزواج إذا كان مشهوراً، فيترتب على إثبات الزواج جميع آثاره، حتى لو لم يعرف العقد وتاريخه. وحسب القانون السوري فلا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان حسب ما جاء في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض والذي نص على ما يلي: "الولد للفراش ولا ينفي النسب إلا باللعان".^٢

^١ نقض سوري _ الغرفة الشرعية _ أساس ٣٧٢ _ قرار ٣٥٩ _ تاريخ ١٩٧٣/٢/٢٤، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي: (٥١٦/١).

^٢ نقض سوري _ الغرفة الشرعية _ أساس ٣٧ _ قرار ٣٢ _ تاريخ ١٩٦٣/١/٣١، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي: (٥١٦/١).

المبحث الثاني

أثر الكتابة في انحلال الزواج وآثاره

معنى انحلال في اللغة: مصدر انحَلَّ من الحَلَّ بمعنى الفتح والنقض، يقال: حلَّ العقدَة يَحُلُّها حَلًّا، إذا فتحتها ونقضها فانحلت، ويأتي أيضاً بمعنى الذوبان كما في كل جامد إذا اذيب.^١

انحلال الزواج اصطلاحاً: ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية.^٢ سيتم في هذا المبحث بيان ما يتعلق بأثر الكتابة في مسائل متنوعة من انحلال الزواج وذلك من خلال ما يأتي:

المطلب الأول: أثر الكتابة في الطلاق بالإرادة المنفردة

المطلب الثاني: أثر الكتابة في الطلاق المعلق

المطلب الثالث: أثر الكتابة في طلاق المكره والهازل

المطلب الرابع: أثر الكتابة في الطلاق الإلكتروني

المطلب الخامس: أثر الكتابة في الخلع

المطلب السادس: أثر الكتابة في التفريق بالظهار واللعان.

المطلب السابع: أثر الكتابة في آثار الطلاق

^١ القاموس المحيط القاموس المحيط لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م، فصل النون: (٩٨٩/١).

^٢ فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: أولى ١٤٢٩ هـ ٢٠٠٨ م: (١٣).

المطلب الأول: أثر الكتابة في الطلاق بالإرادة المنفردة

شرع الله تعالى الطلاق استثناءً واعتبره أبغض الحلال، وقيده بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي للزوج إتباعها حتى يقع الطلاق صحيحاً.

أولاً: أثر الكتابة في الطلاق عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في الطلاق عن طريق الكتابة على أقوال:

القول الأول: يقع الطلاق كتابةً من الحاضر والغائب بشرط نية الطلاق، لأنه بمنزلة الكناية، فلو أرسل إلى زوجته كتاباً كتب فيه أنت طالق:

* فإن نوى الطلاق بما كتبه يقع بمجرد الكتابة وإن لم يصل إليها الكتاب ولم تعلم به،

* وإن لم ينو الطلاق لا يقع، كأن نوى تخريب الخط أو التهديد أو قد يدخله التزوير، مثال: كأن ترسل الزوجة الأولى الطلاق للزوجة الثانية، فيُسأل الزوج عن نيته، لأنه إذا دخل الشك والاحتمال لبس ثوب الإجمال ولا يرفع الإجمال إلا بالنية، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^١ والمالكية^٢ والشافعية^٣ والحنابلة^٤، إلا أن الحنفية شرطوا شروطاً لصحة اعتبار الكتابة وهي: أن تكون الحروف مستبينة بأن تبقى بعد كتابتها، ويمكن قراءتها بأن تكتب على لوح أو ورق أو حائط وما شابه ذلك، ويكون الطلاق بالكتابة كناية إذا كانت الكتابة مستبينة وغير مرسومة، ومعنى غير مرسومة أي: غير معنونة، كما لو كتب فلانة طالق أو زوجتي طالق دون أن يوجه الكتابة إليها.

وعند المالكية قال الخرشي^٥: "إن الزوج إذا كتب إلى زوجته أو غيرها أنه طلقها وهو عازم على ذلك، فإن الطلاق يقع عليه بمجرد فراغه من الكتابة"^١

^١ انظر المبسوط للسرخسي: (١٤/٦).

^٢ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٨).

^٣ انظر المجموع شرح المذهب للنووي: (١٠٤/١٠).

^٤ انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٣٨٧/٥).

^٥ الخرشي (١٠١٠ - ١١٠١ هـ = ١٦٠١ - ١٦٩٠ م) محمد بن عبد الله الخراشي المالكي أبو عبد الله: أول من تولى مشيخة الأزهر. نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش (من البحيرة، بمصر) كان فقيهاً فاضلاً ورعاً. أقام وتوفي بالقاهرة/ سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر لمحمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو

وقال ابن قدامة في المغني: " وإن كتب طلاق امرأته ونوى طلاقها وقع، وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع".^٢

القول الثاني: يقع الطلاق من الحاضر والغائب ويكون صريحاً كاللفظ، ولا يشترط فيه نية الطلاق، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وذلك لأن الكتابة تقوم مقام النطق وتعبر عن المعنى المراد، وهي حجة ككتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق.^٣

واشترط الحنفية ليكون الطلاق صريحاً أن تكون الكتابة مرسومة ومستبينة.^٤

والراجح القول الأول وهو اشتراط النية لوقوع الطلاق كتابة لاحتمال التزوير والتهديد وغير ذلك، والاحتمال لا يرفع إلا بالنية.

ثانياً: أثر الكتابة في طلاق السنة:

١ . تعريف طلاق السنة: هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها طليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي مرة بعد مرة.

ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي طلقوهن مستقبلاً للعدة، وتكون مستقبلة للعدة إذا كانت في طهر لم يمسه فيها، لأنها إذا كانت حائضاً لا تكون مستقبلة للعدة، لأن الحيضة التي تكون فيها لا تحتسب من العدة فتطول عليها عدتها، وإن طلقت في طهر جامعها فيه لا تعلم هل تكون حاملاً أم لا.

٢ . حكم طلاق السنة كتابةً: إن أراد الزوج أن يطلق زوجته طلاق السنة، يكتب إليها: إن جاءك كتابي هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق، فيقع الطلاق بعد أن تحيض وتطهر، لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه، وزاد الإمام محمد وعلمت ما فيه لجواز ألا تقرأ الكتاب فيقع الطلاق وهي لا تشعر.

الفضل (المتوفى: ١٢٠٦هـ)، دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م: (٦٢/٤).

^١ شرح مختصر خليل للخرشي: (٤٩/٤).

^٢ المغني لابن قدامة: (٤٨٦/٧).

^٣ انظر المبسوط: (١٤٣/٦)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٨)، المجموع شرح المذهب للنووي: (١٠٤/١٠).

^٤ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣).

فإن كتب: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق يقع الطلاق عليها فور وصول الكتاب، فإن كان قد جامعها في ذلك الطهر يكون طلاقه خلاف السنة.

وإذا أراد أن يطلقها ثلاثاً كتب: إذا حضت وطهرت فأنت طالق ثلاثاً للسنة، وإن كانت لا تحيض يقول: إذا جاءك كتابي هذا ثم أهل شهر فأنت طالق أو أنت طالق ثلاثاً للسنة، لأنه إذا كانت ممن لا تحيض فله أن يطلقها متى شاء.^١

وعند المالكية^٢ إذا أراد أن يطلقها للسنة فكتب إذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهر فاعتدي بطلقة، فجاءها الكتاب وهي طاهر طلقت وإن كانت حائضاً فلا شيء عليه.

ثالثاً_ محو الكتابة وتمزيقها:

١. إن كتب الزوج طلاق زوجته ثم ندم ومحي الطلاق من كتابه وترك ما سوى ذلك، وبعث الكتاب إليها يقع الطلاق إذا وصل إليها لوجود الشرط، ومحوه للطلاق كرجوعه عن التعليق.

٢. ولو محى الحوائج وترك الطلاق ثم بعث به إليها لم تطلق، لأنه إذا محى الحوائج بطل الكتاب فلم يتحقق الشرط.^٣

٣. وإن كتب في أول الكتاب أما بعد: فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، ثم كتب الحوائج في آخره ثم محى الطلاق وبقي ما بعده لم تطلق، وإن محى ما بعده وترك الطلاق طلقت.

٤. ولو كتب الطلاق في وسط الكتاب وكتب قبله وبعده حوائج ثم محى الطلاق وبعث بالكتاب إليها وقع الطلاق سواء كان الذي قبل الطلاق أقل أو أكثر، فإن محى كل ما كان مكتوباً وأرسل إليها الكتاب فارغاً أبيضاً لم تطلق لأن الشرط لم يوجد فما وصل إليها ليس بكتاب.^٤

وعند المالكية والشافعية والحنابلة ورد ما يلي:

^١ المبسوط للسرخسي: (١٦/٦).

^٢ انظر مواهب الجليل للحطاب: (٣٨/٤).

^٣ المبسوط للسرخسي: (١٤٣/٦).

^٤ المبسوط للسرخسي: (١٤٤/٦).

٥. وإن وصلها الكتاب وقد انمحي جميع الكتاب حتى صار القرطاس أبيض أو انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم يقع الطلاق، لأن الكتاب هو المكتوب وإن بقي أثره بعد المحو وأمكن قراءته طلقت: وإن انمحي موضع الطلاق لم تطلق لأن المقصود لم يأتها.

٦. وكذلك إن احترق أو ضاع أو انطمس ما فيه بسبب عرقٍ أو غيره لأن الكتاب عبارة عما فيه من الكتابة.

٧. وإن انمحي جميعه إلا موضع الطلاق أو احترقت حواشيه أو انطمس منه شيء لا يخرج عنه كونه كتاباً يقع الطلاق لأن المقصود من الكتاب موضع الطلاق وقد أتاها، ومنهم من قال لا يقع لأن قوله كتابي هذا يقتضي جميعه ولم يوجد ذلك.

٨. وإن قال لها إن أتاك طلاق فأنك طالق، ثم كتب إليها إن أتاك كتابي فأنك طالق طلقت طلقتين لوجود الصفتين في محيي الكتاب، فإن قال أردت أنت طالق بذلك الطلاق الأول فالصحيح أنه يقبل قوله،^١ وقيل عند الحنابلة يقبل ديانةً ولا يقبل قضاءً.^٢

٩. ولو كتب إلى امرأته إذا جاءك كتابي هذا فأنك طالق ووصل الكتاب إلى أبيها فأخذه ومزق الكتاب ولم يدفعه إليها، فإن كان الأب متصرفاً في جميع أمورها فوصل الكتاب إلى أبيها في بلدها وقع الطلاق، وإن لم يكن كذلك لا يقع الطلاق ما لم يصل إليها، وإن أخبرها الأب بوصول الكتاب إليه، فإن دفع الأب الكتاب إليها وهو ممزق إن كان يمكن فهمه وقراءته وقع الطلاق عليها وإلا فلا.^٣

١٠. ولو كان للرجل زوجة تدعى زينب وله زوجة في بلدة أخرى تدعى عائشة فبلغ ذلك لزينب، فخاف منها فكتب إليها كل امرأة غيرك وغير عائشة فهي طالق ثم محاً اسم عائشة، ثم بعث الكتاب لا تطلق وتنفعه الكتابة بعد محوها، ويجب أن يشهد على كتابة ما محاه لئلا يظهر الحال، فيحكم عليه القاضي بطلاق عائشة.^٤

رابعاً_ أَمَرَ غَيْرُهُ بِالْكِتَابَةِ

^١ حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤١٩/٨)، مغني المحتاج للشربيني: (٤٦٤/٤)، روضة الطالبين للنووي:

(٤٤/٨)، المغني لابن قدامة: (٤٨٧/٧).

^٢ الانصاف للمرداوي: (٨٨/٩).

^٣ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٦/٣).

^٤ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣)، الفتاوى الهندية: (٣٩٥/٦).

١. لو كتب كتاباً في قرطاس، وكان فيه إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق، ثم نسخة في كتاب آخر أو أمر غيره أن يكتب نسخة ولم يمل هو، فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين في القضاء إذا أقر أنهما كتاباه أو قامت به بينة، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيقع عليها تطليقة واحدة بأييهما أتاها، ويبطل الآخر لأنهما نسخة واحدة.^١

٢. ولو استكتب رجل من رجل آخر إلى امرأته كتاباً بطلاقها وقراه على الزوج، فأخذه وطواه وختم وكتب في عنوانه وبعث به إلى امرأته، فأتاها الكتاب وأقر الزوج أنه كتابه فإن الطلاق يقع عليها.

٣. وكذلك لو قال لذلك الرجل ابعث بهذا الكتاب إليها أو قال له: اكتب نسخة وابعث بها إليها، وإن لم تقم عليه البينة ولم يُقر أنه كتابه لكنه وصف الأمر على وجهه، فإنه لا يلزمه الطلاق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك كل كتاب لم يكتبه بخطه ولم يمله بنفسه لا يقع به الطلاق إذا لم يُقر أنه كتابه.^٢

٤. لو كان الزوج ينسخ كتاباً ذكر فيه امرأتي طالق فكتبه وهو يتلفظ بذلك فلا يقع الطلاق ما لم يقصد زوجته.^٣ وعند الشافعية لو أمر غيره بالكتابة لا يقع الطلاق، فكل كتاب لم يخطه بيده لا يقع طلاقاً وإن نواه، كما لو أمر أجنبياً أن يقول لامرأته أنت بائن ونوى الزوج الطلاق فلا يقع، خلافاً للصيمري^٤ في قوله: إنه لا فرق بين أن يكتب بيده وبين أن يمل على غيره.^٥

٥. ولو كتب زوجتي بائن ونوى الطلاق فإنه لا يقع؛ لأن الكناية كناية فلا تصح بكناية، إذ لا يكون للكناية كناية.^٦

٦. ولو قال للآخر اكتب إلى امرأتي كتاباً إن خرجت من منزلك فأنت طالق فكتب، فخرجت المرأة بعدما كتب قبل قراءته عليه ثم قرأ عليه وبعث به إلى المرأة لم تطلق بالخروج الأول، وكذا لو كتب الكتاب على هذا، فلما قرأه على الزوج قال للكاتب قد شرطت إن خرجت إلى شهر أو بعد شهر كان إلحاق هذا الشرط جائزاً.

^١ الفتاوى الهندية: (٣٧٩/١).

^٢ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣-٢٤٦)، الفتاوى الهندية: (٣٧٩/١).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٢٥٠/٣).

^٤ الصيمري (؟ - ٣٨٦هـ)، هو عبد الواحد بن الحسين بن محمد أبو القاسم الصيمري الشافعي، فقيه وأصولي وقاض، ارتحل إليه الناس من البلاد، وكان حافظاً للمذهب حسن التصانيف، هو ممن تفقه عليه القاضي الماوردي، من تصانيفه: الإيضاح في فروع الفقه الشافعي، وأدب المفتي والمستفتي/طبقات الشافعية للسبكي: (٣٣٩/٣).

^٥ مغني المحتاج للشربيني: (٤٦٤/٤).

^٦ مغني المحتاج للشربيني: (٤٦٤/٤).

خامساً: الطلاق كتابة في القانون:

ساوى القانون بين اللفظ والكتابة في الطلاق ولم يشترط كونها مستبينة ومعنونة، فنصت المادة /٨٧/ الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: " يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة".

ولم يشترط القانون النية في هذه المادة، ولو كانت كتابة الطلاق كناية تحتاج إلى نية لذكر ذلك، مما يدل على أن القانون اختار قول الحنفية والمالكية والشافعية وراوية الحنابلة في اعتبار الكتابة صريحة وليست كناية.

وهو ما أكدته اجتهاد محكمة النقض فنص على صحة الطلاق كتابة عبر الرسائل فقال: " ما يحتاج إلى نية هو ما إذا أراد المرسل تأكيد الرسالة الأولى بالرسالة الثانية، وهذا غير متحصل في هذه القضية للقول بأن الرسالتين هي طلاق واحد؛ إذ أن الرسالة الأولى جاءت بلفظ الطلاق كتابة إكراماً لأخلاق جماعة وإكراماً لأن ترجع الزوجة لتسند خاصة أمها أما الثانية فجاءت إكراماً لبيت الخال ولرجوع الأم .. " ٢.

^١ الفتاوى الهندية: (٣٧٩/١).

^٢ أساس ٦١٩ قرار ٥٩٦ تاريخ ٢٠١٧/٦/١٩ سجلات محكمة النقض.

المطلب الثاني: أثر الكتابة في الطلاق المعلق

شرع الله تعالى الطلاق وجعله بيد الزوج واجتهد الفقهاء الأوائل بتحديد صيغ الطلاق ووضعوا شروطاً وأحكاماً لكل حالة، وبينوا حكم الطلاق بالكتابة التي قيس عليها حكم الطلاق بالوسائل الحديثة كتابةً، كما في الطلاق المعلق.

أولاً: معنى التعليق في اللغة والاصطلاح:

١ . التعليق لغةً: عَلَّقَ الشيء بالشيء ومنه وعليه تَعْلِيْقًا: ناطه، وتعلَّقَ الشيء لزمه. ^١

٢ . التعليق في الاصطلاح: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وتكون الجملة الأولى جملة جزاء والثانية جملة الشرط، ومنه تعليق الطلاق، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. ^٢

ثانياً: أثر الكتابة على الطلاق المعلق:

ذهب الأئمة الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا كتب إلى امرأته فلانة طالق ونوى الطلاق دون أن يعلِّقه على وصوله، وقع عليها الطلاق بمجرد فراغه من الكتابة سواء وصلها أو لم يصلها وتبدأ عدتها من حين كتابته، وينزل كتابه للطلاق منزلة مواجعتها به. ^٣

أما إن علَّق طلاقها على مجيء الكتاب بأن كتب إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، فما لم يصل إليها الكتاب لا يقع الطلاق، فإن وصلها وقع الطلاق. ^٤

وعند المالكية إن كتب الرجل لزوجته بطلاقها وهو غير عازم على الطلاق حين كتبه، فإنه يقع الطلاق إن وصل إليها الكتاب سواء كتبت أنت طالق أو كتب إن وصلك كتابي فأنت طالق لأن المكاتبة لا تكون إلا بين اثنين، فإن لم تكن له نية وقت الكتابة فهو محمول على عدم العزم عند اللخمي وعلى العزم عند ابن رشد. ^٥

^١ تاج العروس للمرئضى الزبيدي، مادة (علق): (١٩٨/٢٦).

