بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة كلية الشريعة

تصـــدر عن كليتـــي الشريعـــة (مدنـــي، الهلاليـــة)

بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – ولاية الجزيرة – السودان

السنة الخامسة – العدد التاسع

ربيع الثاني ١٤٤٢هـ – يناير ٢٠٢١م

فهرست المكتبة الوطنية – السودان

مجلة كلية الشريعة

ردمك: ISSN : 1858 – 8611

جمهورية السودان – ولاية الجزيرة – ودمدني

المراسلات

باسم السيد رئيس تحرير مجلة كلية الشريعة

كلية الشريعة – ودمدني – السودان

تلفونات ٠١٢٣٥٥٢٥٧١ – ٠١٢٦٣١٣٣٢٦

رابط المجلة:: http://uofq.edu.sd/magazine/arCopies/getMagazineID/3

قال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾

(النساء: ٥٨)

المشرف العام

أ.د. محمد عبدالله سليمان

رئيس هيئة التحرير

د. الوسيلة عبدالرحمن على

نائب رئيس هيئة التحرير

د. محمد بشير محمد الخليفة

مدير التحرير

د. الزلفا عبدالله مصطفى محمد أحمد

هيئة التحرير

١/ د. أحمد الزين أحمد حامد

٢/ د. عائش على عودة أبوعاذرة

٣/ د. حامد إبراهيم علي

٤/ د. فهمي أحمد إدريس

٥/ د. محمود مهدي الشريف خالد

٦/ د. فهمي أحمد إدريس

الهيئة الاستشارية

١/ أ. د/ على العوض عبد الله الصاحب

٢/ أ. د/ حيدر أحمد دفع الله

٣/ أ. د/ الخضر على إدريس

٤/ أ. د/ محمد الفاضل أحمد موسى

٥/ أ. د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن

٦/ أ. د/ معاوية أحمد سيد أحمد

٧/ د. عوض الحسن النور

٨/ مولانا/ عبد المجيد إدريس علي

٩/ د. بهاء الدين الأمين محمد نور

١٠/ د. الطاهر عبد الكريم ساتي

١١/ د. محمد بشير إبراهيم

التدقيق اللغوي

د. إحسان علي الحاج

شروط وضوابط النشر

1- تنشر المجلة البحوث والدراسات في مجالات المعرفة المتعددة، من داخل وخارج الجامعة، وذلك باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية.

2- أن يُمثِّل البحث إضافة أو مساهمة عملية جادة في العلم والمعرفة في أيٍّ من حقول البحث العلمي.

3- ألا يكون البحث قد سبق نشره، أو مقدماً للنشر لدى جهة أخرى.

4- ألا يكون جزءاً من رسالة علمية نال بها الباحث درجة علمية.

5- أن يشتمل البحث على:

أ. ملخص البحث، ويُكتب بلغتين.. فإذا كان البحث باللغة العربية يكون الملخص باللغة العربية واللغة الإنجليزية، وإذا كان البحث بغير اللغة العربية فيكون الملخص بلغة البحث وباللغة العربية، على ألا يزيد الملخص عن 200 كلمة، وأن يتضمن الملخص: (أهمية البحث، ومشكلته، وأهدافه، ومنهجه، وأهم النتائج والتوصيات).

ب- المقدمة وتتضمن: (الأسباب والأهمية والمشكلة أو الأسئلة والأهداف والبحوث والسابقة والمنهج والهيكل) باختصار غير مخل.

ج- متن البحث: (يقسم على مباحث أو مطالب ونحوهما) وخاتمة بالنتائج والتوصيات وموثقاً للمعلومات وفق المنهج العلمي وأن توضع قائمة المصادر والمراجع في ذيل البحث بدون تكرار.

6- يقدم البحث مطبوعاً من ثلاث نسخ ورقية على برنامج (Word) وبخط (Simplified Arabic) بحجم الخط 14 لنص المتن، و12 للتوثيق في الهامش فيما يخص البحث باللغة العربية، وخط (Times New Roman) للبحث باللغتين الإنجليزية والفرنسية، ويسلم البحث كنسخة رقمية على أسطوانة (CD).

7- أن لا تزيد صفحات البحث عن (25) صفحة (A4) ولا تقل عن (15) صفحة، بما في ذلك الأشكال والملاحق والمراجع، أما بالنسبة للبحوث باللغة الإنجليزية والرياضيات فالحد الأعلى (15) صفحة ولا تقل عن (10) صفحات.

8- يتم إرسال البحث باسم رئيس هيئة تحرير المجلة عبر البريد الإلكتروني للمجلة (sharea@uofq.edu.sd).

9- تخضع جميع البحوث الواردة للتحكيم المتخصص علمياً وأن المجلة غير ملزمة برد أي بحث إلى صاحبه مطلقاً.

10- يتحمل الباحث مسؤولية إخلاله بالأمانة العلمية عن بحثه وما يترتب على ذلك.

11- يرفق الباحث الرئيس مع بحثه نبذة تعريفية عن نفسه، تشمل: تخصصه الدقيق، وعنوانه، وأرقامه السارية للتواصل معه.

الفهرست

الموضوع	مقدم الموضوع	الصفحة
الفهرست		٥
افتتاحية العدد		٧
قياس الدلالة عند ابن قدامة من خلال كتابه المغني "دراسة أصولية تطبيقية"	د. محمد عبد الله الزبير محمد	٩
الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار	د. أبوعبيدة محمد عبدالله بابكر	٣٥
المشترك عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية	د. بابكر الخضر يعقوب تبيدي	٧٣
جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة	أ. والي الدين عبد الرحمن فرح	١٠٧
تحرير القول في الطلاق المعلق على شرط فقها وقانوناً	د. الزلفا عبدالله مصطفى محمد أحمد	١٣٥
الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل في القانون السوداني والاتفاقات الدولية	د. صديق علي العجب الجمالي	١٦٣
الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السودانية	د. جودة إبراهيم محمد النور	٢٠٥
المعاهدات والتنظيمات الدولية في الشريعة الإسلامية	أ. صفاء أبو عادل محمد إسماعيل د. التوم محمد المشرف الزين	٢٤١

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.. وبعد:

بحمدالله تعالى تم إصدار العدد الثامن من مجلة كلية الشريعة (مدني، الهلالية)، ليكون امتداداً لمسيرة تأصيل العلوم والمعارف، في مجال العلوم الشرعية (الفقه وأصوله) ومجال القانون بشقيه العام والخاص.

لقد أتى هذا العدد من المجلة وفي طياته عدد ثمانية بحوث في مجال الفقه وأصوله، والقانون، مستوعباً لمحاور المجلة.

البحث الأول تحت عنوان: (**قياس الدلالة عند ابن قدامة من خلال كتابه المغني "دراسة أصولية تطبيقية"**)، كتبه الدكتور/ محمد عبد الله الزبير محمد، حيث وكان من الأسباب الدافعة للباحث الوقوف على قياس الدلالة ومدى استدلال العلماء به وخاصة ابن قدامة.

والبحث الثاني جاء بعنوان: (**الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار**) للدكتور/ أبوعبيدة محمد عبدالله بابكر، بيَّن فيه الباحث التعريف بالإضمار وأقسامه، ومعرفة الراجح عند تعارض الاشتراك والإضمار، ومعرفة الراجح منهما عند تعارضهما.

أما البحث الثالث فقد ورد بعنوان: (**المشترك عند الأصوليين .. وأثره في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية**)، للدكتور/ بابكر الخضر يعقوب تبيدي، وضّح فيه الباحث مفهوم المشترك اللّفظي عند الأصوليين، وتحديد ماهيته، وإيضاح أسبابه؛ باعتباره من الأمور المهمة في استخراج المعاني من النصوص التي تتعدد فيها العبارات في لغة العرب.

والبحث الرابع بعنوان (**جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة**) كتبه الأستاذ/ والي الدين عبد الرحمن فرح، تناول فيه الباحث أهمية الفقه الإسلامي بصورة عامة وفقه المعاملات المالية على

وجه الخصوص.

وجاء البحث الخامس تحت عنوان: (**تحرير القول في الطلاق المعلق على شرط فقها وقانوناً**) للدكتورة/ الزلفا عبدالله مصطفى محمد أحمد، حيث هدفت الباحثة لدراسة وتأصيل حكم الطلاق المعلق على شرط، باستقراء أقوال الفقهاء في المسألة.

أما البحث السادس للدكتور/ صديق علي العجب الجمالي بعنوان: (**الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل في القانون السوداني والإتفاقات الدولية**)، أبرز فيه الباحث الأجهزة الرئيسية لحماية الطفل و معرفة الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل.

البحث السابع جاء بعنوان: (**الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السودانية**) للدكتور/ جودة إبراهيم محمد النور، يهدف البحث إلى التعرف على مفاهيم الموطن، والأجنبي وأنواع الموطن وتنازع القوانين، والتعرف على اختصاصات المحاكم فيما يخص الموطن.

أما البحث الثامن فقد ورد تحت عنوان: (**المعاهدات والتنظيمات الدولية في الشريعة الإسلامية**) للأستاذة/ صفاء أبو عادل محمد إسماعيل والدكتور/ التوم محمد المشرف الزين، تناول الباحثان التعريف بطبيعة المعاهدات من حيث مفهومها ومدى مشروعيتها كما يهدف الى التعريف بالمنظمات الدولية غير الإسلامية و مدى مشروعية التحاق الدول الإسلامية بها.

رئيس تحرير المجلة

قياس الدلالة عند ابن قدامة من خلال كتابه المغني «دراسة أصولية تطبيقية»

د. محمد عبد الله الزبير محمد*

مستخلص

درس الباحث في هذه الورقة "قياس الدلالة" حيث تناول أقوال الأصوليين في الاستدلال بها وحجيتها وأوضح الباحث اختيار ابن قدامة في الاستدلال بها. وهدف إلى إبراز تطبيقات لابن قدامة لقياس الدلالة، كما هدف إلى تحقيق القول في هذه الدلالة. وكان من الأسباب الدافعة لهذه الورقة الوقوف على قياس الدلالة ومدى استدلال العلماء به وخاصة ابن قدامة. واتبع الباحث منهج الاستقراء والتحليل وذلك بعد جمع أقوال الأصوليين المتعلقة بالمسألة من خلال كتبهم ثم تتبع كتاب المغني لاستخراج مذهب ابن قدامة، وتوصل الباحث لعدة نتائج منها أن قياس الدلالة احتج به عامة العلماء، كما توصل الباحث أن ابن قدامة استخدم قياس الدلالة في مسائل كثيرة جداً. ومن التوصيات تطبيق قياس الدلالة لمعرفة الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين، كما يوصي الباحث بدراسة الأدلة المختلف فيها وإبراز من استدل بها من أهل العلم.