^٢ القاموس الفقهي سعدي أبو جيب: (٢٦٠).

^٣ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣)، شرح مختصر خليل للخرشي: (٤٩/٤)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢).

^٤ رد المحتار لابن عابدين: (٢٤٧/٣)، المجموع للنووي: (١١٩/١٧)، المغني لابن قدامة: (٤٨٧/٧).

^٥ أبو الوليد محمد بن أحمد بن العلامة المفتي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي المالكي، لقب بابن رشد الحفيد، ولد قبل موت جده بشهر سنة ٥٢٠ هـ فيلسوف عصره، تفقه وبرع، وسمع الحديث وأتقن الطب وأقبل على الكلام والفلسفة، من تصانيفه الكليات في الطب، بداية المجتهد في الفقه، وغيرها، وتوفي في صفر

ـ الشهادة على الكتاب:

وإن ادّعت وصول كتابه بالطلاق فأنكر صدق بيمينه، فإن أقامت بيّنة بأنه خطه لم تسمع إلا برؤية الشاهد بكتابه وحفظه عنده لوقت الشهادة.^٢

ولا تصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة، وبهذا قال بعض أصحاب أحمد، والأظهر عندهم أن هذا ليس بشرط، فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك، ولا يكفي أن يشهد شاهدان بالخيرة أن هذا خطه، لأن الخط يتشابه ويحتمل التزوير.^٣

ـ مسائل متفرقة:

١. وإن كتب إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق فكتب بعد ذلك حوائج، فجاءها الكتاب فقرأت الكتاب أو لم تقرأ يقع الطلاق.^٤

٢. وإن كتب إذا وصلك كتابي هذا سليماً فأنت طالق ونواه، فإن وصلها سليماً طلقت لوجود الصفة، وإن ضاع الكتاب ولم يصلها لم يقع الطلاق، لأن الصفة لم توجد، وإن أتاها الكتاب وقد احترقت الحواشي وقع عليها الطلاق لأن الحرق لم يتناول الكتابة.^٥

٣. ولو كتب إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق فبلغها كله الأصح الوقوع عند الشافعية^٦، ولو قال الزوج إذا قرأت كتابي فأنت طالق، فلا تطلق ما لم تقرأ بنفسها إن كانت تحسن القراءة أو يُقرأ عليها إن كانت أمية، فإذا قرئ عليها وهي تحسن القراءة لم تطلق في الأصح عند الشافعية لأن حقيقة الوصف لم توجد.^٧

بمراكش سنة ٥٩٥ هـ/ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩ هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة: (٢٥٧/٢).

^١ حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٨٤/٢)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوّتي: (٥٦٨/٢-٥٧٠).

^٢ مغني المحتاج للشربيني: (٤٦٤/٤)، المغني لابن قدامة: (٤٨٧/٧).

^٣ المجموع للنووي: (٢٢٠/١٧)، روضة الطالبين للنووي: (٤٤/٨).

^٤ روضة الطالبين للنووي: (٤٤/٨).

^٥ المرجع السابق: (٤٤/٨).

^٦ مغني المحتاج للشربيني: (٤٦٤/٤).

^٧ المجموع للنووي: (١٢٠/١٧)، روضة الطالبين للنووي: (٤٤/٨)، الإنصاف للمرداوي: (٨٨/٩).

٤. لو كتب الزوج لزوجته إن كلمتك فأنت طالق، ثم قال: لها قومي أو اذهبي، فلا يقع الطلاق، لأن كلامه هذا متصل بما كتبه وتابع له، والمقصود بما كتبه هو الكلام المستأنف بعد تمام الكلام الأول.^١
٥. أما إن قال الزوج قصدت بقولي اذهبي كلاماً جديداً فيصدق، وإن قال: قصدت بقولي اذهبي، فإن الطلاق فيقع عليها طلقتين، طلقة بقوله: اذهبي مع نية الطلاق، وطلقة بما كتبه، لأنه لما نوى الطلاق فقد صار كلاماً مبتدأً، ولا يقع الطلاق إن خاطبها كتابةً أو إشارة لأن ذلك ليس بكلام.^٢

ثالثاً: أثر المشيئة في الطلاق

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله تعالى وصورتها، أن يقول لزوجته: أنت طالق إن شاء الله تعالى:

فذهب الحنفية^٣ إلى عدم وقوع الطلاق المعلق على المشيئة؛ لأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة.

*وكذا لو كتب إليها أما بعد: فأنت طالق ثلاثاً إن شاء الله تبارك وتعالى موصولاً بكتابتها، لا تطلق للشك بمشيئة الله لعدم الاطلاع عليها، وإن كان مفصلاً تطلق.

*وإن كتب الزوج لزوجته أنت طالق إن شاء الله، فاستثنى لفظاً أو كتابةً أو طلقها لفظاً واستثنى كتابةً، فلا استثناء صحيح ولا يقع الطلاق.^٤

وورد المذهب المالكي^٥ والحنبلي^٦ قول الزوج: أنت طالق إن شاء الله، يقع الطلاق، لأنه لا يمكن الاطلاع على مشيئة الله تعالى فيبقى اليمين مشكوكاً في لزومها وعدم اللزوم، وعدم وقوع الطلاق هو بقاء على فرج مشكوك

^١ المجموع للنووي: (١٢٠/١٧)، روضة الطالبين للنووي: (٤٤/٨)، الإنصاف للمرداوي: (٨٨/٩)، الفتاوى الهندية: (٩٧/٢).

^٢ المجموع للنووي: (١٢٠/١٧)، روضة الطالبين للنووي: (٤٤/٨)، الإنصاف للمرداوي: (٨٨/٩)، الفتاوى الهندية: (٩٧/٢).

^٣ انظر المبسوط للسرخسي: (١٦٦/٣٠).

^٤ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٣٦٨/٣).

^٥ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٣٩٢/٢).

^٦ انظر كشف القناع للبهوتي: (٣١١/٥).

فيه، ولم يذكر المالكية والحنابلة حكم الطلاق المعلق على المشيئة كتابة لكن باعتبار أن الكتابة بديل اللفظ والطلاق كتابة يقع عندهم، فيجب ألا يختلف الحكم في كلا الحالتين.

وذهب الشافعية^١ إلى عدم وقوع الطلاق إن قصد التعليق، أما إن قصد التبرك، أو سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده عليها ولم يقصد أن يعلق على مشيئة الله تعالى، أو لم تكن له نية، يقع الطلاق، ولم يرد عندهم الطلاق المعلق على المشيئة كتابة فيقاس على اللفظ، فإن قصد التعليق لا تطلق وإن قصد التبرك أو سبقت يده بالكتابة يقع الطلاق.^٢

رابعاً: أثر الاستمداد في الكتابة:

إن كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد بأن احتاج إلى الخبر ليكمل الكتابة أو كانت له عادة في الاستمداد، فكتب بعد ذلك إذا أتاك كتابي هذا أو علّقه بشرط أو استثنى، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط، لا يقع طلاقه حتى يأتيها الكتاب، وإن لم يكن بحاجة إلى الاستمداد أو لم تكن له عادة تطلق في الحال، كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً.^٣

وذكر الحنابلة أنه لو ادعى أنه كتب الطلاق وهو يريد تعليقه على شرط فلا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين.^٤

- اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- يقع الطلاق كتابة بشرط النية.

^١ انظر روضة الطالبين للنووي: (٩٦/٨).

^٢ انظر ماسكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فَرْق الزواج وآثارها (دراسة فقهية قانونية مقارنة): بحث لنيل درجة الماجستير، إعداد: خادم السروجي، جامعة دمشق، ١٤٣٩هـ/٢٠١٨م: (٨١).

^٣ روضة الطالبين للنووي: (٤٥/٨).

^٤ المغني لابن قدامة: (٤٨٧/٧)، كشف القناع للبهوتي: (٣٠١/٥).

المطلب الثالث: أثر الكتابة في طلاق المكره والهازل

شرع الله تعالى الطلاق وشرط لذلك شروطاً يجب توافرها، من أهمها أن يكون صادراً من زوج مكلف مختار، ولكن قد يقع الطلاق أحياناً في ظروف استثنائية دقيقة من غير إرادة من المطلق، ومن أبرز هذه الظروف: طلاق المكره وطلاق الهازل، وقد يقع لفظاً وقد يكون كتابةً، وفيما يلي بيان أثره في حال وقوعه كتابة:

أولاً: طلاق المكره كتابةً عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في حكم طلاق المكره على قولين:

القول الأول: يقع طلاق المكره لأن الإكراه يفسد الرضا ولا يفسد الاختيار، فالمكره اختار أقل الضررين وهو قول الحنفية^١ وهذا في حال تلفظه بالطلاق مكرهاً، أما كتابته الطلاق مكرهاً فقد نص الحنفية على عدم وقوع الطلاق، فإن أكره الزوج بالضرب والحبس على أن يكتب طلاق امرأته فلانة بنت فلان بن فلان، فكتب امرأته فلانة بنت فلان بن فلان طالق فكتب لا تطلق، لأن الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا.^٢

القول الثاني: مذهب جمهور الفقهاء من المالكية^٣ والشافعية^٤ والحنابلة^٥ لا يقع طلاق المكره لأن الإكراه يفسد الرضا والاختيار.

ولم يرد عن الجمهور حكم الطلاق كتابة بالإكراه بشكل صريح إلا أنه باعتبار أن الاختيار والقصد من شروط صحة الكتابة، وصحة الطلاق باللفظ والكتابة تنوب عنه، فهذا يؤكد عدم صحة الطلاق في حالة الإكراه كتابة عند الجمهور والقانون السوري إذ أن المادة (٨٩) لم تخصص الطلاق باللفظ وجاء في مادة أخرى " يقع الطلاق

^١ انظر العناية شرح الهداية للبابرتي: (٤٨٨/٣ - ٤٨٩).

^٢ انظر حاشية ابن عابدين: (٢٣٦/٣).

^٣ انظر الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م: (٥٧١/٢).

^٤ انظر الإقناع في حل ألفاظ لأبي شجاع شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت: (٤٣٧/٢).

^٥ انظر الهداية على مذهب الإمام أحمد لمحمود بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م: (٤١٩).

باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة " صحة وقوع الطلاق كتابة فهذا يدل بمفهومه على عدم صحة الطلاق في الإكراه كتابة.

__ طلاق المكره كتابة في القانون

لا يقع طلاق المكره في قانون الأحوال الشخصية السوري كما ورد في الفقرة الأولى من المادة /٨٩/: " ١ _ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره " وهو مذهب المالكية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ بناءً على أن الإكراه يفسد الرضا والاختيار، خلافاً للمذهب الحنفي القائل بوقوع طلاق المكره؛ وذلك لأنه من التصرفات القولية التي لا تحمل الفسخ ولا تتوقف على الرضا والاختيار، فالمكره على الطلاق اختار أهون الشرين، وهذا آية القصد والاختيار، وبما أن الكتابة بديل عن اللفظ فمن باب أولى لا يقع طلاق المكره كتابة لأن الكتابة كناية والكناية تحتاج إلى نية والمكره لا نية له للطلاق.

ثانياً: طلاق الهازل

١. تعريف الهزل: بفتح فسكون مصدر هَزَلَ يهزل، ضد الجد وهو المزح أي التكلم بالكلام الذي لا يراد به معناه.^٤

٢. حكم طلاق الهازل لفظاً وكتابةً عند الفقهاء:

اتفق الأئمة الأربعة^٥ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على وقوع طلاق الهازل، لقوله ﷺ: ((ثلاثة جدهن جد وهزلن جد النكاح والطلاق والرجعة))^٦، ٦ _ خلاف المشهور عند المالكية^٧ هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما

^١ انظر الكافي في فقه أهل المدينة للقرطبي: (٥٧١/٢).

^٢ انظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشرييني: (٤٣٧/٢).

^٣ انظر الهداية على مذهب الإمام أحمد للكلوذاني: (٤١٩).

^٤ معجم لغة الفقهاء قنبيي وقلعجي: (٤٩٤).

^٥ انظر فتح القدير لابن الهمام: (١٩٩/٣)، مواهب الجليل للحطاب: (٤٢٣/٣)، مغني المحتاج الشرييني:

(٤٦٩/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٤٠/٥).

^٦ سنن الترمذي: باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ح [١١٨٤]، (٤٨١/٢).

^٧ انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب: (٤٢٣/٣).

كان على وجه الجذب ولأن اللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية، ونقل ابن المنذر^١ الإجماع على ذلك فقال: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء "^٢.

أما طلاق الهازل كتابة فلم ينص عليه الفقهاء، لكن بناء على ما قرره الفقهاء من أن الكتابة صريحة أو كناية، فيمكن القول بأن للفقهاء في طلاق الهازل كتابة قولين:

القول الأول: الطلاق كتابة صريح ولا يحتاج إلى نية إذا كانت الكتابة مستبينة ومرسومة، وهو قول الحنفية في رواية والمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد، وعلى هذا القول فإن الطلاق كتابة بقصد الهزل يقع فيه الطلاق، ولا عبرة لقوله كنت هازلاً.^٣

القول الثاني: الطلاق كتابة كناية ويحتاج إلى نية، فقد يكتب ويقصد غم أهله أو تخويفهم، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة، ومثل التخويف والغم الهزل فبناء على هذا القول فإن طلاق الهازل كتابة لا يقع إن لم تكن له نية الطلاق.^٤

الترجيح: وأرى أن القول الثاني هو الراجح في عدم وقوع طلاق الهازل كتابة، لأنه يحتاج إلى قصد بناءً على أن الطلاق كتابة كناية ويحتاج إلى نية.

طلاق المكره في قانون الأحوال الشخصية:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على عدم وقوع طلاق المكره بناءً على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية: لا يقع طلاق المكره والهازل كتابةً.

^١ ابن المنذر (٢٤٢ - ٣١٩ هـ = ٨٥٦ - ٩٣١ م) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر، نيسابوري من كبار الفقهاء المجتهدين، لم يكن يقلد أحداً، وعده الشيرازي في الشافعية، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء، من تصانيفه: المبسوط في الفقه؛ والأوسط في السنن، والإجماع والاختلاف، والإشراف على مذاهب أهل العلم واختلاف العلماء / طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: (١٠٢/٣).

^٢ الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: (٢٧٥/٨).

^٣ انظر المبسوط للسرخسي: (١٤٣/٦)، الشرح الكبير للدردير: (٣٨٤/٨)، البيان للعمراني: (١٠٥/١٠)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٣٨٧/٥).

^٤ انظر المبسوط للسرخسي: (١٤٣/٦)، الشرح الكبير للدردير: (٣٨٤/٨)، البيان للعمراني: (١٠٤/١٠)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٣٨٧/٥).

المطلب الرابع: أثر الكتابة في الطلاق عبر الوسائل الإلكترونية:

إيقاع الطلاق عن طريق الوسائل الإلكترونية يكون بإرسال رسالة عن طريق الهاتف المحمول أو عن طريق النت أو عن طريق الفاكس تتضمن الطلاق الصريح أو الكنائي.

أولاً: تعريف الطلاق الإلكتروني:

الطلاق الإلكتروني كتابةً: هو حل رابطة الزواج بلفظ صريح أو كناية عبر وسائل الاتصال الحديثة المقروءة.^١ كأن يرسل الزوج لزوجته كلمة الطلاق عن طريق الهاتف المحمول أو البريد الإلكتروني، أو إحدى تطبيقات التواصل الاجتماعي عبر المحادثة الفورية النصية مثل: الماسنجر (Messenger) والواتساب (WhatsApp) وغيرها من البرامج.

ثانياً: حكم الطلاق الإلكتروني كتابةً

للطلاق الإلكتروني كتابةً حكم الطلاق بالكتابة الورقية وإرسال رسولٍ يحمل ما كتبه الزوج للزوجة -على نحو ما تم تفصيله- سواء كانت محادثة مباشرة بين الزوجين أو رسالة.^٢ فإن كتب أنت طالق يقع الطلاق بمجرد الكتابة، وإن علق الطلاق على وصول الرسالة لا يقع إن لم تصل الرسالة إلى الزوجة بسبب فشل الإرسال أو عطل في الشبكة أو الهاتف. فإن أنكر الزوج الرسالة، لا يقع الطلاق لاحتمال التزوير والتلاعب في مثل هذه الوسائل، وعلى الزوجة إثبات صحة الرسالة، فإن أقامت البينة على الزوج فرق بينهما قضاءً، لأنّ الثابت بالبينة عليه كالثابت بإقراره.^٣

ثالثاً: كتابة الطلاق بالإنكليزي المعرب:

هي أبجدية غير محدّدة القواعد، مستحدثة غير رسمية، ظهرت منذ بضعة سنوات، تستخدم للتواصل عبر الدردشة على الانترنت أو رسائل الهاتف المحمول باللغة العربية أو بلهجاتها، وتنطق هذه اللغة مثل العربية إلا أن الحروف

^١ الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي بحث معد لكلية الشريعة والأنظمة جامعة الطائف أ. د علي أبو البصل: (١٠).

^٢ انظر مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق أسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م: (١٢٢).

^٣ انظر المبسوط للسرخسي: (١٤٤/٦).