Abstract

The researcher studys «measuring of semantic», where he mentions saying of Islamic fundamentalists in using measuring of semantic in deduction and authenticity, and the researcher identify Ibn Qudama usage of deduction using measuring of semantic. And the researcher aims to show implementation of Ibn Qudama in measuring of semantic, and also to verify sayings of this semantics. The main reason of this paper is to identify measuring of semantic and its usage by Islamic scholars, specifically Ibn Qudama. The researcher followed the inductive and analytical method through collecting Islamic scholars saying about measuring of semantic mentioned in their books, and he searched Almogni book to trace Ibn Qudama doctrine, the researcher has reached a number of conclusions, the most important of which are:

of semantic in clarifying rules of Shari>s set for adults, and also Islamic disputed evidence shall be searched, and show which Islamic scholar had used them

measuring of semantic is used by all Islamic scholars, and Ibn Qudama used measuring of semantic in several cases. And here are some recommendations: using measuring

مقدمة

الحمد لله على امتنانه وكرمه وتعدد آلائه ونعمه وتجدد نعمائه وكثرة أياديه، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين، وعلى آله وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد؛

من رحمة الله تعالى أن يسر للعلماء طرق الاستنباط وعدد لهم الأدلة ونوعها ليتوصلوا بها لمعرفة الحكم الشرعي لأفعال المكلفين، ومن تلك الأدلة ما هو متفق على الاستدلال به ومنها مختلف في الاستدلال به، ومن تلك الأدلة قياس الدلالة، فأحببت أن أدلو بدلوٍ ذاكراً أقوال أهل العلم فيه ثم أعقب تلك المناقشة بتطبيق لأحد العلماء ممن استدل به وهو ابن قدامة رحمه الله تعالى من خلال كتابه المغني.

أهمية البحث:

- تكمن أهمية البحث في أنّه تطبيق عملي في الاستدلال بدليل لمعرفة الأحكام الشرعية.
- دراسة أصولية تطبيقية لدليل شرعي.
- كما يعد عوناً لطالب الأصول لمعرفة أحكام الفروع الفقهية مستخدماً قياس الدلالة
- إبراز تطبيقات ابن قدامة لقياس الدلالة.

أسباب اختيار البحث:

- ما ذكرته من أهمية البحث السابقة.
- التحقق من حجية قياس الدلالة.
- إبراز تطبيقات لابن قدامة في الاستدلال بقياس الدلالة.

الدراسات السابقة:

- لا يكاد يخلو كتاب من كتب

الأصول إلا وتناول قياس الدلالة.

- لم أقف على بحث علمي تناول قياس الدلالة فضلا عن التطبيق عليه.

منهج البحث:

اتبع الباحث منهج الاستقراء والتحليل وذلك بتتبع كتب الأصول ودراسة قياس الدلالة ثم تتبع كتاب المغني لابن قدامة للتأكد من تطبيقه لها.

عمل الباحث:

- نقل أقوال الأصوليين من مظانها من كتبهم والعزو إليها.
- عزو الآيات لسورها.
- تخريج الأحاديث من مظانها.
- التوثيق ممن أنقل عنه إلا إن تعذر فأنقل بالواسطة.
- وضع فهرس للموضوعات.
- لا أترجم لأحد من الأعلام لئلا تطول الحواشي.

هيكل البحث:

اشتمل البحث بعد المقدمة على ثلاثة مباحث، ثم ذيلت البحث بخاتمة ذكرت فيها نتائج وتوصيات، ثم أعقبتها بفهارس، على النحو التالي:

مقدمة: وذكرت فيها أهمية البحث والأسباب التي دفعتني للكتابة فيه ومنهج البحث والدراسات السابقة وعمل الباحث والهيكل.

المبحث الأول: **تعريف بابن قدامة، وكتابه المغني**

المبحث الثاني: **دراسة أصولية لقياس الدلالة**

المبحث الثالث: **مسائل تطبيقية لقياس الدلالة عند ابن قدامة من كتابه المغني.**

خاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

تعريف بابن قدامة، وكتابه المغني، وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف بابن قدامة

١/ اسمه ونسبه ومولده:

هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله

المقدسي، ثم الدمشقي، الصالحي الفقيه، الزاهد الإمام، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، موفق الدين أبو محمد، ولد في شعبان سنة إحدى وأربعين وخمسمائة بجماعيل [١].

ونزل مع أسرته بمسجد أبي صالح وليس به من العمارة شئ، وقيل لهم الصالحيين نسبة إلى مسجد أبي صالح، وسميت هذه البقعة من ذلك الحين بالصالحية نسبة إليهم [٢].

٢/ نشأته وطلبه العلم:

حفظ ابن قدامة القرآن، ولزم الاشتغال من صغره، وكتب بالخط المليح، وكان من بحور العلم وأذكياء العالم. ورحل هو وابن خاله الحافظ عبد الغني في أول في طلب العلم إلى بغداد، وسمع بدمشق وبالموصل وبمكة وغيرها [٣].

٣/ مذهبه:

ابن قدامة حنبلي المذهب قال في مقدمة كتابه المغني:(... وجعل في سلف هذه الأمة أئمة من الأعلام مهد بهم قواعد الاسلام وأوضح بهم مشكلات الأحكام اتفاقهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة تحيا القلوب بأخبارهم وتحصل السعادة باقتفاء آثارهم ثم اختص منهم نفراً أعلى قدرهم ومناصبهم وأبقى ذكرهم ومذاهبهم فعلى أقوالهم مدار الأحكام وبمذاهبهم يفتي فقهاء الإسلام وكان إمامنا أبو عبد الله أحمد بن محمد بن محمد بن حنبل رضي الله عنه من أوفاهم فضيلة وأقربهم إلى الله وسيلة وأتبعهم لرسول الله صلى الله عليه و سلم وأعلمهم به وأزهدهم في الدنيا وأطوعهم لربه فلذلك وقع اختيارنا على مذهبه) [٤].

٤/ ثناء العلماء عليه وأخلاقه:

قال الصفدي:(وكان أوحد زمانه إماماً في علم الخلاف والفرائض والأصول والفقه والنحو والحساب والنجوم السيارة والمنازل)[٥].

وقال الذهبي: (وكان عالم أهل الشام في زمانه. قال ابن النجار: كان إمام الحنابلة بجامع دمشق، وكان ثقة

حجة نبيلاً، غزير الفضل، نزيهاً، ورعاً عابداً، على قانون السلف، عليه النور والوقار، ينتفع الرجل برؤيته قبل أن يسمع كلامه) [٦].

وقال عمر بن الحاجب: (هو إمام الأئمة، ومفتي الأمة، خصه الله بالفضل الوافر،... وله المؤلفات الغزيرة، وما أظن الزمان يسمح بمثله، متواضع، حسن الاعتقاد، ذو أناة وحلم ووقار، مجلسه معمور بالفقهاء والمحدثين، وكان كثير العبادة، دائم التهجد، لم نر مثله، ولم ير مثل نفسه)[٧].

وقال الضياء: (كان رحمه الله إماما في التفسير وفي الحديث ومشكلاته، إماما في الفقه، بل أوحد زمانه فيه، إماماً في علم الخلاف، أوحد في الفرائض، إماماً في أصول الفقه، إماماً في النحو والحساب... وسمعت المفتي أبا بكر محمد بن معالي بن غنيمة يقول: ما أعرف أحداً في زماننا أدرك درجة الاجتهاد إلا الموفق) [٨].

٥/ شيوخه: تلقى العلم على عدد كبير من علماء الشام، منهم:

وسمع من خلق عظيم منهم(الشيخ عبد القادر، و هبة الله بن الحسن الدقاق، وأبي زرعة بن طاهر، وأحمد بن المقرب،... وخديجة النهروانية، ونفيسة البزازة، وشهدة الكاتبة، وأبي شجاع محمد بن الحسين المادرائي، ويحيى بن ثابت) [٩].

٦/ تلاميذه:

وأخذ عنه عدد جم منهم: حدث عنه البهاء عبد الرحمن، والجمال أبو موسى ابن الحافظ، وابن نقطة، وابن خليل، والضياء، وأبو شامة، وابن النجار، وابن عبد الدائم، والجمال ابن الصيرفي، والعز إبراهيم بن عبد الله، والتقي ابن الواسطي، والشمس ابن الكمال، والتاج عبد الخالق، والعماد ابن بدران، والعز إسماعيل ابن الفراء وزينب بنت الواسطي، وخلق آخرهم موتا التقي أحمد بن مؤمن [١٠].

٧/ مؤلفاته:

صنف عددا كثيراً في أصناف العلوم منها: المغني و المقنع والعمدة والكافي، والروضة والتوابين ونسب الأنصار والهداية ومسألة العلو والاعتقاد وذم التأويل وفصل عاشوراء ومختصر العلل وغيرها[١١].

٨/ وفاته:

انتقل إلى رحمة الله يوم السبت يوم الفطر، ودفن من الغد سنة عشرين وست مئة، وكان الخلق لا يحصون توفي بمنزله بالبلد [١٢].

المطلب الثاني

تعريف بكتاب المغني

إن كتاب المغني من أهم وأشهر شروح "مختصر الخرقي" وهو ليس كتاب فقه حنبلي فحسب، بل هو موسوعة فقه مقارن، يذكر فيه المؤلف آراء المذاهب الأخرى ويقارن بينها، وكذلك هو حافلٌ بفقه السلف رحمهم الله، وهو غنيٌ بالاستدلال، وتوجيه الأقوال، والتعليل لها، بأسلوب رصين، وعرضٍ جميل وأخَّاذ.