المستخدمة في الكتابة هي حروف انكليزية وأرقام بطريقة تشبه الشيفرة، حيث يتم استبدال بعض الأحرف في اللغة العربية والتي لا يوجد لها مقابل في اللغة الانكليزية بأرقام تشابه لحد ما الحروف العربية، مثل:

2 = همزة ككلمة سؤال تكتب: so2al

3 = ع ، ويمكن كتابة حرف غ بالشكل التالي: 3

4 = ش ، والبعض يستخدمها مقابل الحرف ذ

5 = خ

6 = ط

7 = ح

8 = ق

9 = ص

والسبب الرئيسي لانتشارها ظهور خدمة الهاتف المحمول، وذلك لأنّ خدمة الرسائل القصيرة أتاحت للغة الانكليزية حروفاً أكثر في الرسالة الواحدة عنها في نظيرتها العربية، مما دفع بعض الذين لا يتقنون الانكليزية إلى استخدامها لكن بصيغة عربية، فسرعان ما انتشرت بين المستخدمين لتوفير أكبر كم من الحروف، بالإضافة إلى أنّ كثيراً من الأجهزة لا تدعم اللغة العربية.^١

فلو أن الزوج كتب لزوجته أنت طالق بهذه اللغة مثل:

(anti 6ale8/ talek أو 2laee al6ala8) فهل يعد طلاقاً؟

ورد في المذهب الحنفي أن التصحيف في لفظ الطلاق لا يؤثر على وقوعه، وصور التصحيف في الطلاق خمسة: تلاق، تلاغ، طلاغ، طلاك، وتلاك.

^١ ويكيبيديا الموسوعة الحرة الانكليزي (المعرب نوفمبر ٢٠١٠) ar.m.wikipedia.org ، ماسكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فَرَق الزواج وآثارها (دراسة فقهية قانونية مقارنة): بحث لنيل درجة الماجستير، إعداد: لبابة خادم السروجي، جامعة دمشق، ١٤٣٩هـ/٢٠١٨م: (١٦٨).

وتلك الأخيرة تتفق في اللفظ والأحرف مع الكتابة بالأحرف الانكليزية، (تلاك = talak) فإن قال الزوج لزوجته: أنت تالك، وادعى أنه تعمد ذلك اللفظ تخويفاً لم يصدق إلا إذا أشهد الشهود قبل ذلك بأنه يريد تخويف زوجته، وأنه سيتلفظ به مصحفاً.^١

ويمكن تخريج الكتابة بالحروف الأجنبية على حكم تصحيف لفظ الطلاق، سواء توفرت بجهازه الحروف العربية أم لم توجد، فيقع الطلاق بكتابه بحروف غير عربية طالما أنّ اللفظ واحد، ولا يصدق قضاءً إن ادعى التخويف، لانتشار هذه الطريقة في الكتابة بين الناس وتعارفهم عليها، ولتحقق الغرض من الكتابة وهو توصيل المعنى المراد، وإذا كان اللفظ والمعنى واحداً فلا عبرة بالحروف التي يكتب بها، خاصة أنّ قراءة تلك الكلمة تكون بنطق الحروف العربية، ولا يقع خلاف بين عامة الناس في فهمها ومعرفة معناها بعد أن تعارف الناس عليها وكثر استخدامها.^٢

رابعاً: ما ذهب إليه القانون

أجاز القاضي الشرعي الأول السابق محمود المعزوي صحة الطلاق الواقع عبر برنامج المحادثات WhatsApp من الناحية الشرعية إلا أن المشكلة تكمن في تثبيته في المحكمة والتي لا تتم إلا بالشهود أو بوسيلة إثبات.^٣

ما جاء في اجتهاد محكمة النقض الشرعية: "يقاع الطلاق الصريح من الطاعن كان عبر رسالة الجوال والتي كانت باتفاق الزوجين، وحيث أنّ الرسالة المرسلة من الطاعن إلى المطعون ضدها تضمنت لفظاً صريحاً بالطلاق فيقع الطلاق دون الحاجة لإثبات النية عملاً بقول النبي ﷺ: «ثَلَاثُ جِدْهَنْ جِدٌّ وَهَزْهَنْ جِدٌّ: النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»...^٤"^٥

وجاء في اجتهاد آخر ما يؤكد صحة وقوع الطلاق الإلكتروني إن تم التأكد من هوية المرسل بوسائل الإثبات "القرار المطعون فيه: تثبت الطلقة الواقعة من الطاعن بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١٥ على برنامج اللاتين واعتبرها طلقة

^١ انظر البحر الرائق لابن نجيم: (٢٧١/٣).

^٢ ما سكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فرق الزواج وآثاره بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في جامعة دمشق، إعداد لبابة خادم السروجي: (١٦٩-١٦٨).

^٣ صحيفة الوطن المحلية، سورية يومية، العدد ٢٤٢١ الأحد ٢٠١٦/٦/١٩ بقلم محمد منار حميجو.

^٤ سنن الترمذي: باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ح (١١٨٤)، (٤٨١/٢)، صحح الحاكم إسناده، وقال الترمذي: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم، والصحابة، نصب الراية للزيلعي: (٢٢٣/٣).

أخرجه الترمذي في سننه كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق من رواية أبي هريرة [١١٨٤] وقال أبو عيسى حديث حسن غريب: (٤٨١/٢).

^٥ أساس ٧٥٥ قرار ٧٧٦ تاريخ ١٢/١٢/٢٠١٥ م سجلات محكمة النقض.

رجعية أولى، وتثبت الطلقة الواقعة من الطاعن بتاريخ ٢٩/٩/٢٠١٥ على برنامج اللان واعتبرها طلقة ثانية رجعية ... (يقول المستشار زياد الحمود): بالتدقيق، وبالنسبة لتثبيت الطلاق، ولما كانت المحكمة قد تحققت من وقوع ثلاث طلقات متفرقات: الأولى رسالة نصية موجهة للزوجة، والثانية كذلك وفيها لفظ الطلاق الصريح (أنت طالق)، وبفارق زمني، وكانت الكتابة المستبينة الموجهة للزوجة بالطلاق هو طلاق ثابت بما كما نص عليه القانون، والطلاق بهذه الصورة لا يحتاج إلى نية لأنه ليس كنائي، وما يحتاج إلى نية هو ما إذا أراد المرسل تأكيد الرسالة الأولى بالرسالة الثانية، وهذا أيضاً غير متحصل في هذه القضية ... وقد ثبت إرسال الرسالتين باليمين الحاسمة التي وجهتها الزوجة وردّ الزوج عليها هذه اليمين ..^١

وفي اجتهاد آخر يبين أن للكتابة الإلكترونية حكم الطلاق اللفظي، يقول الاجتهاد: " ما يحتاج إلى نية هو ما إذا أراد المرسل تأكيد الرسالة الأولى بالرسالة الثانية، وهذا غير متحصل في هذه القضية للقول بأن الرسالتين هي طلاق واحد؛ إذ أن الرسالة الأولى جاءت بلفظ الطلاق كتابة إكراماً لأخلاق جماعة وإكراماً لأن ترجع الزوجة لتسند خاصرة أمها أما الثانية فجاءت إكراماً لبيت الخال ولرجوع الأم ... إذ أن نحن أمام طلاقين منفصلين ".^٢

يقول القاضي سعدي أبو جيب: " يوم تحرير هذا الجواب (٦/٩/٢٠٠٦) وردني هاتف من الولايات المتحدة الأمريكية تحدث فيه أحد الشباب، بأنه أرسل رسالة عبر الهاتف الجوال الخاص به إلى الهاتف الجوال الخاص بزوجه يقول فيها لزوجه: أنت طالق، فهل وقع الطلاق؟ فأجبت بـ أن الطلاق واقع مادام الزوج هو صاحب الهاتف الجوال، وهو الذي ضغط الأزرار الحاملة لحروف الرسالة، وقد وجهها إلى زوجته عبر هاتفها الخاص، فكأنه كتب رسالة بذلك بعبارة صحيحة، وبكتابة مرسومة مستبينة.. سواء أوصلت تلك الرسالة إلى هاتف الزوجة، أم لم تصل، لأنّ عبارته لم تكن معلقة على وصول الرسالة إلى الزوجة .. ولذلك يكفي أن تظهر على هاتف الزوج، ومعلوم أن الرسالة الهاتفية تبقى محفوظة فيه المدة المحددة بالجهاز، وفق البرمجة المعينة فإذا انتهت هذه المدة محيت الرسالة .."^٣

وهذا إن لم ينكر الزوج الطلاق، أما إن أنكره فلا تصلح الرسالة وحدها أن تكون وسيلة إثبات لاحتمال التزوير والتلاعب، ونص فقهاء الحنفية^٤ على حكم إنكار الزوج الطلاق بالكتابة، فإن جحد الزوج الكتاب وأقامت الزوجة عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء، لأنّ الثابت بالبينة عليه كالثابت بإقراره.

^١ أساس ٦١٩ قرار ٥٩٦ تاريخ ٢٠١٧/٦/١٩ سجلات محكمة النقض.

^٢ أساس ٦١٩ قرار ٥٩٦ تاريخ ٢٠١٧/٦/١٩ سجلات محكمة النقض.

^٣ انظر التذكرة في القضاء للقاضي سعدي أبو جيب: (٢٦/٢).

^٤ المبسوط للسرخسي: (١٤٤/٦).

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- جميع صور الكتابة وأشكالها الحديثة لها حكم الكتابة الورقية.
- للكتابة عدة صور منها الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، وظهر لها الكثير من الأشكال كالفاكس والتلکس والبريد الإلكتروني وبرامج التواصل كالتواتساب والماسنجر والإيمو والتيلغرام وغيرها، والكتابة بلغة الإنكليزي المعرّب ولغة الشات.

المطلب الخامس: أثر الكتابة في الخلع

يبغض الله الخلع لذاته كما يبغض الطلاق لذاته، إضافة إلى أن العقول السليمة والأذواق تنفر منه، وأجازه الشارع الحكيم منعاً للضرر عند عدم إقامة حدود الله وَيَكِلُ.

أولاً- تعريف الخلع في اللغة والاصطلاح:

١. الخلع في اللغة: من خَلَعَ الشيء يَخْلَعُهُ خُلْعاً واختَلَعَهُ: نزعه، وخلع امرأته خُلْعاً بالضم وخِلْعاً فاختَلَعَتْ وخَالَعَتْهُ: أزالها عن نفسه وطلقها على بَدَلٍ منها له.

٢. الخلع في الاصطلاح:

بذل المرأة العوض على طلاقها.^١

وقيل: طلاق الرجل زوجته على مال تبذله له.^٢

ثانياً- أثر الكتابة في الخلع:

اتجه الفقهاء في أثر الكتابة في صحة الخلع إلى اتجاهين بناء على تكييف عقد المخالعة:

الاتجاه الأول: المذهب الحنفي^٣: اختلف فقهاء المذهب الحنفي في تكييف الخلع فذهب الإمام أبي حنيفة إلى أن الخلع يمين من جهة الزوج وعقد معاوضة من جهة الزوجة، بينما ذهب صاحبان إلى أن الخلع يمين من الزوجين معاً.

وقد نص الحنفية على عدم صحة إجراء العقود التي تتوقف على رضا الطرفين عن طريق الكتابة، لأن الكتابة شرعت لحاجة ولا حاجة هنا، وتصح في يمين الطلاق وهي بديل للفظ الصريح إن تحققت شروطها.^٤

وعلى ذلك فإن الخلع كتابة يصح عند صاحبين لأنه يمين كيمين الطلاق، فإذا صح الطلاق كتابة فكذلك الخلع ويصح من جهة الزوج فقط عند الإمام أبي حنيفة، لأنه يمين بالنسبة له ولا يصح من جهة الزوجة لأنه عقد بالنسبة لها.

^١ القاموس الفقهي أبو جيب: (١٢٠).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنبي وقلعجي: (١٩٩).

^٣ انظر البحر الرائق لابن نجيم: (٤/٧٨).

^٤ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٠٠/٣)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي: (٣٣٩/١).

الاتجاه الثاني: مذهب المالكية والشافعية والحنابلة^١ الخلع عقد معاوضة من الجانبين ويجوز إجراء العقود بالكتابة، وبناء عليه فإن الخلع يجوز أن يتم عن طريق الكتابة، وتفصيل ذلك:

المذهب المالكي^٢: يجوز عند المالكية إجراء عقود المعاوضات بكل ما يدل على الرضا سواء باللفظ أو الكتابة أو المعاطاة، ومنها عقد الخلع فقد نصوا على جوازه بالمعاطاة إن جرى به العرف، فإذا جازت المعاطاة في الخلع فالكتابة جائزة بالقياس الأولى، لأنها تعبر عن الإرادة بحروف مستبينة.

وعند الشافعية^٣ وجهان في حكم إجراء العقود كتابةً:

الوجه الأول أن اللفظ يقوم مقام الكتابة، فالطلاق كتابة يقع صحيحاً مع النية لأن الكتابة كناية وليست صريحة فقد تحتمل تحريب الخط أو التهديد ومنها عقد الخلع.

والوجه الآخر عند الشافعية وقول عند الحنابلة أن العقود لا تقبل الكناية فلا يصح إجراؤها كتابة، واستثنوا من العقود عقد الخلع فإنه يصح مع الكناية لقبوله الغرر، وكل ما يقبل الكناية يصح كتابة وما لا يقبل الكناية لا يصح أن يتم عن طريق الكتابة، فإذا كان الخلع يحتمل الكناية فيصح إجراؤه عن طريق الكتابة^٤

وعند الحنابلة في المعتمد الكتابة صريحة يصح إجراء العقود فيها، ولا تحتاج إلى نية ومنها عقد الخلع كتابة^٥.

ثالثاً: أثر الكتابة في الخلع في القانون:

ذهبت محكمة النقض الشرعية إلى جواز إجراء عقد المخالعة عن طريق الكتابة، فنصت على أنه: "إذا اتفق الزوجان على التفريق بموجب صك عادي وقد تضمن هذا الصك المخالعة الرضائية على بدل متفق عليه اعتبر هذا الصك وثيقة صالحة للحكم بالتفريق"^٦

^١ انظر حاشية الدسوقي: (٣٤٧/٢)، مغني المحتاج للشربيني: (٤٤١/٤)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي: (٦١/٣).

^٢ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (١٤/٣)، التاج والاكلیل للمواق: (٢٩٧/٥)، الشرح الكبير للدردير: (٣٥٨/٢).

^٣ انظر روضة الطالبين للنووي: (٤٠/٨ - ٤١).

^٤ انظر روضة الطالبين للنووي: (٤٠/٨ - ٤١)، انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: (٤٧٢-٤٧٣/٨).

^٥ انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي: (٤٧٢-٤٧٣/٨).

^٦ أساس ٤٤٨ قرار ٥٦٠ عام ١٩٩٤ مجموعة أحكام النقض لعبد القادر الآلوسي: (٧٩٢).

وجاء في التذكرة^١ أنه: "تصادق الزوجان على وقوع المخالعة بتاريخ (١٠/١/١٩٩٨) وفي جلسة التصديق في (١٦/٥/٢٠٠٠) صرحا بأنهما عادا إلى حياتهما الزوجية بعد إجراء العقد مباشرة، ودون عقد زواج جديد لجهلهما بأن الطلاق والمخالعة قد وقعا وأنجبا طفلاً، وعلا ذلك بأنهما لم يتبادلا ألفاظ المخالعة وفق شروط العقد، فهل صح ما تمسكا به؟

— أرى أن المخالعة قد وقعت صحيحة، لأن توقيع صكها المتضمن للإيجاب والقبول والتصريح بتبادل ألفاظ المخالعة، وكل ذلك يؤكد صحة وقوعها ولو لم يتبادل الزوجان حقيقة ألفاظها، لأن الطلاق كتابة واقع، وإن لم ينطق الزوج بما كتب، ولم تخرج المخالعة عن هذه القاعدة".

وهذا الاتجاه التزمته محكمة النقض في العديد من اجتهاداتها، فقالت: "وكانت الطاعنة لم تجادل في صحة توقيعها على الصك المذكور، كما يجعله حجة عليها بما فيها، عملاً بالمادة (١٠) من قانون البينات، ولا سيما وأن الطرفين يتمتعان بالأهلية الكاملة لإجرائها". وقالت في اجتهاد آخر: "وكان توقيع الزوجين على صك المخالعة يجعل المخالعة صحيحة".

"الكتابة من الشخص المتعاقد نفسه أو الكتابة من قبل الغير بأمره أو الكتابة من قبل الغير وبغير أمره ولكنه رضي بها ووقع عليها يعتبر ذلك بمثابة اللفظ".^٢

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- للخلع كتابة حكم الخلع لفظاً.

المطلب السادس: أثر الكتابة في التفريق بالظهار واللعان

^١ التذكرة أبو جيب: (١٦١/٢-١٦٢).

^٢ القاعدة ٥٥٦ أساس ١٨٥٩ قرار ١٦٢٤ لعام ١٢/٣/١٩٩٥، مجموعة أحكام النقض عبد القادر الألوسي:

أنقذ الإسلام الزوجة من الحرج والجور الواقع عليها منظهار الجاهلية، وجعل الزوجة محرمة على زوجها حتى يكفر عن ظهاره، وجعل عقوبة من فعله ثم عاد كفارة غليظة للزجر عنه، وسيتم بيان حال الظهار كتابة في هذا المطلب.

أولاً: الظهار

١. تعريف الظهار لغة واصطلاحاً:

أ. الظهار لغة^١: مأخوذ من الظهر، ويقال: ظاهر من امرأته ظهاراً، وتظهر: إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي، وخصوا الظهر دون البطن والفخذ وغيرهما، لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوب الزوج.

ب. الظهار اصطلاحاً^٢: تشبيه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأيد.

٢. حكم الظهار كتابة:

نص الحنفية على أن التكلم بالظهار يصح بالكتابة المستبينة.

ولم يذكر أئمة المذهب المالكي والشافعي والحنبلي الظهار كتابة للقادر على النطق بشكل صريح، لكن بناء على ما تم بيانه من أن الكتابة تصح أن تكون بديلاً عن اللفظ في التصرفات ومنها الطلاق والخلع، والظهار نوع من أنواع انحلال الزواج فيجب ألا يختلف حكم الظهار عندهم عن الطلاق.

ثانياً: اللعان

١. تعريف اللعان لغة واصطلاحاً:

أ. لغة: مصدر لاعنَ، مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد.^٣

ب. اصطلاحاً: شهادات مؤكدة بالإيمان من الجانبين أي الزوج والزوجة موثقة باللّعن في جانبه أي جانب الزوج وبالغضب في جانبها أي جانب الزوجة. وإنما سمي به مع أنه ليس اللّعن إلا في آخر كلامه تغليبا أو لأنّ الغضب قائم مقام اللّعن، وهو في جانبه يقوم مقام حدّ القذف وفي جانبها مقام حدّ الزنا.^٤

^١ لسان العرب لابن منظور، فصل الظار المعجمة: (٥٢٨/٤).