ويكفي في مكانة المغني العلمية ما اشتهر عن العز بن عبد السلام أنه قال: لم تطب نفسي بالفتيا حتى صار عندي نسخة المغني[١٣].

المبحث الثاني

دراسة أصولية لقياس الدلالة

المطلب الأول

التعريف بالقياس و تقسيماته

الفرع الأول: **تعريف القياس**

المسألة الأولى: **القياس في اللغة:**

جاء في لسان العرب ("قيس": قاس الشيء يقيسه قيسا و قياسا و اقتاسه و قيسه إذا قدره على مثاله. يقال: قيس رمح وقاسه. المقايسة مفاعلة من القياس. ويقال: هذه خشبة قيس أصبع أي قدر أصبع. ويقال: قايست بين شيئين إذا قادرت بينهما و قاس الطبيب قعر الجراحة قيسا)[١٤].

وجاء في تاج العروس: ("ق ي س" قاسه بغيره وعليه أي على غيره يقيسه

قيسا وقياسا... والمقدار مقياس لأنه يقدر به الشيء ويقاس...)[١٥].

وقال صاحب مختار الصحاح (قاس الشيء بغيره وعلى غيره و قايس بين الأمرين مقايسة و قياسا و اقتاس الشيء بغيره قاسه به) [١٦] وفيه أيضا ([قيس] ق ي س: قَاسَ الشيء بالشيء قدره على مثاله ويقال بينهما قِيسُ رمح) [١٧].

ونخلص من ذلك أن معنى القياس في اللغة: التقدير، يقال: قاس الطبيب الجرح، إذا قدر عمقه، وقاس البزاز القماش إذا قدره بالمتر. ويطلق على المساواة بين شيئين

المسألة الثانية القياس في اصطلاح الأصوليين:

عرف الأصوليون القياس بعدة تعريفات ترجع إلى اعتبارين، الأول جعل القياس اسماً لفعل المجتهد، والثاني جعل القياس اسماً للتساوي الواقع بين المسألتين، سواء تفطن له المجتهد فاستدل به على حكم غير المنصوص أم لم يتفطن له.

فمن عرف القياس بالاعتبار الأول قال: إلحاق فرع بأصل في الحكم الشرعي الثابت له لاشتراكهما في علة الحكم.

ومثله التعبير بلفظ: حمل فرع على أصل في حكم...الخ. وكذا قولهم: حمل معلوم على معلوم [١٨]... الخ.

ومن عرفه بالاعتبار الثاني قال: مساواة فرع لأصل في حكم شرعي لاشتراكهما في علة الحكم، وقال الزركشي: (فالمحققون أنه مساواة فرع لأصل في علة الحكم أو زيادته عليه في المعنى المعتبر في الحكم) [١٩].

وكل من هذين التعريفين لم يسلم من الاعتراض، ولكن لما كان المقصود بالتعريف تمييز المعرف عن غيره أمكن الاكتفاء بأي منهما.

الفرع الثاني

تقسيمات القياس

قسم الأصوليون القياس تقسيمات متعددة باعتبارات متباينة، والتقسيم

الملائم مع هذا البحث ما تعلق بالعلة، قال الجويني في الورقات: (وأما القياس فهو رد الفرع إلى الأصل في الحكم بعلة تجمعهما وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام قياس علة وقياس دلالة وقياس شبه) [٢٠].

قال الشيرازي: (إن القياس على ثلاثة أضرب قياس علة وقياس دلالة وقياس شبه)[٢١].

وقال ابن النجار في مختصر التحرير مقسماً القياس باعتبارات منها باعتبار العلة: (وباعتبار علته إن صرح فيه بها فقياس علة وإن جمع فيه بما يلازمها أو بأحد موجبها في الأصل لملازمة الآخر فقياس دلالة، وما جمع بنفي الفارق فقياس في معنى الأصل) [٢٢]، ومثله في تيسير التحرير[٢٣].

وبيان ذلك كما قال في تيسير التحرير"قياس علة وهو ما صرح فيه بالعلة كما يقال حرم النبيذ كالخمر للإسكار وقياس دلالة وهو أن يجمع فيه بين الأصل والفرع بملازمها أي بذكر ما يلازم العلة كرائحة الشراب المشتد بالشدة المطربة المشتركة بين النبيذ والخمر لدلالته على وجود العلة وهي الإسكار وقياس في معنى الأصل وهو أن يجمع بين الأصل والفرع في الحكم بنفي الفارق بينهما) [٢٤].

المطلب الثاني

التعريف بقياس الدلالة وتقسيماته، وفيه فرعان:

الفرع الأول

تعريف قياس الدلالة:

عرف الأصوليون قياس الدلالة بعدة تعريفات منها:

١/ قياس الدلالة هو: (الجمع بين أصل وفرع بدليل العلة"كالجمع بين الخمر والنبيذ بالرائحة الدالة على الشدة المطربة)[٢٥].

٢/ (قياس الدلالة أن يستدل بانتفاء الحكم عن الشيء على انتفائه عن مثله)[٢٦].

٣/ (قياس الدلالة ما لا يذكر فيه العلة بل وصف ملازم لها كالنبيذ حرام

كالخمر بجامع الرائحة المشتدة)[٢٧].

ويمكن تصور قياس الدلالة بالأمثلة التالية:

قال ابن قدامة: (ومثاله قولنا في جواز إجبار البكر: جاز تزويجها وهي ساكتة فجاز وهي ساخطة كالصغيرة فإن إباحة تزويجها مع السكوت يدل على عدم اعتبار رضاها إذ لو اعتبر لاعتبر دليله وهو النطق أما السكوت فمحتمل متردد وإذا لم يعتبر رضاها أبيح تزويجها حال السخط)[٢٨].

وقال د. عبدالكريم النملة شارحاً كلام ابن قدامة السابق:(قول بعض الفقهاء يجوز تزويج البكر – بدون رضاها –وهي ساكتة فقاس على ذلك جواز تزويجها وهي ساخطة كالصغيرة. فهذا قياس دلالة، حيث جمع في هذا بين الصغيرة والبكر الكبيرة بدليل عدم اعتبار رضاهما وهو تزويجهما ساكتتين، وبيان ذلك:

أن كون الشارع قد أباح تزويج البكر مع السكوت يدل على عدم اعتبار رضاها لأنه لو اعتبر رضاها لاعتبر دليله وهو نطقها بالموافقة لكن نطقها لم يعتبر فدل على أن رضاها لا يعتبر وإذا كان الأمر كذلك –وهو عدم اعتبار رضاها – فإنه يجوز تزويجها وإن كانت ساخطة)[٢٩].

ومثال آخر (قياس الدلالة كوجوب الزكاة في مال الصبي قياساً على مال البالغ فإن العلة الجامعة بينهما دفع حاجة الفقير بجزء من المال النامي)[٣٠].

ومثال ثالث: قاله الإمام الغزالي مفرقا بين قياس الدلالة وقياس العلة: (ومثال قياس العلة من المحسوسات قولك: هذه الخشبة محترقة لأنها أصابتها النار، وهذا الإنسان شبعان لأنه أكل الآن. وقياس الدلالة عكسه وهو أن يستدل بالنتيجة على المنتج فنقول: هذا شبعان فإذا هو قريب العهد بالأكل، وهذه المرأة ذات لبن فهي قريبة العهد بالولادة. ومثاله من الفقه قولك: هذه عين نجسة فإذن لا

تصح الصلاة معها، وقياس الدلالة عكسه وهو أن نقول هذه عين لا تصح الصلاة معها فإذن هي نجسة)[٣١].

وبهذا يتضح معنى قياس الدلالة.

الفرع الثاني

تقسيمات قياس الدلالة

وقسم الشيرازي في كتابه المعونة في الجدل قياس الدلالة لثلاثة اضرب، قائلا: (قياس الدلالة وهو ثلاثة اضرب:

أحدها: أن يستدل بخصيصة من خصائص الشيء عليه، كقولنا في سجود التلاوة أنه لا يجب لأنه سجود يجوز فعله على الراحلة في غير عذر فأشبه سجود النفل وإن جواز فعله على الراحلة من خصائص النوافل فيستدل به على أنه نفل.

والثاني: ان يستدل بالنظير على النظير كقولنا في الزكاة في مال الصبي إن من وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في ماله كالبالغ وكقولنا في ظهار الذمي من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم وإن العشر نظير ربع العشر والظهار نظير الطلاق فيدل أحدهما على الاخر.

والثالث: أن يستدل بضرب من الشبه مثل أن يقول في إيجاب الترتيب في الوضوء إنه عبادة يبطلها النوم فوجب فيها الترتيب كالصلاة)[٣٢].

ونحو هذا التقسيم ذكره المحلي في جمع الجوامع قائلاً: ("قياس الدلالة ما جمع فيه بلازمها فأثرها فحكمها"الضمائر للعلة وكل من الثلاث يدل عليها، وكل من الأخير دون ما قبله كما دلت عليه الفاء.

مثال الأول أن يقال: النبيذ حرام كالخمر بجامع الرائحة المشتدة وهي لازمة للإسكار، ومثال الثاني أن يقال: القتل بالمثقل موجب للقصاص كالقتل بمحدد بجامع الإثم وهو أثر العلة التي هي القتل العدوان.

ومثال الثالث أن يقال: تقطع الجماعة بالواحد كما يقتلون به بجامع وجوب الدية عليهم بذلك حيث كان غير عمد

وهو حكم العلة التي هي القطع منهم في الصورة الأولى والقتل منهم في الثانية)[٣٣].

ونجد الشنقيطي ذكر مثل هذه التقسيمات في مذكرته في الأصول قائلا:

(وقد أوضح قياس الدلالة جماعة من الأصوليين بأنه الجمع بين الأصل والفرع:

بملزوم العلة أو أثرها أو حكمها.

فمثال الجمع بملزومها: الحاق النبيذ بالخمر في المنع بجامع الشدة المطربة لأنها ملزومة للإسكار الذي هو العلة.

ومثال الجمع بأثر العلة: إلحاق القتل بالمثقل بمحدد في القصاص بجامع الإثم، لأن الإثم أثر العلة التي هي القتل العمد العدوان.