^٢ فتح القدير لابن الهمام: (٢٤٥/٤)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤٣٩/٢)، مغني المحتاج للشربيني: (٢٩/٥)، كشف القناع للبهوتي: (٣٦٩/٥).

^٣ تاج العروس للزبيدي: (١٢٢/٣٦)، مختار الصحاح للجوهري: (٢٨٣)، المصباح المنير للفيومي: (٥٥٤/٢).

^٤ كشف اصطلاحات الفنون والعلوم للتهانوي، حرف اللام: (١٤٠٨/٢).

٢. حكم اللعان كتابة

جاء عند الحنفية^١ وبعض الحنابلة^٢ عدم صحة اللعان بالكتابة من الأخرس، لأن اللعان شهادة والشهادة لا بد فيها من اللفظ، والأخرس لا يمكنه الإتيان بلفظ الشهادة، وبناء على ذلك فإذا كان الزوج أو الزوجة قادرين على النطق، ويستطيعان أداء الشهادة لفظاً فإن اللعان كتابة لا يصح منهما، إذ أنه إذا كان الأخرس لا يقبل منه اللعان كتابة وهو عاجز عن النطق، فإن القادر على النطق لا يقبل منه بالقياس الأولى.

٣. أثر تقرير البصمة الوراثية على اللعان

مع التقدم العلمي والطبي في مجال البصمة الوراثية ودقة نتائجها، فهل يمكن إضافة البصمة الوراثية إلى اللعان في نفي نسب الولد، أو الاستغناء عن حلف أيمان اللعان بنتيجة البصمة الوراثية، وقد عرّف المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي البصمة الوراثية بأنها: البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه. ٣.

وقد انقسم الباحثون المعاصرون في حكم هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن البصمة الوراثية يمكن أن تحل محل اللعان لأنّ نتائجها يقينية، ولأنّ الزوج يلجأ إلى اللعان عندما يفقد الشهود الأربعة على زنا امرأته، فمع التقدم التقني في مجال البصمة الوراثية وقطعية دلالتها لإثبات صدق ما يدعيه الزوج تقوم البصمة الوراثية مكان الشهود، وذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد المختار السلامي.^{٥٤}

^١ بدائع الصنائع للكاساني: (٢٤٢/٣).

^٢ المغني لابن قدامة: (٥٢/٨).

٣ الدورة السادسة عشر لسنة ١٤٢٢هـ القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.

٤ ولد في ١٩٢٥م في صفاقص من تونس، حصل على الشهادة العالية في أصول الدين من جامعة الزيتونة، وبعد تخرجه بدأ يدرس في الجامعة، كان عضواً في مجمع الفقه الإسلامي بجدة، عمل في منصب مفتي الجمهورية التونسية بين ١٩٨٤هـ و١٩٩٨م/ويكيبيديا الموسوعة الحرة (محمد المختار السلامي)

ar.m.wikipedia.org

٥ في بحثه المقدم إلى ندوة الوراثة بالكويت في ١٣. ١٥ / ١٠ / ١٩٩٨م: فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرة داغي علي يوسف المحمدي دار البشائر الإسلامية الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ ٢٠٠٨م: (٣٥٥).

ويعترض على هذا القول بأنه لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية في قوة الشهادة بحال من الأحوال؛ لأنّ الشهادة لها أحكامها وشروطها بأن تكون صريحة في مشاهدة الواقعة، ولو تخلّى واحد من الأربعة حُدّ الثلاثة وبطلت الشهادة، والبصمة الوراثية لا تخرج عن كونها بيّنة.^١

الفريق الثاني: يرى أن البصمة الوراثية لا تساوي اللعان ولا تقدم عليه في نفي النسب، إنما يمكن الاعتماد عليها لتقليل حالات اللعان إذا اطمأن الزوج لذلك، لكن لا يمنع الزوج من اللعان إذا ثبت أنّ الولد منه، وهو رأي الدكتور وهبة الزحيلي،^٢ وبهذا القول أخذ أكثر علماء العصر والمجامع الفقهية، مستدلين بما روته السيدة عائشة عن النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»،^٣ فنسب الولد الثابت بالفراش لا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان الثابت بالنص القرآني، ولا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته.^٤

فجاء قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ينص على أنه " لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان ".^٥

والقول الثاني في عدم استبدال اللعان بالبصمة الوراثية هو الراجح لعدة أسباب وهي:^٦

- إن في ذلك تعطيل نص شرعي وهذا لا يجوز.
- إن الشارع تشوّف إلى إثبات النسب ففتح مجال إثباته وضيق في نفيه، فلا ينتفي النسب بعد ثبوته إلا باللعان فقط.
- سداً للذرائع؛ إذ في اللجوء لمثل هذه الخبرات فتح لباب التزوير والتلاعب بالأنساب وهي من المصالح الضرورية التي يجب المحافظة عليها، والتساهل في أمر خطير كهذا يؤدي إلى مفساد عظيمة.

١ البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة خليفة علي الكعبي دار النفائس الأردن الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٦ م: (٤٤٥).

٢ انظر البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، د. وهبة الزحيلي: ٢٦، بحث مقدم للمجمع الفقهي بمكة، الدورة ١٦ لسنة ١٤٢٢ هـ.

٣ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، ح [٦٧٤٩]: (١٥٣/٨).

٤ فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرة داغي علي يوسف المحمدي: ٣٥٥. ٣٥٦. الآثار الفقهية والقضائية للبصمة الوراثية في إثبات النسب وتصحيحه ونفيه د. محمد جبر الألفي بحث مقدم لمؤتمر القرائن الطبية المعاصرة وآثارها الفقهية ١٤٣٥ هـ / ٢٠١٣ م: (٢١).

٥ الدورة السادسة عشر لسنة ١٤٢٢ هـ القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.

٦ فقه القضايا الطبية المعاصرة علي محي الدين القرة داغي علي يوسف المحمدي: (٣٥٧).

وهذا القول هو ما استقرت عليه محكمة النقض الشرعية، فقالت:

" الاجتهاد مستقر على أن الولد للفراش ولا ينتفي النسب إلا باللعان " ١

وبالتالي فإن تقرير البصمة الوراثية والذي يتم فيه كتابة نسب الولد لا يعتبر في نفي النسب، ويؤخذ به في حالة إثبات النسب.

— لم يتناول قانون الأحوال الشخصية مسألة الظهار واللعان، وبناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- يصح الظهار بالكتابة المستبينة.
- لا تصح الكتابة في اللعان من القادر والعاجز عن النطق.
- لا تأثير لتقرير البصمة الوراثية على نفي النسب ويقتصر تأثيره على ثبوت النسب.

١ قاعدة ٢٠٨٧ قرار ١١٦ أساس ٩٩٢ تاريخ ٩/٣/١٩٩٣ الوافي للقاضي محمد عبد الرحمن: (٥٥٠).

المطلب السابع: أثر الكتابة في آثار الطلاق

وتتمثل آثار الطلاق في هذا المطلب بالرجعة والعدة

أولاً: الرجعة:

١. الرجعة في اللغة: بفتح الراء وكسرهما، والفتح أفصح: المرّة من الرجوع^١

٢. الرجعة في الاصطلاح: ردّ المرأة في النكاح من طلاق غير بائن في العدة من غير استئناف عقد.^٢

٣. أثر الكتابة في الرجعة:

جاء في المذهب المالكي^٣ والشافعي^٤ صحة الرجعة عن طريق الكتابة، فإن كتب لزوجته أنه راجعها تصبح الرجعة ولو كان قادراً على النطق.

واشترط المالكية وصول الكتاب إليها، فإن لم يصل حتى انقضت عدتها وتزوجت فلا سبيل له إليها، ولم يذكر ذلك الشافعية.

لم ينص الحنفية^٥ والحنابلة^٦ على الرجعة بالكتابة إلا أنه قياساً على مذهبهم بصحة الرجعة بالفعل فالكتابة صحيحة، وتصح بالقول ولا تحتاج إلى عقد جديد فكذاك تصح الرجعة بالكتابة كالطلاق.

ثانياً: العدة:

١. العدة في اللغة: تربص المرأة المدة الواجبة عليها، مأخوذة من العد والحساب، وسمي زمان التربص عدّة لأنها تعدّه، وأصل (عدد) يدل على الإحصاء، يقال: عددت الشيء، أي أحصيته.^٧

٢. العدة في الاصطلاح: اسم لمدة تربص فيها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها، إما بالولادة أو بالأفراء أو بالأشهر.^٨

^١ لسان العرب لابن منظور، فصل الراء: (١١٩/٨).

^٢ مغني المحتاج للشريني: (٣/٥).

^٣ انظر مواهب الجليل للحطاب: (١٠٤/٤).

^٤ انظر روضة الطالبين للنووي: (٢١٦/٨).

^٥ بدائع الصنائع الكاساني: (١٨٢-١٨١/٣).

^٦ كشف القناع للبهوتي: (٣٤١/٥-٣٤٢-٣٤٣).

^٧ لسان العرب لابن منظور، فصل العين: (٢٨٤/٣)، المصباح المنير للفيومي: (٣٩٦/٢).

٣. أثر الكتابة على العدة:

باعتبار صحة وقوع الطلاق بالكتابة، فإن العدة تبدأ من حين كتابة الزوج الطلاق ما لم يعلق الزوج الطلاق على شرط وصوله للزوجة أو ما سوى ذلك، فإن علقه تبدأ العدة من وقت تحقق الشرط، وللزوجة أن تستند إلى ذلك الكتاب في حساب العدة، ونص الحنفية على أن للزوجة الأخذ بذلك الكتاب، ولو وصل إليها على يد غير ثقة إن غلب على ظنها أنه حق فيجوز لها بعد ذلك الإقدام الزواج، ويكون هذا التصرف دليلاً على انتهاء عدتها حتى لو علم القاضي بزواجها بتركها.^٢

كما يثبت أثر الكتابة في العدة بإخبار الزوجة عن انتهاء عدتها بطريق الكتابة في مدة تنقضي في مثلها العدة مع يمينها، فإذا كان ذلك الإخبار الكتابي يحمل توقيعاً أو صدر من هاتفها أو حسابها الذي يحمل هويتها، فإن ذلك يعتبر حجة عليها لا يمكنها إنكاره، قياساً على إقرارها بانتهاء عدتها لفظاً، فإنه يقبل قولها مع يمينها لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها.^٣

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- صحة الرجعة عن طريق الكتابة.
- تبدأ العدة من حين كتابة الزوج الطلاق ما لم يعلق الزوج الطلاق على شرط وصوله للزوجة.
- تنتهي العدة من حين إقرار الزوجة بانتهائها لفظاً أو كتابةً.

^١ رد المحتار لابن عابدين: (٥٠٢/٢)، مغني المحتاج للشريني: (٧٨/٥).

^٢ انظر رد المحتار، ابن عابدين: (٤٢١/٣).

^٣ انظر البدائع، الكاساني: (١٩٨/٣).

المبحث الثالث

أثر الكتابة في النيابة الشرعية والوصية

النيابة في اللغة: بكسر النون من ناب، وناب عني فلانٌ يَنْوُبُ نَوْباً ومَناباً أي قام مقامي؛ وناب عني في هذا الأمر نِيَابَةً إذا قام مقامك.^١

في الاصطلاح: قيام شخص مقام غيره بإذنه في التصرف بحيث تنصرف آثار هذا التصرف إلى هذا الغير.^٢

والنائب عن غيره قد يكون ولياً وقد يكون وصياً أو وكيلاً، وسبب نفاذ قوله على الغير أن ذلك الغير عاجز عن التصرف لنفسه، إما بسبب عارض اعترض أهليته كالصغر أو الجنون أو السفه، أو بسبب غيابه وفقده، وسيتم في هذا المبحث حكم بعض التصرفات عن طريق الكتابة للولي والوصي والمحجور عليهم، كما سيتم بيان بعض أحكام الوصية عن طريق الكتابة، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تصرفات المحجور عليه كتابة

المطلب الثاني: تصرف الولي والوصي كتابة

المطلب الثالث: أثر الكتابة في الوصية

^١ لسان العرب لابن منظور، فصل النون: (٧٧٤/١).

^٢ معجم لغة الفقهاء قنيبي وقلعجي: (٤٩٠).

المطلب الأول: تصرفات المحجور عليه كتابة

أولاً: الحجر

١. التعريف:

أ. لغة: حَجَرَ عليه يُحْجَرُ حَجْرًا وَحُجْرًا حَجْرًا وَحُجْرَانًا وَحِجْرَانًا: مُنِعَ مِنْهُ^١.

ب. الحجر اصطلاحاً:

— عند الحنفية: "منع من نفاذ تصرف قولي"^٢.

— عند المالكية: المنع من نفوذ تصرف المجنون والصبي فيما زاد على قوت يومه، ومنع تصرف المريض والزوجة فيما زاد على الثلث^٣.

— عند الشافعية: "المنع من التصرفات المالية"^٤.

— عند الحنابلة: "منع الإنسان من التصرف في ماله"^٥.

يلاحظ من خلال تعريف الفقهاء للحجر اتفاقهم على أن الحجر هو منع التصرف، لكن تعددت آراؤهم في تحديد نوع التصرف، فالحنفية حصروه بالتصرف القولي سواء ترتبت عليه آثار مالية كالبيع والشراء والإقرار، أو لم ترتب عليه آثار مالية كالولاية على النكاح، أما الجمهور فالحجر عندهم على التصرف المالي، إلا أن المالكية قيّدوا المنع بما زاد على القوت لبعض الأصناف وبما زاد على الثلث لأصناف أخرى بخلاف الشافعية والحنابلة، فقد منعوا من أي تصرف مالي، ويخرج من التعريفات التصرف الفعلي لأن الفعل لا يمكن رفعه إذا وقع.

ثانياً: تصرفات المجنون والمعتوه

١. تعريف المجنون والمعتوه:

أ. الجنون لغةً: جَنَّ الشيء يُجَنُّه جَنًّا: ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جنَّ عنك، جنَّ الرجلُ جُنُونًا: هو من نقصان العقل^١.

^١ لسان العرب لابن منظور: (١٦٧/٤).

^٢ رد المحتار لابن عابدين: (١٤٣/٦).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٩٢/٣).

^٤ مغني المحتاج للشربيني: (١٣٠/٣).

^٥ المغني لابن قدامة: (٣٤٣/٤).

- ب. الجنون اصطلاحاً: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً.^٢
- ج. العته لغةً: التَّعَثُّ التجنن والرعونَة، وقيل التَّعَثُّ الدهش، وقد عَثَّ الرجل عَثّاً وَعَثَّاهَا، والمعتوه المدهوش من غير مس، وقيل: المعتوه ناقص العقل.^٣
- د. العته اصطلاحاً: هو اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين.^٤
- ولقد انفرد الحنفية في التمييز بين المعتوه والمجنون، بينما لم يذكر الجمهور تعريفاً للمعتوه فهو عند المالكية والحنابلة نفسه المجنون.
- يقول الخطّاب^٥ في مواهب الجليل: "إن كان مراده بالمعتوه المجنون وهو الذي فسّره ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم^٦ من كتاب الصلاة فقال: المعتوه الذاهب العقل"^٧.
- يقول ابن قدامة في المغني: "المعتوه وهو الزائل العقل بمجنون مطبق"^٨.
- أما الشافعية فقد جعلوا العته من درجات الجنون، يقول الرملي في نهاية المحتاج: "العته نوع من الجنون وعليه فيمكن حمل المجنون على من زال عقله بالكلية، والمعتوه على من عنده أصل العقل لا كماله"^٩.

٢. محل الحجر

^١ لسان العرب لابن منظور: (٩٦/١٣).

^٢ شرح التلويح للفتناني: (٤٦٢/٢).

^٣ لسان العرب لابن منظور: (٥١٢/٣).

^٤ شرح التلويح للفتناني: (٤٦٧/٢).

^٥ الخطّاب (٩٠٢ - ٩٩٥ هـ = ١٤٩٦ - ١٥٨٧ م) يحيى بن محمد بن عبد الرحمن الخطّاب، الرعيّني الأصل، المكي المالكي: فقيه المالكية في عصره بمكة، مولده ووفاته بها، له معرفة بالفلك/ نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التتبيكتي، تقديم عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب - طرابلس، الطبعة الثانية - ٢٠٠٠م: (٥٩٢).

^٦ ابن القاسم (١٣٢ هـ - ١٩١ هـ / ٧٥٠ م - ٨٠٦ م) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة صحب الإمام مالكاَ عشرين عاماً، وكان من تلاميذه المخلصين، يسمع من شيخه، ويحفظ جيداً، ويعمل بنصحه، وكان ابن القاسم أعلم تلاميذ مالك بن انس بعلمه، وآمنهم عليه، كان يردد دائماً هذه المقولة (ليس في قرب الولاة، ولا في الدنو منهم خيراً/ الديباج المذهب لابن فرحون: (٤٦٥/١).

^٧ مواهب الجليل للخطّاب: (٤٨٩/٢).

^٨ المغني لابن قدامة: (٥٠/٧).

^٩ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي: (٢٠/٥).

اتفق الفقهاء^١ على أن الجنون والعته سببان للحجر في ذاتهما، واختلفوا في محل الحجر:

أ. المذهب الحنفي:

يحجر على التصرفات القولية للمجنون المطبق الذي لا يعرف معنى البيع والشراء سواء كان تصرفه ضرراً محضاً أو نفعاً محضاً، كالهبة منه أو قبوله الهبة، أو كان تصرفه دائراً بين النفع والضرر كعقود التجارة، فإذا صدر منه شيء من التصرفات القولية فهي باطلة لا أثر لها، أما المجنون غير المطبق في حال إفاقته، والمعنوه فينعلم أصل تصرفهما إذا كان ضرراً محضاً، وينعدم نفاذه إذا كان دائراً بين الضرر والنفع فيتوقف على إجازة وليه، أما إذا كان نفعاً محضاً، فينفذ وذلك لأن الحجر إنما شرع رعاية لحقهم ورحمة بهم إذ ليس لهم عقل كامل، ولا تمييز يرشدهم إلى ما فيه خير ومصلحة فإذا كان التصرف نافعاً انتفت المصلحة من الحجر، وإذا كان دائراً بين النفع والضرر أمكن تصحيحه برده إلى من له نظر فيختار ما فيه مصلحة لهم^٢.