ومثال الجمع بحكم العلة: الحكم بحياة شعر المرأة قياساً على سائر شعر بدنها بجامع الحلية بالنكاح والحرمة بالطلاق، وكقولهم بجواز رهن المشاع قياساً على جواز بيعه بجامع جواز البيع)[٣٤].

بينما نجد الطوفي في شرحه لمختصر الروضة جعله ضربين بقوله: (وأعلم أن قياس الدلالة على ضربين: أحدهما: الاستدلال بالحكم على العلة كالاستدلال بالتزويج مع السكوت على عدم اعتبار الرضى في حق البكر، وبعدم الإجبار على الإبقاء على عدم الإجبار على الابتداء في حق العبد، وكقولنا في الوتر: يؤدى على الراحلة، فيكون نفلا، أو فلا يجب، كصلاة الضحى، فجواز الأداء على الراحلة حكم النفل، فهو يدل على وجود علته في الوتر، وذلك لأن الحكم أثر العلة وملزومها، فدل عليها دلالة الأثر على المؤثر، والملزوم على اللازم.

الضرب الثاني: الاستدلال بأحد أثري المؤثر على الآخر، ويقال: بإحدى نتيجتي علة واحدة على الأخرى، وهو معنى الأول.

ومن أمثلته: قولنا: القطع والغرم يجتمعان على السارق، أي إذا سرق

عينا ففاتت في يده، قطع بها، وغرم قيمتها، لأنها عين يجب ردها مع بقائها، فوجب ضمانها مع فواتها، كالمغصوب، لأن وجوب ردها مع بقائها دل على وجود علة وجوب الرد، إذ الواجب لا بد له من علة، والضمان عند التلف رد لها من حيث المعنى، وتلك العلة تناسبه، وقد ظهر اعتبارها في الأصل وهو المغصوب، والعلة في ذلك كله إقامة العدل برد الحق، أو بدله إلى مستحقه)[٣٥].

المطلب الثالث

حجية قياس الدلالة

بعد البحث لم أجد أحداً من أهل العلم أنكر الاستدلال بقياس الدلالة بل كلهم يأخذ به، وإنما اختلفوا في تسميته على النحو التالي:

١/ الجمهور من الأصوليين يطلقون عليه اسم قياس الدلالة[٣٦].

٢/ والحنفية يسمونه قياساً مجازاً وعللوا ذلك بأنه لا يطلق عليه اسم القياس إلا مقيداً بقيد الدلالة [٣٧].

٣/ وأبو المعالي الجويني في البرهان ألحقه تارة بقياس العلة وتارة بقياس الشبه حيث قال: (وألحق ملحقون قياس الدلالة بهذه الأقسام واعتقدوه قسما... ولا معنى لعده قسما على حياله وجزءاً على استقلاله فإنه يقع تارة منبئاً عن معنى وتارة شبهاً وهو في طوريه لا يخرج عن قياس المعنى أو الشبه)[٣٨]، وأما في كتابه الورقات فقد جعل قياس الدلالة قسماً حيث قال: (وأما القياس فهو رد الفرع إلى الأصل في الحكم بعلة تجمعهما وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام قياس علة وقياس دلالة وقياس شبه) [٣٩].

وأيضاً في كتابه البرهان عند ذكره لترتيب الأقيسة ذكر قياس الدلالة في المرتبة الثانية فقال: (ولا شك في تقديم مراتب العلوم على درجات الظنون ثم يلي ذلك من قياس المعنى ما يطرد وينعكس ويليه القياس الذي

يسمى قياس الدلالة كما سبق وصفه ويلي ذلك قياس الشبه فأما ما يعلم فلا ترتيب فيه)[٤٠].

ومن هنا يمكن القول بأن قياس الدلالة حجة مجمع عليها في الجملة.

واستدلوا على حجيته بأدلة كثيرة، أذكر منها:

١/ ومنها قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنَّكَ تَرَى الْأَرْضَ خَاشِعَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ إِنَّ الَّذِي أَحْيَاهَا لَمُحْيِي الْمَوْتَى إِنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [فصلت: ٣٩].

فدل سبحانه عباده بما أراهم من الإحياء الذي تحققوه وشاهدوه على الإحياء الذي استبعدوه وذلك قياس إحياء على إحياء واعتبار الشيء بنظيره والعلة الموجبة هي عموم قدرته سبحانه وكمال حكمته وإحياء الأرض دليل العلة[٤١].

فالأصل: القدرة على إحياء الأرض.

والفرع: القدرة على إحياء الموتى.

العلة: هي عموم قدرته سبحانه وكمال حكمته.

وإحياء الأرض هو دليل العلة، وهو عين الاستدلال بقياس الدلالة[٤٢].

٢/ ومنها قوله تعالى: ﴿يُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَيُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَيُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَكَذَلِكَ تُخْرَجُونَ﴾ [الروم: ١٩]، فدل بالنظير على النظير وقرب أحدهما من الآخر جداً بلفظ الإخراج أي يخرجون من الأرض أحياء كما يخرج الحي من الميت ويخرج الميت من الحي)[٤٣].