ب. المذهب المالكي:

الجنون الذي سببه الجني أو وسواس، وهو الذي يُحِيلُ إليه يُمنع من أي تصرف زائد على قوته تبرعاً كان كالهبة أو الصدقة، أو معاوضة كالبيع والشراء ويستمر الحجر إلى إفاقته، ولم يفرق المالكية في الحجر بين المجنون المطبق وغير المطبق^٣.

ج. المذهب الشافعي:

يحجر على أموال المجنون وتسلب منه ولايته سواءً الولاية التي تثبت بالشرع كالولاية على النكاح أو التي تثبت بالتفويض كالإيصاء، وكذلك أقواله فهي غير معتبرة سواء كانت له أو عليه، وسواء كانت متعلقة بأمور الدين كالإسلام أو الدنيا كالمعاملات^٤.

^١ رد المحتار لابن عابدين: (١٤٣/٦. ١٤٤)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٩٢/٣)، مغني المحتاج للشربيني:

(١٣١/٣)، المغني لابن قدامة: (٣٥٣/٤).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٤٣/٦. ١٤٤)، بدائع الصنائع للكاساني: (١٧١/٧).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٩٢/٣).

^٤ انظر مغني المحتاج للشربيني: (١٣١/٣).

د. المذهب الحنبلي:

يمنع المجنون من التصرف في ماله وذمته كالبيع أو القرض أو الإقرار، فمن أعطى المجنون مالا وسلطه عليه ببيع ونحوه يرجع فيه إن كان قائماً فإن هلك لا ضمان على المجنون، وإن أعطاه إياه وديعة أو عارية قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن^١.

٣. حكم تصرفات المجنون والمعتوه في القانون السوري^٢:

- لم يفرق القانون بين الجنون المطبق وغير المطبق، وسوّى أيضاً بين المجنون والمعتوه واعتبر تصرفاتهما القولية باطلة بخلاف الفعلية، وهو يتفق بهذا مع المذهب الحنفي فلا يصح منهم بيع ولا شراء ولا قبول للهبة، وينوب عنهم في ذلك القيم الذي يُعَيَّن بنفس قرار الحجر سواء كان هو الولي أو الوصي أو أي شخص آخر عينه القاضي.
- وتقتصر ولاية القيم على المعاملات المالية فقط، فلا يملك تزويج المجنون إلا إذا كان القيم هو نفسه الولي على النفس كالأب والجد.
- ويثبت الحجر على المجنون والمعتوه بحكم القاضي، ويرتفع كذلك بحكم القاضي خلافاً لما ذهب إليه الفقهاء.

٤. اجتهادات محكمة النقض:

■ إبطال تصرفات المجنون^٣.

■ إبطال تصرفات المعتوه^٤.

إن التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه قبل شهر قرار الحجر لا تكون باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها^٥.

^١ انظر المغني لابن قدامة: (٣٥٣/٤).

^٢ انظر شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للصابوني: (٢٠٠ . ٢٠١) والمرشد في قانون الأحوال الشخصية المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تحقيق: أديب استنبولي، وتقديم المستشار سعدي أبو جيب، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م: (٧٣٣/١).

^٣ نقض سوري . هيئة عامة . مدينة ثانية . أساس ٥٩٠ قرار ٦١٥

^٤ نقض سوري . مدينة ثانية . أساس ٤٤٣ . قرار ١٤٩٦

^٥ المرشد في قانون الأحوال الشخصية لاستنبولي: (٧٣٤/١).

■ يقع باطلاً تصرف المجنون والمعته إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر، أما التصرفات الجارية قبل صدور قرار الحجر، فتخضع لقواعد إثبات الجنون أو العته حين التصرف أي أن صدور قرار الحجر يغني وجية الإثبات^١.

إن كلمة التصرفات في الاجتهاد لفظ عام يحتمل التصرفات اللفظية والتصرفات الكتابية، ولم تفرق الاجتهادات بين التصرف اللفظي أو الكتابي، مما يدل على أنهما سواء في الحكم.

ثالثاً: أحكام السفه والمغفل

١. التعريف

أ. **السفه لغةً:** سفه: السَّفَه والسَّفَاه والسَّفَاهَة: خِفَّةُ الحلم، وقيل: نقيض الحلم، وأصله الخِفَّة والحركة، وقيل: الجهل وهو قريب بعضه من بعض. وقد سَفِهَ حلمه ورأيه ونفسه سَفْهًا وسَفَاهًا وسَفَاهَةً^٢.

ب. تعريف السفه عند الفقهاء:

ـ **عند الحنفية**^٣: هو من يبذر ماله فيصرفه على خلاف ما يقتضيه الشرع كدفع المال إلى المغنين، أو على خلاف العقل كشراء حمامة بثمان فاحش، أما الإسراف في الصدقات فلا يعتبر سفهاً.

ـ **عند المالكية**^٤: هو المبذر الذي لا يحسن التصرف في ماله، ويسرفه في لذاته من شراب وفسق، ولا يعد المال ذا قيمة سواء كان صغيراً أو شيخاً كبيراً، أما من يُنمِّي ماله ولا يبذره فلا يحجر عليه ولو كان فاسقاً.

ـ **عند الشافعية**^٥: السفه عندهم أحد شيئين:

١. من يضيع دينه وهو الفاسق ولو لم يسرف في ماله.

ب. من يبذر ماله ويضيعه كمن يشتري ويبيع بغين فاحش بخلاف الغبن اليسير، وكمن يرمي أمواله في البحر أو يحرقها أو ينفقها في محرم ولو من الصغائر، أما إن صرفها في وجوه الخير، فلا إسراف في الصدقات مهما عظمت وكذا في شراء المتاع ولو كان فوق مستواه، فلا يكون تبذيراً في الأصح لأن المال خلق لينتفع ويستمتع به.

^١ نقض سوري أساس ١٠٥٤ قرار ١٣٤٢

^٢ لسان العرب لابن منظور مادة (سفه)، فصل السين المهملة: (٤٩٧/١٣).

^٣ انظر رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: (١٤٧/٥).

^٤ انظر مواهب الجليل للحطاب: (٦٤/٥).

^٥ انظر مغني المحتاج للشربيني: (١٣٦/٣) والحاوي الكبير للماوردي: (٣٥٧/٦).

ـ عند الحنابلة^١: السفه كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً.

ج. تعريف الغفلة لغاً: مصدر غَفَلَ يغفل غفولاً وغفلة، تركه وسهى عنه، وأغفلت الشيء: تركته غَفْلاً وأنت له ذاكرٌ، والتغافل والتغفل: تعمد الغفلة والغفل: من لا يرجى خيره ولا يخشى شره، وما لا علامة فيه.^٢

د. تعريف المغفل عند الفقهاء:

عند الحنفية والمالكية: من لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة فيخضع في البياعات لطيبة قلبه.^٣

وعند الشافعية: من يغبن في بيوعه وشرائه وجعلوه نوع من أنواع السفه.^٤

ولم يتعرض الحنابلة لذكر المغفل.

٢. الحجر على السفه والمغفل عند الفقهاء:

اتفق الفقهاء^٥ على أن الصغير إذا بلغ سفيهاً لا يدفع إليه ماله ويستدام الحجر عليه، ويمنع من التصرف، واختلفوا فيمن بلغ خمسة وعشرين سنة ولم يظهر منه رشد، فعند الإمام أبي حنيفة^٦ يفك عنه الحجر وتُسَلَّم إليه أمواله وتصرفاته صحيحة، خلافاً للصاحبين من الحنفية أبي يوسف ومحمد^٧ والجمهور من المالكية^٨ والشافعية^٩ والحنابلة^{١٠} فقالوا بدوام الحجر عليه حتى يرشد.

وتصُرّف السفه قبل طلب أمواله غير صحيح إلا إذا أجازه الولي أما تصرفه بعد الطلب فجائز عند الإمام خلافاً للصاحبين.

^١ كشف القناع للبهوتي: (٤٤٤/٣).

^٢ لسان العرب لابن منظور: فصل الغين، (٤٩٧/١١).

^٣ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٤٧/٦)، مواهب الجليل للحطاب: (٥٨/٥).

^٤ انظر الحاوي الكبير للماوردي: (٣٥٧/٦).

^٥ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٥٠-١٤٧/٦)، مواهب الجليل للحطاب: (٥٨/٥)، مغني المحتاج للشربيني:

(١٤٠/٣)، المغني لابن قدامة: (٣٤٤/٤).

^٦ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٤٧-١٥٠/٦).

^٧ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٤٧-١٥٠/٦).

^٨ مواهب الجليل للحطاب: (٥٨/٥).

^٩ مغني المحتاج للشربيني: (١٤٠/٣).

^{١٠} المغني لابن قدامة: (٣٤٤/٤).

وإذا بلغ الصبي رشيداً ورُدَّ إليه ماله ثم عاوده السفه فلا يحجر عليه عند الإمام أبي حنيفة وتصرفاته جائزة، وإن كان مبذراً ويتلف ماله في غير مصلحة، خلافاً للصاحبين من الحنفية والجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، فقد قالوا بالحجر على السفه إذا عاوده السفه كما لو بلغ سفيهاً صيانة لماله عند صاحبين، وهو المفتى به في المذهب، وزجراً له عند الشافعية والحنابلة^١.

أما المغفل فيحجر عليه عند صاحبين من الحنفية والشافعية وابن شعبان^٢ من المالكية خلافاً للإمام أبي حنيفة فلم يرَ جواز الحجر عليه^٣، وعند اللخمي^٤ من المالكية تفصيل: إن كان يخدع بالقليل أو بالكثير وهو على علم بذلك، فلا يحجر عليه ويشترط الخيار ثلاثة أيام، وإن كان يخدع بالكثير وهو لا يعلم ويتكرر منه ذلك يحجر عليه، إلا أنه لا ينزع المال من يده إلا إن لم ينته عن التجارة^٥.

٣. حكم تصرفات السفه والمغفل عند الفقهاء:

أ. المذهب الحنفي^٦:

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (١٤٧-١٥٠/٦)، مغني المحتاج للشربيني: (١٤٠/٣)، المغني لابن قدامة: (٣٤٤/٤).

^٢ بن القُرطبي (٢٧٠- ٣٥٥ هـ = ٨٨٣- ٩٦٦ م) محمد بن القاسم بن شعبان، أبو إسحاق، ابن القرطبي، ويقال له ابن شعبان، من نسل عمار بن ياسر: رأس الفقهاء المالكيين بمصر في وقته، مع التقن في التاريخ والأدب، وكانت وفاته وقت دخول الفاطميين إلى مصر، عن نيف وثمانين سنة/ ترتيب المسالك لليحصبي: (٢٧٤/٥).

^٣ رد المحتار لابن عابدين: (١٤٧/٦)، مواهب الجليل للحطاب: (٥٨/٥)، مغني المحتاج للشربيني: (١٤٠/٣).

^٤ اللّخمي (٤٧٨- ٥٠٠ هـ = ١٠٨٥- ١١٠٠ م) علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي: فقيه مالكي، له معرفة بالأدب والحديث، قيرواني الأصل. نزل صفاقس وتوفي بها. صنف كتباً مفيدة، من أحسنها تعليق كبير على المدونة/ ترتيب المسالك لليحصبي: (١٠٩/٨).

^٥ انظر مواهب الجليل للحطاب: (٥٨/٥).

^٦ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٤٨/٦).

يحجر على التصرفات التي تقبل الفسخ ويؤثر فيها الهزل، فما كان منها ضاراً ضرراً محضاً بالسفيه تكون مردودة ولا أثر لها كالهبة والصدقة، وما كان منها نافعاً نفعاً محضاً تكون صحيحة كقبوله الهبة، أما إذا وقع منه تصرفاً دائراً بين الضرر والنفع، فيتوقف على إذن وليه فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه لم ينفذ، أما التصرفات التي لا تقبل الهزل فتصح ويترتب عليها أثرها كالنكاح والطلاق.

ب. المذهب المالكي^١:

يحجر على التصرفات المالية للسفيه ويتفق المالكية مع الحنفية في حكم تصرفاته المالية عند وقوعها منه، فما كان بغير بعوض فهي مردودة وباطلة لتحقيق الضرر، وما كان منها بعوض فهي موقوفة على إجازة الولي كالبيع والشراء لأن الضرر محتمل، وما بقي من التصرف موقوفاً إلى حين رشد السفيه، فيكون هو أحق بالنظر فيه من الولي إن شاء أجازته وإن شاء رده.

ج. المذهب الشافعي^٢ والحنبلي^٣:

لا تصح التصرفات المالية من السفيه وإذا صدرت منه فهي باطلة لا أثر لها، ولو كانت بعوض كالبيع ولو في الذمة إلا إذا عيّن له الولي مقدار الثمن فيصح، وعند الحنابلة إذا أذن له الولي بالبيع والشراء يصح تصرفه كالصبي لأنه لو منع من التصرف بالإذن لم يكن هنالك طريق لمعرفة رشده، وقيل: لا يصح لأن الحجر لرفع الضرر عنه بسبب تبذيره وفي الإذن بالتصرف يكون قد أذن له بما يضُرُّه.

- وبناء عليه فكل تصرف صحَّحه الفقهاء فهو يصح لفظاً وكتابة، وكل تصرف غير صحيح لفظاً فهو غير صحيح كتابة.

٤. حكم السفيه والمغفل في القانون السوري:

جاء في المادة ٢٠٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري السفيه "هو الشخص الذي يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بإنفاقه ما يعد من مثله مبذراً".

^١ انظر حاشية الدسوقي: (٢٩٥/٣).

^٢ انظر مغني المحتاج للشربيني: (١٤٧/٣).

^٣ انظر المعني لابن قدامة: (٣٥٣/٤).

المبذر هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلاهته، ويكون تصرف السفه والمغفل بالوقف أو الوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة بذلك، وتكون أعمال الإدارة الصادرة من السفه والمغفل المأذون لهما بتسليم أموالهما تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

٥. الاجتهادات القضائية

- الخرف الشيخي يجعل المرء في زمرة المخلفين ويوجب الحجر عليه^١.
- إذا ثبت أن تصرفات المغفل والسفيه قبل الحجر كانت نتيجة استغلال التواطؤ تكون باطلة أو قابلة للإبطال^٢.
- تصرف المغفل في شيء لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل يقع صحيحاً ولا يتوقف على إجازة أحد^٣.
- مجرد الغبن والغفلة في المعاملات لا يوجب الحجر، وكذلك مجرد التوسع في الصرف لا يعتبر سفهاً^٤.

^١ نقض سوري . الغرفة الشرعية . أساس : ٢٣ . قرار : ١٤ .

^٢ نقض سوري . الغرفة الشرعية . أساس : ١٠٥٤ . قرار : ١٣٤٢ .

^٣ نقض سوري . الغرفة الشرعية . أساس : ٢٣٠ . قرار : ٢٢٠ .

^٤ نقض سوري . الغرفة الشرعية . أساس : ٦٧١ . قرار : ٥٦٩ .

المطلب الثاني: تصرف الولي والوصي كتابة

أولاً: الولاية والوصاية لغةً واصطلاحاً

١. الولاية لغةً: وَلِيَ الشيءَ وَوَلَّيَ عليه ولايةً وَوَلَّاهُ الولايةَ بفتح الواو بمعنى: النصرة والتولي، وبكسرهما: السلطان والإمارة والملك والبلاد التي يتسلط عليها الولي، أو الفتح للمصدر، والكسر للاسم لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا.^١

٢. الولاية اصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى.^٢

٣. الوصاية لغةً: مأخوذة من أوصى يقال: أوصى له بشيء، وأوصى إليه جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة، وأوصاه ووصاه توصية بمعنى واحد، وتواصى القوم: أوصى بعضهم بعضاً.^٣

٤. الوصاية اصطلاحاً: الأمر بالتصرف بعد الموت^٤

ثانياً: صلاحية الولي

١. التجارة بأموال القاصر

يتصرف الولي في مال القاصر على سبيل النظر والمنفعة والحفظ، فما كان فيه منفعة محضة كقبول الهبة جاز تصرفه، وما في فيه ضرر محض كالتبرع من مال المحجور عليه وبيعه بغبن فاحش فلا يجوز، وللولي التجارة بمال القاصر والبيع للمصلحة والشراء بمثل القيمة أو بأقل منها، ويجوز للولي أن يبيع ويشترى مال القاصر لنفسه ما لم يكن بالغبن الفاحش، كأن يبيع بأقل من ثمن المثل أو يشتري بأكثر من ثمن المثل يسيراً^٥

^١ لسان العرب لابن منظور مادة (ولي)، (٤٠٦/١٥ وما بعدها).

^٢ القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب: (٣٩٠).

^٣ الصحاح تاج اللغة للفارابي: مادة (وصى)، (٢٥٢٥/٦)، المصباح المنير للفيومي: مادة (وصى)، (٦٦٢/٢)، القاموس المحيط للفيروز آبادي: (١٣٤٣/١).

^٤ مغني المحتاج، للشربيني: (٦٦/٤).

^٥ انظر حاشية ابن عابدين: (٧٠٩/٦)، مواهب الجليل للحطاب: (٧١/٥)، مغني المحتاج للشربيني: (١٥٥/٣)، كشاف القناع للبهوتي: (١٧٦/٢).

كما اتفق الفقهاء^١ على أنه يجوز للولي أن يضارب في أموال من هم تحت ولايته، لأن المضاربة نوع من التجارة وهي مشروعة بدليل قول سيدنا عمر بن الخطاب: "ابْتَعُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الصَّدَقَةُ"^٢.

٢. تأجير الولي لأموال القاصر

اتفق الفقهاء^٣ على تأجير الولي لمال القاصر باعتبار أن له ولاية التصرف بالبيع لمصلحة القاصر فكذا له الإجارة لمصلحته.

واشترط المالكية والشافعية ألا يعلم الولي أنه يبلغ خلال مدة الإجارة، فإن علم بلوغه في هذه المدة بأن أجره سنتين وكان اليتيم ابن أربع عشر فتتفسخ الإجارة وقت بلوغه.

٣. رهن الولي مال القاصر

ذهب الحنفية^٤ إلى أنه يجوز للولي أن رهن مال الصغير بدين على نفسه أو بدين على الصغير بينما، ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^٥ إلى أنه لا يجوز للولي رهن مال القاصر لأمر لا يتعلق بمصلحة الصغير، إلا أن الحنابلة أجازوا للأب فقط أن يرتهن من مال القاصر لنفسه لانتفاء التهمة بينه وبين ولده.

^١ انظر المبسوط للسرخسي: (٢٩/٢٨)، موهب الجليل للحطاب: (٣٩٩/٦)، مغني المحتاج للشربيني: (١٥٢/٣)، كشف القناع للبهوتي: (٤٤٩/٣).

^٢ السنن الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م: باب من تجب عليه الصدقة، ح [٧٣٤٠]: (١٧٩/٤)، هَذَا إِسْنَادٌ صَحِيحٌ وَلَهُ شَوَاهِدٌ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ / ١٩٨٩ م: (٣٥٣/٢).

^٣ انظر بدائع الصنائع للكاساني: (١٧٨/٤)، التاج والإكليل للتاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م: (٥٦٥/٧)، مغني المحتاج للشربيني: (٤٨٦/٣)، كشف القناع للبهوتي: (٥٦٧/٣).

^٤ انظر البحر الرائق ابن نجيم: (٢٨١/٨).

^٥ انظر حاشية لدسوقي: (٢٢٢/٣)، روضة الطالبين للنووي: (٦٤/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٤٤٨/٣).

ثالثاً: صلاحيات الوصي:

١. تجارة الوصي بأموال القاصر

أجاز الحنفية^١ صحة بيع الوصي وشراؤه من أجنبي بما يتغابن فيه الناس عادة لعدم التحرز منه، ولأن ولايته مقيدة بالمصلحة، أما إن كان بغبن فاحش فلا يجوز بيع شيء من ماله.

وإن باع الوصي أو اشترى مال القاصر لنفسه فلا يجوز مطلقاً إن كان وصياً من القاضي لأنه وكيله، أما إن كان وصي الأب فيجوز عند أبي حنيفة البيع بشرط توافر منفعة ظاهرة للقاصر، ولا يجوز عند الصاحبين ذلك وهذا في المنقول، أما في العقار فجاز للوصي بيع عقار — لأجنبي لا لنفسه — لوفاء دين أو لخوف الهلاك أو كان على الميت دين فللوصي بيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً بها، وبمقدار الدين إن لم يحيط بها وهذا باتفاق الحنفية^٢.

وأجاز الجمهور^٣ عدا الحنفية للوصي التصرف في مال القاصر بحسب حاجة القاصر ومصلحته، وأجاز الحنابلة^٤ للوصي بيع العقار كله إن دعت الحاجة إلى ذلك، كأن يكون في بيع بعضه ضرر على القاصر، مثل أن ينقص الثمن عليه.

٢. التوكيل والإيصاء للغير

ذهب الحنفية والمالكية^٥ إلى صحة إيصاء الموصي غيره فيكون كالوصي.

وأما الشافعية والحنابلة^٦ فقالوا: لا يصح للوصي أن يوصي غيره إلا بإذن الموصي، لأنه لا يملك الوصية إلا بالإذن كالوكيل، ويجوز له أن يوكل غيره في التصرفات التي لا يستطيع أن يقوم بها بنفسه، وتفتقر إلى مهارة خاصة كالمهندسة فيجوز له أن يوكل غيره فيها.

^١ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٧٠٩/٦).

^٢ انظر رد المحتار لابن عابدين: (٧٠٩/٦ وما بعدها).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٢٩٩/٣)، روضة الطالبين للنووي: (٦٤/٤)، كشف القناع للبهوتي: (٤٤٨/٣).

^٤ انظر كشف القناع للبهوتي: (٤٤٨/٣).

^٥ انظر البحر الرائق لابن نجيم: (٥٢٠/٨)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤٢٣/٤).

^٦ روضة الطالبين للنووي: (١٤٧/٦)، كشف القناع للبهوتي: (٣٩٨/٤).

وقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^١ إلى أن التوكيل يصح كتابة كما يصح باللفظ، فكذلك الوصي لغيره في بعض التصرفات أو إيصائه لغيره في بعض الأمور يصح كتابة كما يصح لفظاً، كأن يكتب الوصي لمن لديه خبرة في البناء بإصلاح حائط في منزل صغير.

رابعاً: تصرف الولي أو الوصي كتابة:

١. ورد في المذهب الحنفي أنه إذا أشهد الوصي أهل السوق أنه حجر على من هو في وصايته فكتب كتاباً بذلك وأرسله إلى المحجور عليه، فيثبت الحجر حين يبلغه الكتاب لأنه أحد اللسانين وهو ممن نأى كالخطاب ممن دنا.

٢. ومثل ذلك لو أرسل كتاباً إلى البكر ليستأذنها فسكتت، فيكون الكتاب بمنزلة الخطاب ويعتبر سكوتها رضاً.^٢ وبناء على ما ورد في المذهب الحنفي باعتبار الكتابة في سكوت البكر وثبوت الحجر على المحجور عليه، فإن تصرفات الوصي وكتابه للغائب صحيحة ويؤخذ بها لأنها أحد اللسانين، فكل ما يصح للولي التصرف فيه لفظاً يصح له التصرف فيه كتابةً.

٣. مسألة: ورد في المذهب المالكي أنه إذا كان مال الابن عيناً قائماً في يده وبقي على حاله إلى أن مات الأب، فإن كان الأب قد كتب ما أنفقه على ابنه لم تؤخذ النفقة من مال الابن إلا إذا أوصى الأب بأخذها، وإن لم يكتبها على الابن لم تؤخذ من ماله حتى وإن أوصى الأب بأخذها، وإن كان المال عرضاً وكتب النفقة عليه حوسب الابن بها وإن أوصى الأب ألا يحاسب، لأنه لما كتبها عليه دل على أن الأب لم يرد أن يتطوع بالنفقة على ولده فوصيته ألا يحاسب بها الابن وصية لوارث، وإن كان لم يكتبها عليه حوسب بها إلا إن أوصى الأب ألا يحاسب الابن فتنفذ وصيته.

وإن كان الأب استهلك المال وحصل في ذمته، فإن الابن يحاسب بذلك سواء كتب الأب النفقة عليه أو لم يكتبها، إلا أن يكون كتب لابنه بذلك **دَكَرَ** حقٍ أشهد له به فلا يحاسب بما أنفق به عليه.

وإن كان الأب لم يقبض مال الصغير ولم يكن في يده فسواء كان عيناً أو عرضاً فهو بمنزلة ما لو كان عرضاً بيده، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما أنفق عليه أبوه.

^١ المبسوط للسرخسي: (١٥/٥)، منح الجليل لابن عليش: (٣٥٧/٦)، المجموع للنووي: (٩/ ١٦٦)، الإنصاف للمرداوي: (٨/ ٢٧٣).

^٢ انظر المبسوط للسرخسي: (٣١/٢٥).

إن كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع فيما أنفق في مال الصبي دون يمينٍ، ولا إثبات، لأنهم مأمورون بالإنفاق، وقيل: عليه اليمين، وإن كان غير وصيّ، فلا بُدَّ من إثبات حضانتة له وكفالتة ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يُشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع به، وروي أنه لا بُدَّ أن يُشهد.^١

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- صحة تصرفات الولي أو الوصي كتابة لمن هم تحت ولايته.

^١ انظر مواهب الجليل للحطاب: (١٩٥/٤).

المبحث الرابع: أثر الكتابة في الوصية

المطلب الأول: الوصية في اللغة والاصطلاح

١ . الوصية لغةً: من وصيت الشيء بالشيء أصيه من باب وعد وصلَّته، ووصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاءً وهي ما يوصى به، والجمع وصايا.^١

٢ . الوصية اصطلاحاً: تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع^٢

المطلب الثاني: أثر الكتابة في الوصية

١ . حكم كتابة الوصية:

كتابة الوصية مستحبة وهي من باب التوثيق، كما يستحب أن يشهد عليها لأنه أحفظ لها، وقد صح أن النبي ﷺ قال: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ».^٣ فقد أمر النبي ﷺ بكتابة الوصية والأمر هنا للاستحباب لا الوجوب.^٤

وعلى الموصي أن يكتب في كتاب وصيته ما تركه من أموال، لأن الكتاب للتوثق والرجوع إليه عند المنازعة وأكثر ما تقع فيه المنازعة التركة التي تصير في يد الموصي فينبغي أن يذكرها في الكتاب^٥

٢ . حكم الوصية المكتوبة:

اتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^٦ على صحة الوصية المكتوبة إجمالاً، واختلفوا في وجوب الإشهاد عليها وإطلاع الشهود على مضمونها وفيما يلي بيان ذلك:

^١ الصحاح تاج اللغة للغاربي، مادة (وصى)، (٢٥٢٥/٦)، المصباح المنير الفيومي: مادة (وصي): (٦٦٢/٢).

^٢ القاموس الفقهي أبو جيب: (٣٨١)، بدائع الصنائع للكاساني: (٣٣٠/٧)، مغني المحتاج للشربيني: (٦٦/٤).

^٣ صحيح البخاري: باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده، ح[٢٧٣]: (٢/٤)، صحيح مسلم: كتاب الوصية، ح[١٦٢٧]: (١٢٤٩/٣).

^٤ المغني لابن قدامة: (١٩١/٦)، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: (٤٥٣/٦).

^٥ انظر المبسوط للسرخسي: (٢٠/٢٨).

^٦ انظر رد المحتار ابن عابدين: (٦٥٠/٦)، المبسوط للسرخسي: (٢٠/٢٨)، حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤٥٠/٤)، حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوئي: (٦٠٢/٤)، مغني المحتاج للشربيني: (٨٦/٤)، روضة الطالبين للنووي: (١٤١/٦)، المغني لابن قدامة: (١٩٠/٦)، الانصاف للمرداوي: (١٨٩/٧).

أ. المذهب الحنفي: إذا كتب الرجل وصية ثم قال: اشهدوا بهذا فلان علي ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأ الكتاب عليه فهذا جائز إذا كتبه بين أيديهم بيده أو أملاه على إنسان فكتبه، لأن المكتوب معلوم له، وبقوله اشهدوا بهذا صار مقرأً بجميع ما في الكتاب مُشهداً لهم على ذلك ولا إظهار أتم من هذا فالإقرار ببيان باللسان، وذلك بالإملاء حاصل، ولكن لا يؤمن النسيان فالكتاب يؤمن من ذلك، وإن لم يحضروا كتابته ولا إملاءه لم تجز شهادتهم؛ لأنه لا علم لهم بما في الكتاب حين لم يقرأ عليهم، بدليل قوله الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] فمن لم يعلم ما شهد عليه لا تجوز شهادته.^١

وقال البعض لا تجوز شهادتهم إن لم يعلموا بمضمون الكتاب.

جاء في الأشباه: "رَجُلٌ كَتَبَ صَكَّ وَصِيَّةٍ وَقَالَ لِلشُّهُودِ: اشْهَدُوا بِمَا فِيهِ وَلَمْ يَقْرَأْ وَصِيَّتَهُ عَلَيْهِمْ، قَالَ عُلَمَاؤُنَا: لَا يَجُوزُ لِلشُّهُودِ أَنْ يَشْهَدُوا بِمَا فِيهِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَسْعُهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَسْعُهُمْ، وَإِنَّمَا يَحِلُّ لَهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا بِإِحْدَى مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ، أَوْ كَتَبَ الْكِتَابَ عَزْوَ قَرَأَ عَلَيْهِ بَيْنَ يَدَيْ الشُّهُودِ وَيَقُولَ لَهُمْ اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ، أَوْ يَكْتُبَ هُوَ بَيْنَ يَدَيْ الشَّاهِدِ وَالشَّاهِدِ يَعْلَمُ بِمَا فِيهِ وَيَقُولُ هُوَ اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ،".^٢

ب. المذهب المالكي: يجوز للشهود القدوم على الشهادة بما انطوت عليه وصية الموصي بأن يقولوا: نحن نشهد بأنه أوصى بما انطوت عليه هذه الوصية، أي الوثيقة وإن لم يقرأها عليهم ولا فتح الكتاب لهم، ولو بقي الكتاب عنده إلى أن مات بشرط أن يشهدهم بأن ما في الكتاب وصيته أو يقول لهم أنفذوها، لأن ذلك يفيد العزم عليها عدم الرجوع فيها، أما إن لم يقل ذلك ولم يشهدهم وكان قد كتب في الوثيقة أنفذوها، فلا عبرة بما كتبه دون أن يلفظه لاحتمال رجوعه عنها، ويشترط أن لا يوجد في الوثيقة محو أو تغير وأن يعرف الشهود الوثيقة بعينها.^٣

وإن قال الموصي: كتبت وصيتي ووضعتها عند فلان فصديقوه فإنه يصدق في أن هذا الكتاب بما فيه وصية للميت، ثم إن كان بخط الميت فيقبل ما فيه ولو كان المكتوب فيه، أن الوصية لفلان وهو ابن من عنده الوصية، وإن كان بغير خطه ووجد فيه أن أكثر الثلث لابن فلان أو صديقه ممن يتهم فيه لا يصدق، أما إن كان بأقل من الثلث فيصدق.^٤

^١ انظر المبسوط للسرخسي: (١٧٢/١٨)، رد المحتار لابن عابدين: (٦/٦٥٠).

^٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم: (٢٩٦).

^٣ انظر حاشية الدسوقي لابن عرفة: (٤/٤٥٠).

^٤ انظر حاشية الصاوي لأبي العباس الخلوتي: (٤/٦٠٢).

ج. المذهب الشافعي: تصح الوصية بالكتابة مع النية لأن الوصية تقبل الكنايات والكتابة كناية عن اللفظ، فإذا كتب وقال نويت الوصية لفلان أو اعترف ورثته بالكتاب بعد موته صحت الوصية.

ولو وجد له كتاب وصية بعد موته، ولم تقم بينة على مضمونه، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي، وما فيه وصيتي هو ناطق، ولم يطلعهم على ما فيه لا تنعقد الوصية بذلك، ولا يعمل بما في الكتاب حتى يشهد الشهود به مفصلاً، كما لو قيل له: أوصيت لفلان بكذا؟ فأشار أن نعم، فإن اعتقل لسانه فوصيته صحيحة بكتابة أو إشارة.^١

وجاء في روضة الطالبين: "قال المروزي^٢: يكفي الإشهاد عليه مبهماً، وذهب العبادي^٣ أنه يكفي الكتاب من غير إشهاد، واحتج بقول النبي ﷺ: «إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» الحديث يدل على اعتبار الكتابة، ولم يشترط الإشهاد عليها".^٤

د. المذهب الحنبلي: لا يعمل بالوصية المكتوبة إلا بإقرار الموصي أنه كتبها أو بالبينة على أن هذه الوصية كتبها الموصي، فمن كتب وصية وختمها وقال اشهدوا بما فيها لا تصح شهادتهم حتى يعلموا بمضمونها ويسمعوا ما فيها، أو تقرأ على الموصي أمامهم ويقرّ الموصي بها، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هنا، وكذلك لو رأى الحاكم حكمه بخطه تحت ختمه، ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه، ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجدته، ولا للشاهد الشهادة بما رأى من خطه فهنا أولى.

وفي رواية في المذهب الحنبلي أنه من كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه، ومن مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه، ولم يُشهد فيها، وعُرف خطه، وكان مشهور الخط، يقبل ما فيها.^٥

^١ انظر مغني المحتاج للشربيني: (٨٦/٤).

^٢ المروزي (١٤٥ - ٢٢١ هـ = ٧٦٢ - ٨٣٦ م) عبد الله بن عثمان بن جبلة الأزدي العتكي، مولاهم، المروزي، ويقال له عبدان: حافظ للحديث، ثقة. كانت الرحلة إليه في خراسان. وولاه عبد الله بن طاهر قضاء الجوزجان، فاستعفى. قال ابن ناصر الدين: تصدق بألف درهم في حياته/ طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: (٥٣/٥).

^٣ أبو الحسن العبادي (٤١٥ - ٤٩٥ هـ): هو علي بن أبي عاصم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد العبادي الهروي أبو الحسن فقيه شافعي كان من كبار الخراسانيين، وهو ولد الإمام أبي عاصم العبادي، من تصانيفه: كتاب الرقم في الفقه/ طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: (٣٦٤/٥).

^٤ انظر روضة الطالبين للنووي: (١٤١/٦).

^٥ انظر المغني لابن قدامة: (١٩٠/٦)، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: (٤٥٣/٦)، الانصاف للمرداوي: (١٨٩/٧).

٣ . الوصية المعلقة على شرط:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى صحة الوصية مطلقة أو مقيدة سواء كتبها أو لم يكتبها، مثال للمطلقة أن يقول إن متُّ فثلث مالي لفلان، وفي المقيدة أن يقول إن متُّ من مرضي هذا أو في هذه البلدة فثلث مالي لفلان، فإن صح من مرضه أو خرج من البلدة ثم مات تبطل الوصية، لأن الشرط لم يتحقق سواء كتبها أم لم يكتبها، لأنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت، كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه.^١

وقال مالك^٢: "إن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب أو قال أنفذوها فالوصية بحالها ما لم ينقضها".^٣

٤ . الرجوع عن الوصية المكتوبة:

يجوز شرعاً وقانوناً للموصي أن يرجع عن وصيته التي أنشأها بإرادته المنفردة في أي وقت يريده، فإذا كانت الوصية شفوية جاز إثباتها بالشهادة، وجاز إثبات الرجوع عنها بالشهادة أيضاً، أما إذا كانت مكتوبة بورقة عادية أو مثبتة بوثيقة في المحكمة الشرعية، فإن حق الموصي بالرجوع عنها بقي حقاً مطلقاً، ولكن بسبب وجود دليل كتابي وجب على الموصي تثبيت هذا الرجوع بدليل كتابي مماثل، كأن يقوم دليل كتابي بمواجهة دليل كتابي آخر،^٤ وإلى هذا ذهب الاجتهاد فنصت محكمة النقض على أنه "وحيث أن المرسوم التشريعي رقم ٨٨/ لعام ١٩٤٩ حينما قضى باعتبار قانون البينات نافذاً في المحاكم الشرعية مع إجازته للإثبات بالشهادة في جميع القضايا الشرعية، استثنى من ذلك الدعوى المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي، حيث أن الغرفة الشرعية في

^١ انظر المبسوط للسرخسي: (٢٨/٢٠)، المجموع شرح المذهب للنووي: (٤٣١/١٥)، المغني لابن قدامة: (١٥٨/٦).

^٢ الإمام مالك (٩٣ - ١٧٩ هـ = ٧١٢ - ٧٩٥ م) مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبد الله: إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، مولده ووفاته في المدينة. كان صلباً في دينه، بعيداً عن الأمراء والملوك، وشي به فضربه سياطاً انخلعت لها كتفه. وسأله المنصور أن يضع كتاباً للناس يحملهم على العمل به، فصنف الموطأ/ الديباج المذهب لابن فرحون: (٨٢/١).

^٣ انظر حاشية الدسوقي: (٤٢٨/٤)، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة: (٤٥٢/٦).

^٤ التذكرة أبو جيب: (٤٩٣/٢ - ٤٩٤).

محكمة النقض سبق واجتهدت أن صك الوصية إذا كان مسجلاً في المحكمة الشرعية لا يصح تعديله أو إبطاله إلا بوثيقة خطية " ١

المطلب الثالث: ثبوت الوصية كتابةً في القانون

نصت المادة (٢٠٨) في قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة".

تدل هذه المادة على صحة الوصية المكتوبة إلا أنه ورد ما يخالف ذلك في اجتهاد محكمة النقض، فقد نص الاجتهاد القضائي على أن: الوصية لا تقبل بالخط وحده ما لم تقترن بالبينة الشرعية كما هو القول الراجح، وحيث إن الجهة المدعية أبرزت صورة عن فتوى صادرة عن دار الإفتاء العام برقم/٢٨٥ /٢٥ بعدم الخط وحده بدون اقترانه ببينة شرعية، حجة للقضاء به.

وحيث إن ما لا نص فيه في قانون الأحوال الشخصية يرجع في الحكم فيه للأرجح في المذهب الحنفي والمادة (٣٠٥) أحوال، ولم يناقش القاضي هذا الموضوع وكان عليه مناقشته، فما جاء بالطعن في هذا الخصوص يرد على الحكم.^٢

ويرد على هذا الاجتهاد الملاحظات الآتية:

١ . إن اعتماد محكمة النقض على نص المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية في غير محله، لأن المادة (٢٠٨) منه نصت بكل صراحة على صحة انعقاد الوصية بالكتابة، ومادام الأمر كذلك فلا مجال لاعتماد القول الراجح في المذهب الحنفي.

٢ . إن الباب الثاني من قانون البينات نص على اعتماد الأدلة الكتابية في إثبات الحقوق، وبموجب المرسوم التشريعي رقم ٨٨/تاريخ (١١/٢١/١٩٤٩م)، يتعين على المحاكم الشرعية اعتماده في هذا المجال.^٣

٣ . إن الاجتهاد المستقر بالغرفة الشرعية قبول البينة الخطية في إثبات الوصية فقد نص الاجتهاد على أن: " القانون جَوِّز إثبات الوصية بالشهادة كما جَوِّز إثباتها بالكتابة".^١

^١ نقض شرعي أساس ٤٥٢ قرار ٤٤٧ تاريخ ١١/٢٧/١٩٦٨، التذكرة (٤٩٤/٢).

^٢ اجتهاد رقم أساس ٤٩٥ قرار ٦٣٤ تاريخ ٨/١٢/١٩٧٢، منشور في العدد ١٢ القاعدة ٥٤٥ صفحة (٤٥٦) المحامون لعام ١٩٧٢.

^٣ التذكرة أبو جيب: (٤٩٢/٢).

ولقد رسم الاجتهاد الأصول التي يجب أن تقوم عليها الشهادة على الوصية فقال: " ولا إن كان من الجائز تثبيت الوصية بالبيئة الشخصية إلا أن محل ذلك حين لا يكون هناك سند بالوصية، ولا بد أن يأتي الشهود على نقل كلام الموصي المتضمن تحديد الموصى به ومقدار الوصية والموصى له بدقة تنفي اللبس والاحتمال، أما إن كانت هناك وثيقة بها طالب تثبيت الوصية، فلا مسوغ لقبول البيئة الشخصية، لأن البيئة أقوى بالإثبات من الشهادة، كما صرحت بذلك النبعة الثالثة عشر من المذكرة الإيضاحية لقانون البيئات، وجاءت الأدلة الكتابية تحتل الصدارة في المادة الأولى من قانون البيئات، ولهذا مدلول يتعين الأخذ به".^٢

بناء على ذلك اقترح إضافة ما يلي على قانون الأحوال الشخصية:

- الوصية المكتوبة صحيحة ويستحب الإشهاد عليها.
- جواز رجوع الموصي عن وصيته المكتوبة في أي وقت يريده بشرط وجود دليل كتابي على رجوعه.

^١ اجتهاد ٦١٠ تاريخ ١٩٨١/٦/٢٤، التذكرة أبو جيب: (٤٩٢/٢).

^٢ الاجتهاد ٦٥٥ تاريخ ١٩٨٨/١٢/١٧، التذكرة أبو جيب: (٤٩٣/٢).

ملحق المقترحات

ملحق بالصيغ المقترح إضافتها إلى قانون الأحوال الشخصية السوري في أحكام الكتابة:

- يصح توثيق الكتابة باليمين والشهادة والإقرار والختم والبصمة والتوقيع العادي والإلكتروني.
- أقترح تنظيم عقود الزواج الإلكترونية عن طريق المحاكم الشرعية، ذلك بتخصيص غرف للزواج الإلكتروني من قبل مختصين منعاً للتلاعب والغش.
- يثبت المهر للزوجة بكتابته في العقد ولا يشترط التلفظ به، لأنه لا يشترط اللفظ بالمهر قياساً على سائر المعاملات المالية.
- يقع الطلاق كتابة بشرط النية.
- لا يقع طلاق المكره والهازل كتابةً.
- جميع صور الكتابة وأشكالها الحديثة لها حكم الكتابة الورقية.
- للكتابة عدة صور منها الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، وظهر لها الكثير من الأشكال كالفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني وبرامج التواصل كالواتساب والماسنجر والإيمو والتيلغرام وغيرها، والكتابة بلغة الإنكليزي المعرب ولغة الشتات.
- للخلع كتابة حكم الخلع لفظاً.
- يصح الظهار بالكتابة المستبينة.
- لا تصح الكتابة في اللعان من القادر والعاجز عن النطق.
- لا تأثير لتقرير البصمة الوراثية على نفي النسب ويقتصر تأثيره على ثبوت النسب.
- صحة الرجعة عن طريق الكتابة.
- تبدأ العدة من حين كتابة الزوج الطلاق ما لم يعلق الزوج الطلاق على شرط وصوله للزوجة.
- تنتهي العدة من حين إقرار الزوجة بانتهائها لفظاً أو كتابةً.
- صحة تصرفات الولي أو الوصي كتابة لمن هم تحت ولايته.
- الوصية المكتوبة صحيحة ويستحب الإشهاد عليها.
- جواز رجوع الموصي عن وصيته المكتوبة في أي وقت يريده بشرط وجود دليل كتابي على رجوعه.

الخاتمة

أولاً: خلاصة البحث

لما كان الخط أحد اللسانين والكتاب كالخطاب، وهو كاللفظ في التعبير عن القصد والإرادة، وكان لانتشار الكتابة في الوقت الحالي عبر الوسائل الحديثة أهمية كبيرة في اختصار الوقت والتعب وتقريب المسافات بين المتعاقدين، جاء هذا البحث بياناً لحكم الكتابة في بعض مسائل الأحوال الشخصية لينتج عنه أن التصرفات الكتابية صحيحة إذا تحققت الشروط التي ذكرها الحنفية، وتم توثيق الكتابة والتصرفات بالوسائل المعتمدة التي تمّ تفصيلها في البحث.

ثانياً: نتائج البحث

وتتضمن نتائج البحث ما يلي:

١. للكتابة حكم اللفظ بشرط توافر الشروط الآتية:

- أ. أن تكون مفهومة ومكتوبة بخط واضح ومقروء.
- ب. أن تكون مكتوبة على شيء ثابت.
- ت. الأمن من التزوير.
- ث. التأكد من هوية صاحب الكتابة.
- ج. توثيق الكتابة بختم أو توقيع أو تسجيلها بالدوائر الرسمية أو الإشهاد عليها.
- ح. أن تكون الكتابة خالية من الغموض والتلميحات والعبارات التي تحتمل أكثر من معنى.
- خ. أن يكون صاحب الكتابة كامل الأهلية قاصداً مختاراً.
- د. أن يكون صاحب الكتابة يصح منه التصرف لفظاً لأن الكتابة بديل عن اللفظ، ماعدا في عقد الزواج بين حاضرين قادرين على النطق.

٢. كل تصرف كتابي لم يذكر الفقهاء حكمه يصح إذا انطبقت عليه شروط الكتابة.

٣. إن صحت وكالة غير المسلم بالنكاح والطلاق والوصية صحت الكتابة منه كونها بديل عن اللفظ.

١. اشتراط الإسلام في الكتابة تابع لصحة التصرف من غير المسلم.

٢. للكتابة عدة صور منها الكتابة الورقية، ومنها الكتابة الإلكترونية وظهر لها الكثير من الأشكال كالفاكس والتللكس، والبريد الإلكتروني وبرامج التواصل كالواتساب، والماسنجر، والإيمو، والتيلغرام وغيرها، والكتابة بلغة الإنكليزي المعرب ولغة الشتات.

٣. جميع صور الكتابة وأشكالها الحديثة لها حكم الكتابة الورقية.

٤. يصح توثيق الكتابة باليمين والشهادة والإقرار والختم والبصمة والتوقيع العادي والإلكتروني.
٥. يجوز استخدام الكتابة العادية والإلكترونية في الخطبة.
٦. يجوز إجراء عقد الزواج كتابة بين الغائبين بشرط أن يُقرأ الكتاب على الشاهدين ويسمعا عبارته ثم يسمعا القبول في المجلس من الطرف الثاني.
٧. يثبت المهر للزوجة بكتابته في العقد ولا يشترط التلقظ به.
٨. يقع الطلاق كتابةً بشرط النية.
٩. لا يقع طلاق المكره والهازل كتابةً.
١٠. للخلع كتابةً حكم الخلع لفظاً.
١١. يصح الظهار بالكتابة المستبينة.
١٢. لا تصح الكتابة في اللعان من القادر والعاجز عن النطق.
١٣. صحة الرجعة عن طريق الكتابة.
١٤. تبدأ العدة من حين كتابة الزوج الطلاق ما لم يعلق الزوج الطلاق على شرط وصوله للزوجة.
١٥. صحة تصرفات الولي أو الوصي كتابة لمن هم تحت ولايته.
١٦. الوصية المكتوبة صحيحة ويستحب الإشهاد عليها.
١٧. جواز رجوع الموصي عن وصيته المكتوبة في أي وقت يريده بشرط وجود دليل كتابي على رجوعه.

ثالثاً: التوصيات:

١. أن يخصص القانون ويفرد مادة مستقلة تبين اعتبار الكتابة بديلاً عن اللفظ، محدداً الشروط التي يجب مراعاتها للأخذ بصحة مضمون الكتابة مبيناً الفروع التي يؤخذ فيها بالكتابة بشكل تفصيلي.
٢. أن ينص القانون على متى يمكن اعتبار الكتابة صريحة ومتى تعتبر الكتابة كناية تحتاج إلى نية.
٣. خلت مواد القانون الشخصية من النص على استعمال الوسائل الحديثة في مسائل الأحوال الشخصية كاستخدام لغة الشات والإنكليزي المعرب وبرامج التواصل الكتابية، لذا اقترح أن ينص القانون في مواد مستقلة مبيناً أثرها على مسائل الأحوال الشخصية.
٤. تنظيم عقود الزواج الإلكترونية عن طريق المحاكم الشرعية وذلك بتخصيص غرف للزواج الإلكتروني من قبل مختصين منعاً للتلاعب والغش، وغرف تختص بالطلاق الإلكتروني يتم فيها التحقيق من قبل المختصين من هوية المرسل وكشف أي تلاعب أو تزوير.
٥. إضافة ما تم اقتراحه خلال البحث من أحكام للكتابة على مواد قانون الأحوال الشخصية.

المصادر والمراجع

١. الإثبات بالعناية والخبرة في الفقه والقانون، جمال الكيلاني، كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع، مجلة جامعة النجاح، (العلوم الإنسانية) المجلد ١٦ (١) ٢٠٠٢ م
٢. أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلي، ط: الرابعة ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م
٣. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لفتحي أحمد صافي، مطبعة الكتاب العربي، دمشق ١٩٩٣ م
٤. أحكام القرآن لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠ هـ)، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ/١٩٩٤ م
٥. الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣ هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دققة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م
٦. أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (المتوفى: ٦٣٠ هـ)، علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ \ ١٩٩٤ م
٧. أسنى المطالب في شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري: دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠ م الطبعة: الأولى
٨. الإصابة في تمييز الصحابة: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢ هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ
٩. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي (المتوفى: بعد ١٣٠٢ هـ)، دار الفكر للطباعة، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م
١٠. الأعلام لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: ١٣٩٦ هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر - أيار ٢٠٠٢ م
١١. إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨ م
١٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧ هـ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر - بيروت، (ب - ط)
١٣. الإنصاف في معرفة راجح من الخلاف علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (ت: ٨٨٥ هـ) دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ

١٤. بحث بعنوان الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي لآمال عبد الرحمن يوسف حسن، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١١م/٢٠١٢م
١٥. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية
١٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث - القاهرة، (د. ط)، ١٤٢٥هـ \ ٢٠٠٤ م
١٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ \ ١٩٨٦م
١٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ \ ٢٠٠٠ م
١٩. تاج العروس من جواهر القاموس: لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، دار الهداية، (د. ط)
٢٠. التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م
٢١. تاريخ الكتابة العربية، د. علي إبراهيم محمد، دار المشرق العربي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٩م
٢٢. تاريخ الكتابة العربية، د. علي إبراهيم محمد، دار المشرق العربي، مصر، الطبعة الأولى ٢٠١٩م
٢٣. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (المتوفى: ٧٩٩هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
٢٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلبي لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ
٢٥. تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٥٧هـ \ ١٩٨٣م

٢٦. التذكرة في القضاء الشرعي سؤال وجواب، المحامي سعدي أبو جيب، المكتبة القانونية، دمشق - حرسنا، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م
٢٧. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: ٥٤٤هـ) المحقق: جزء ١: ابن تاويع الطنجي، ١٩٦٥ م، جزء ٢، ٣، ٤: عبد القادر الصحراوي، ١٩٦٦ - ١٩٧٠ م، جزء ٥: محمد بن شريفة، جزء ٦، ٧، ٨: سعيد أحمد أعراب ١٩٨١ - ١٩٨٣ م، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى
٢٨. التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ
٢٩. تفسير ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٩ هـ
٣٠. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ / ١٩٨٩م
٣١. تهذيب التهذيب: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ
٣٢. التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي سعد سليمان الحامدي دار السلام، الطبعة الأولى ٢٠١٠م
٣٣. التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات، إعداد الدكتورة حنان عبده علي أبو شام، جامعة السودان، مجلة العربية للنشر العلمي، العدد الثامن عشر، تاريخ الإصدار: ٢ - نيسان - ٢٠٢٠م
٣٤. جامع البيان في تأويل القرآن لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ
- ٢٠٠٨ م
٣٥. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ
٣٦. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م

٣٧. جريدة المؤتمر نت: الجمعة: ٢\مارس\٢٠٠٧، www.almotamar.net
٣٨. جريمة تزيف الأختام لدكتورة وعد الشيخلي بحث نشر في دار الحكمة للدراسات والبحوث القانون العام والقانون الخاص نشر في ٨ كانون الثاني ٢٠١٤ م
٣٩. الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد محيي الدين الحنفي (المتوفى: ٧٧٥هـ)، الناشر: مير محمد كتب خانه - كراتشي، (د، ط)
٤٠. حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر (د.ط)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م
٤١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) دار الفكر (د، ط).
٤٢. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٩٢هـ)، بدون ناشر، الطبعة: الأولى - ١٣٩٧ هـ
٤٣. حاشية الصاوي على الشرح الصغير أبو العباس أحمد بن محمد الخلوي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ) دار المعارف، (د. ط)
٤٤. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م
٤٥. حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لدكتور أسامة بن غانم العبيدي: المجلة العربية الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد ٥٦
٤٦. حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات لمنصور عز الدين رسالة ماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦
٤٧. حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات لعائشة قصار الليل، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الخضر، باتنة - الجزائر
٤٨. الحضارة الإسلامية، أحمد زكي باشا، مؤسسة هنداوي، يورك هاوس، ٢٠٢١ م
٤٩. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ \ ١٩٩١م

٥٠. الدكتور عبد الرزاق السنهوري إسلامية الدولة والمدنية والقانون: تأليف د. محمد عمارة، دار السلام، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م
٥١. دور الوسائل الحديثة في إبرام عقود الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، دراسة مقارنة، بحث قدّم لاستكمال شهادة الماستر، للطالبة: يونس مسعود، جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، ٢٠١٣م / ٢٠١٤م
٥٢. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة
٥٣. ذيل طبقات الحنابلة لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، المحقق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٥م
٥٤. رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م
٥٥. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش، بيروت الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م
٥٦. سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر لمحمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو الفضل (المتوفى: ١٢٠٦هـ)، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٥٧. سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٩٨م
٥٨. السنن الكبرى أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
٥٩. سنن سعيد بن منصور لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: ٢٢٧هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٢م
٦٠. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للإمام سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٢هـ) تحقيق: محمد خيرى سعيد، المكتبة الوقفية، (د.ط)

٦١. شرح المجلة لسليم رستم باز، دار إحياء التراث العربي — بيروت، الطبعة الثالثة — ١٩٨٦م: مادة (١٠٩٢)
٦٢. شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، أ. د عبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، مديرية الكتب الجامعية ١٩٩٨ م. ١٤١٩ هـ
٦٣. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١ هـ)، دار الفكر للطباعة — بيروت، (د. ط)
٦٤. شرح مشكل الآثار لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١ هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ/ ١٤٩٤ م
٦٥. شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ)، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣ م
٦٦. صبح الأعشى في صناعة الإنشاء أحمد بن علي بن أحمد القلقشندي ت (٨٢ هـ) دار الكتب العلمية بيروت
٦٧. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣ هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين — بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م
٦٨. صحيح مسلم لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١ هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي — بيروت، (د. ط)
٦٩. صحيفة الوطن المحلية، سورية يومية، العدد ٢٤٢١ الأحد ١٩/٦/٢٠١٦ بقلم محمد منار حميجو
٧٠. طبقات الحنابلة لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: ٥٢٦ هـ)، المحقق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة — بيروت، (د. ط)
٧١. طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١ هـ)، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣ هـ
٧٢. الطلاق الالكتروني في الفقه لإسلامي بحث معد لكلية الشريعة والأنظمة جامعة الطائف أ. د علي أبو البصل

٧٣. العناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (المتوفى: ٧٨٦هـ)، دار الفكر، (د.ط)
٧٤. عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي مع شرح الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان الطبعة الثانية ١٤١٥هـ/١٩٩٥ م
٧٥. الفتاوى الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ
٧٦. فتح القدير للكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ)، دار الفكر، (د.ط)
٧٧. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، دار الفكر، (د.ط)
٧٨. فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: أولى ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨ م
٧٩. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، (د. ط)
٨٠. الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة، دار الفكر، سورية - دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها
٨١. الفوائد البهية في تراجم الحنفية لآبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (د.ط).
٨٢. في علم الكتابة العربية، د. عبد الله ربيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٢ م
٨٣. القاضي في الإسلام لسعدي أبو حبيب، دار الصديق للعلوم، دمشق، ط: أولى ١٤٣٢هـ/٢٠١١ م.
٨٤. القاموس الفقهي الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق - سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م، تصوير: ١٩٩٣ م
٨٥. القاموس المحيط القاموس المحيط لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦ هـ/٢٠٠٥ م

٨٦. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥٩/ لعام ١٩٥٣ م.
٨٧. قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء
٨٨. القانون المدني الجزائري رقم ٥٨-٧٥ الصادر في ٢٧/٢/١٩٧٥ م المعدل بالقانون رقم ١٠-٥٥ الصادر في ٢٠/٦/٢٠٠٥ م
٨٩. القانون الناظم للمعاملات الالكترونية رقم ٣/٣ الصادر ٢٠١٤ م
٩٠. قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر رد المختار) لعلاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: ١٣٠٦ هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، (د.ط)
٩١. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لد. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ \ ٢٠٠٦ م
٩٢. الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣ هـ) تحقيق: محمد المورتاني، مكتبة الرياض الحديثة السعودية، ط: ثانية ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م
٩٣. الكتابة والكتاب، علي أحمد الشهيدي، الطبعة الأولى، مصر، ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م
٩٤. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم لمحمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨ هـ)، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج، نقل النص الفارسي إلى العربية: د. عبد الله الخالدي الترجمة الأجنبية: د. جورج زيناني، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٩٩٦ م
٩٥. كشاف القناع منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١ هـ) دار الكتب العلمية، (د.ط)
٩٦. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة (المتوفى: ١٠٦٧ هـ)، مكتبة المثنى - بغداد (وصورتها عدة دور لبنانية، بنفس ترقيم صفحاتها، مثل: دار إحياء التراث العربي، ودار العلوم الحديثة، ودار الكتب العلمية) تاريخ النشر: ١٩٤١ م
٩٧. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى

٩٨. ماسكت عنه قانون الأحوال الشخصية السوري في مسائل فَرْق الزواج وآثارها (دراسة فقهية قانونية مقارنة): بحث لنيل درجة الماجستير، إعداد لبابة خادم السروجي، جامعة دمشق ١٤٣٩هـ ٢٠١٨م
٩٩. المبدع شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م
١٠٠. المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) دار المعرفة بيروت (د.ط)
١٠١. مجلة الوعي الإسلامي، شهرية تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، العدد ٥٣٢ بتاريخ ٣ أيلول ٢٠١٠م.
١٠٢. مجموع الفتاوى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م
١٠٣. المجموع شرح المذهب أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، دار الفكر، (د.ط)
١٠٤. مختار الصحاح لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا
١٠٥. المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م
١٠٦. المدونة لمالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩) دار الكتب العلمية: الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م
١٠٧. المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تحقيق: أديب استنبولي، وتقديم المستشار سعدي أبو جيب، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م
١٠٨. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م
١٠٩. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق أسامة عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م

١١٠. المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩٠م
١١١. مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ) تحقيق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ٤٢١هـ / ٢٠٠١م
١١٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية - بيروت، (د، ط)
١١٣. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م
١١٤. المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين لأعضاء ملتقى أهل الحديث، أعده للشاملة أسامة بن الزهراء عضو في ملتقى أهل الحديث، مرقم آلياً.
١١٥. معجم اللغة العربية المعاصرة لدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: ١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م
١١٦. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم، جامعة الأزهر، دار الفضيلة، (د. ط)
١١٧. المعجم الوسيط لـ (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة، (د. ط)
١١٨. معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م
١١٩. المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق: المكتبة التجارية - مكة المكرمة، (د. ط)
١٢٠. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م
١٢١. المغني لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (د. ط)

١٢٢. مفاتيح الغيب أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠هـ.
١٢٣. مقدمة ابن خلدون، العلامة ولي الدين عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون (٧٣٢-٨٠٨هـ)، تحقيق: عبد الله محمد درويش، دار يعرب - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
١٢٤. منح الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، دار الفكر - بيروت، (د. ط)، ١٤٠٩هـ \ ١٩٨٩م.
١٢٥. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، (د. ط).
١٢٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ \ ١٩٩٢م.
١٢٧. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوام، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت \ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
١٢٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) دار الفكر، بيروت الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
١٢٩. نهاية المطلب في دراية المذهب عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ) حققه أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ \ ٢٠٠٧م.
١٣٠. نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكي، تقديم عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب - طرابلس، الطبعة الثانية - ٢٠٠٠م.
١٣١. نيل الأوطار للشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ \ ١٩٩٣م.
١٣٢. الهداية على مذهب الإمام أحمد لمحمود بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس ١٤٢٥هـ \ ٢٠٠٤م.

١٣٣. الهداية في شرح بداية المبتدي لعللي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (د.ط)
١٣٤. الوافي بالوفيات لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ) تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركلي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (د. ط) ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م
١٣٥. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي: دار البيان - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ \ ١٩٨٢م
١٣٦. الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (د. ط)

فهرس الآيات القرآنية

طرف الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾	البقرة	١٨٥	٥٨
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾	البقرة	٢٨٢	٦٦-٢٤-١٦-١
﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ﴾	البقرة	٢٨٢	٥٨
﴿وَلَا تَكُونُوا الشَّهَادَةَ﴾	البقرة	٢٨٣	٦٠
﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾	آل عمران	١٨	٥٨
﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ﴾	آل عمران	٨١	٧٥
﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾	النساء	٢١	١١٠
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ﴾	المائدة	١٠٦	٦٠
﴿وَأَخْرُوجُوا اعْتَرِفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾	التوبة	١٠٢	٧٥
﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي﴾	يونس	٥٣	٧٢
﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾	يوسف	١٨	٨٢
﴿قَالَ هِيَ رَأَوْدَتْنِي عَنْ نَفْسِي﴾	يوسف	٢٦-٢٧	٨٢
﴿وَتَرَى الْمُجْرِمِينَ يَوْمَئِذٍ مُقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾	إبراهيم	٤٩	٨١
﴿اذْهَبْ بِكِتَابِي هَذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ﴾	النمل	٢٨	١٦
﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ قُلْ بَلَى وَرَبِّي﴾	سبا	٣	٧٢
﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ﴾	الصفافات	٩٣	٧١
﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾	الزخرف	٨٦	١٧٢
﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا﴾	المنافقون	١	٥٨
﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	الطلاق	٢	٦٦-٦٣-٦٢-٦٠

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
١٠٢ - ٨٠	أَلَمْ تَرَيَ أَنَّ مُجَرَّزًا الْمُدَلِّجِيَّ
١٧	إِنَّ أَوَّلَ مَنْ جَحَدَ آدَمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ
١١٦ - ١٩	أَهَا كَانَتْ تَحْتَ عِبِيدِ اللَّهِ بْنِ جَحْشٍ فَمَاتَ بِأَرْضِ الْحَبْشَةِ
١٤٥ - ١٤٠ - ٣٩	ثَلَاثُ جِدْهُنَّ جِدٌّ وَهَزْهُنَّ جِدٌّ
٣٥	رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَ
٦١ - ٦٠	سَأَلْتُ أُمِّي أَبِي بَعْضَ الْمُوهَبَةِ لِي مِنْ مَالِهِ
٧٢ - ٦٠	شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ
٨٣	لَا تُنْكَحِ الْأَيِّمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ
٧٣	لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ
٥٠	لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَقَمَةٌ
١٧١ - ١٧	مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ
٧٣ - ٦٠	مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالٌ
٧٧	يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي زَنَيْتُ
٧٦	يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَهَّرْنِي
٧٧	يَا نَبِيَّ اللَّهِ، أَصَبْتُ حَدًّا، فَأَقِمْهُ عَلَيَّ
٧١	يَمِينُكَ عَلَى مَا يُصَدِّقُكَ عَلَيْهِ صَاحِبُكَ

فهرس الآثار

الصفحة	اسم الصحابي أو التابعي	طرف الأثر
١٦٧	عمر بن الخطاب	ابْتَعُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الصَّدَقَةُ
٥٠	إبراهيم النخعي	إذا خط الرجل بيده الطلاق فهو طلاق
٦٣	سعيد بن المسيّب	من أهل الكتاب

فهرس الأعلام

ابن القاسم	١٥٨
ابن الماجشون	٤٦
ابن المنذر	١٤١
ابن الهمام	٢٧
ابن حنبل	١٨
ابن رشد	١٣٤
ابن شعبان	١٦٣
ابن عابدين	٤٣
ابن عمر	١٧
ابن قدامة	٥٢
ابن قيم الجوزية	٤٤
أبو حنيفة	٤٠
أبو عمرو بن حفص	٥٠
أبو هريرة	٢٤
أبو يوسف	٢٩
أحمد الحداد	١٤٨
أسامة بن زيد	٨٣
الأشعث بن قيس	٦٠
أصحمة النجاشي	١٩
أم حبيبة	١٩

أنس بن مالك	١٧
البخاري	١٦
الخطاب	١٥٨
الخرشي	١٢٨
زيد بن حارثة	٨٣
سعدى أبو جيب	٩١
سعيد بن المسيب	٦٣
الشافعي	٣٥
شرحيل بن حسنة	١٩
عائشة الصديقة	٨٣
العبادي	١٧٣
عبد الرزاق السنهوري	٩٣
عروة بن الزبير	١٩
عمر بن الخطاب	٨٤
الغامدية	٧٦
فاطمة بنت قيس	٥٠
قدري باشا	٩
القلقشندي	١٠
الّخمي	١٦٣
ماعز بن مالك	٧٦
مالك بن أنس	١٧٤

٨٣	 مجز المدلجى
٤٠	 محمد بن الحسن
١٧٣	 المروزى
١١٨	 مصطفى الزرقا
٥٠	 النخعى
٦٠	 النعمان بن بشير
٢٣	 النووى
١١٨	 وهبة الزحيلى

فهرس المصطلحات

المصطلح	الصفحة
أحوال	٨
توثيق	٨
زواج	١١٩
التوقيع الإلكتروني	١٠١

فهرس المحتوى

الموضوع	الصفحة
الشكر والتقدير	
مستخلص	
المقدمة	١
أ_ أهمية البحث، وأسباب اختياره	١
ب_ إشكالية البحث، وأهدافه	٢
ج_ مناهج البحث، وإجراءاته	٢
د_ حدود الدراسات المرجعية، وموقع البحث منها	٣
هـ_ جديد البحث وتقسيماته (خطة البحث)	٤
المبحث التمهيدي	٨
المطلب الأول: تعريف الأحوال الشخصية.	٩
المطلب الثاني: تعريف الكتابة ونشأتها وتطورها.	١١
الفصل الأول: حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها وشروطها.	١٦
المبحث الأول: حجية الكتابة ودلالاتها وأحكامها.	١٨
المطلب الأول: حجية الكتابة.	١٩
المطلب الثاني: دلالة الكتابة.	٢٤
المطلب الثالث: حكم الكتابة بين حاضرين	٢٧
المطلب الرابع: حكم الكتابة بين غائب وحاضر.	٣١
المبحث الثاني: شروط الكتابة النافذة.	٣٤
المطلب الأول: شروط من تقع منه الكتابة.	٣٥

المطلب الثاني: شروط صفة الكتابة النافذة	٥٠
الفصل الثاني: طرق توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية	٥٦
المبحث الأول: الطرق القديمة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية.....	٥٧
المطلب الأول: الشهادة	٥٨
المطلب الثاني: اليمين	٧٠
المطلب الثالث: الإقرار	٧٤
المطلب الرابع: القرائن	٨١
المبحث الثاني: الطرق الحديثة في توثيق الكتابة في الأحوال الشخصية	٨٦
المطلب الأول: البصمة	٨٧
المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني	٩٥
المطلب الثالث: الخبرة	١٠٤
الفصل الثالث: أثر الكتابة على مسائل الأحوال الشخصية	١٠٩
المبحث الأول: أثر الكتابة في الزواج وآثاره.....	١١٠
المطلب الأول: أثر الكتابة في الخطبة.....	١١١
المطلب الثاني: أثر الكتابة في صيغة عقد الزواج.....	١١٣
المطلب الثالث: أثر الكتابة في المهر	١٢١
المطلب الرابع: أثر الكتابة في نتائج الولادة	١٢٤
المبحث الثاني: أثر الكتابة في انحلال الزواج وآثاره.....	١٢٨
المطلب الأول: أثر الكتابة في الطلاق بالإرادة المنفردة	١٢٩
المطلب الثاني: أثر الكتابة في الطلاق المعلق	١٣٥
المطلب الثالث: أثر الكتابة في طلاق المكره والهازل	١٣٩

المطلب الرابع: أثر الكتابة في الطلاق عبر الوسائل الإلكترونية.....	١٤٢
المطلب الخامس: أثر الكتابة في الخلع	١٤٧
المطلب السادس: أثر الكتابة في التفريق بالظهار واللعان.....	١٥٠
المطلب السابع: أثر الكتابة في آثار الطلاق	١٥٤
المبحث الثالث: أثر الكتابة في النيابة والأهلية الشرعية	١٥٦
المطلب الأول: تصرفات المحجور عليه كتابة	١٥٧
المطلب الثاني: تصرف الولي والوصي كتابة	١٦٦
المبحث الرابع: أثر الكتابة في الوصية	١٧١
المطلب الأول: تعريف الوصية وحكمها كتابة.....	١٧١
المطلب الثاني: أثر الكتابة في الوصية	١٧١
المطلب الثالث: ثبوت الوصية كتابة في القانون	١٧٥
ملحق المقترحات	١٧٧
الخاتمة	١٧٨
الفهارس	١٨٠
فهرس المصادر والمراجع	١٨١
فهرس الآيات القرآنية	١٩٣
فهرس الأحاديث النبوية	١٩٤
فهرس الآثار	١٩٥
فهرس الأعلام	١٩٦
فهرس المصطلحات	١٩٩
فهرس المحتوى	٢٠٠



Syrian Arab Republic

Ministry of Higher Education and Scientific Research

Damascus University _ Faculty of Sharia

Personal Status Department

Writing provisions in matters of personal status

Comparative jurisprudence study

**A letter submitted to complete the requirements for obtaining a
master's degree**

Done by

Aisha Ahmed Okla.

The supervision of Dr

Abdel Moneim El Sakka

Professor at the Faculty of Sharia, University of Damascus

1445 AH - 2024 AD

Writing provisions in matters of personal status Rulings of writing in matters of personal status

Comparative jurisprudence study

Student: Aisha Ahmed Okla., Supervisor: Dr. Abdel Moneim El Sakka

Message extract

Writing is of great importance as it is a means of learning, recording ideas, method of preservation, documentation of information and rights, transfer of certificates, and proof of rights, and it is currently used in modern electronic ways to express behavior. What is its ruling, determining personal status issues in which writing takes the place of pronunciation, and clarification of methods of documenting writing, as well as extracting the ruling on contemporary writing images after the statement of the legal ruling became a necessity, due to its widespread and widespread use.

After following the comparative inductive and inductive approach and studying this research comprehensively, it reached several results, including:

Writing is the rule of pronunciation, provided that it is understood and written in a clear and readable hand, and that it is on something firm, and also that the author of the writing is correct to act verbally because writing is a substitute for the pronunciation, and every written act that the jurists did not mention its ruling is valid if the conditions of writing are applied to it, and if the agency is valid Non-Muslims through marriage, divorce and wills are correct in writing as they are an alternative to verbalization. The requirement of Islam in writing is dependent on the correctness of the behavior of a non-Muslim, and writing has several forms, including paper writing, including electronic writing, and many forms such as fax and telex, e-mail and communication programs such as WhatsApp and Messenger have appeared. Imo, Telegram and others, and writing in the language of Arabized English and the language of Chat.

•Terminology: (status, writing, marriage, divorce, traces, authentication, electronic signature, editor, will).