٣/ ومنها قوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّى وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا﴾ [الحج: ٥].

يقول سبحانه إن كنتم في ريب من البعث فلستم ترتابون في أنكم مخلوقون ولستم ترتابون في مبدأ خلقكم من حال إلى حال إلى حين الموت. والبعث الذي وعدتم به نظير النشأة الأولى فهما نظيران في الإمكان والوقوع فإعادتكم بعد الموت خلقاً جديداً كالنشأة الأولى التي لا ترتابون فيها فكيف تنكرون إحدى النشأتين مع مشاهدتكم لنظيرها[٤٤].

٤/ ومنها قوله تعالى: ﴿وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾ [الحج: ٥].

وقوله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنَّكَ تَرَى الْأَرْضَ خَاشِعَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ إِنَّ الَّذِي أَحْيَاهَا لَمُحْيِي الْمَوْتَى إِنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [فصلت: ٣٩].

فجعل الله سبحانه إحياء الأرض بعد موتها نظير إحياء الأموات، وإخراج النبات منها نظير إخراجهم من القبور ودل بالنظير على نظيره[٤٥].

٥/ وقوله: ﴿فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ إِلَى طَعَامِهِ أَنَّا صَبَبْنَا الْمَاءَ صَبًّا ثُمَّ شَقَقْنَا الْأَرْضَ شَقًّا فَأَنبَتْنَا فِيهَا حَبًّا﴾ [عبس: ٢٤-٢٧].

فجعل سبحانه إخراج طعامه من الأرض دليلاً على إخراجه هو منها بعد موته استدلالاً بالنظير على النظير[٤٦].

٦/ ومنها أن المرأة إذا وجدت حاملاً ولا زوج لها ولا سيد وجب عليها الحد إلا أن تقيم بينة على الحمل أو الاستكراه، وقال ابن العربي إقامة الحمل عليه إذا ظهر ولد لم يسبقه سبب جائز يعلم قطعاً أنه من حرام ويسمى قياس الدلالة كالدخان على النار[٤٧].

المبحث الثالث

مسائل تطبيقية لقياس الدلالة عند ابن قدامة من كتابه المغني

ومن الملاحظ أن ابن قدامة أكثر من الاستدلال بقياس الدلالة والاحتجاج به في عامة المسائل بل لا تكاد تخلو مسألة من الاستدلال به بالأخص المسائل المختلف فيها

وقد اكتفيت بمناقشة ست مسائل مختلفة من كتابه المغني وذلك لبيان استدلاله بهذا الدليل من جهة وإيضاح هذا القسم من القياس من جهة، وتطبيقاً من جهة أخرى.

واتعبت في إيضاح تلك المسائل الخطوات التالية:

١/ أذكر عنوان المسألة كما في المغني.

٢/ ثم أنقل كلام ابن قدامة

٣/ ثم أوضح صورة المسألة فقهياً

٤/ ثم أوضح وجهه قياس الدلالة.

المسألة الأولى: المسافر لو أفطر بالجماع لا كفارة عليه:

قال ابن قدامة:(ولنا أنه صوم لا يجب المضي فيه فلم تجب الكفارة بالجماع فيه كالتطوع... ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ما ينافي الصوم من الأكل والشرب والجماع وغيره لأن حرمتها بالصوم فتزول بزواله كما لو زال بمجيء الليل)[٤٨].

صورة المسألة فقهاً:

يرى ابن قدامة جواز الفطر للمسافر سواء أفطر بشراب أم بطعام أم بجماع كما جاز ذلك في صوم التطوع لأنه في الحالتين لا يجب المضي في الصوم وإتمامه.

ايضاح قياس الدلالة:

فهذا قياس دلالة إذ جمع بين صيام المتطوع وصيام المسافر بعدم إيجاب المضي فيهما، بعدم وجوب الكفارة فيهما. وعليه لا كفارة بالفطر بالجماع على المسافر قياساً على عدم وجوبها على المتطوع.

فهذا استدلال بانتفاء الكفارة في صوم التطوع دليل على انتفاء الكفارة عن صوم المسافر بجامع عدم وجوب المضي فيهما.

وكون الشارع قد أباح للمتطوع الفطر فله حينئذ الفطر بما شاء من الطعام أو الشراب أو الجماع، فيلزم من ذلك عدم وجوب الكفارة لأنه فعل ما أذن فيه الشارع.

المسألة الثانية: ملكية البذر في الأرض المبيعة:

يرى ابن قدامة أن البذر للمشتري تبعا للأرض واستدل بأدلة منها قياس الدلالة بقوله: (ولنا أن البذر يدخل تبعاً في البيع فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً فاشترط ماله ويحوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم والسقوف في الدار وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة)[٤٩].

صورة المسألة فقهاً:

أوضح ابن قدامة أنه من ابتاع أرضاً وبها بذر فهو له تبعاً للأرض مع العلم بأنه لا يجوز شراء البذر منفصلاً إذ يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع بدليل أنه يجوز بيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم.

إيضاح قياس الدلالة:

هذا قياس دلالة إذ استدل بالأثر الذي هو ملكية اللبن والحمل تبعاً للشاة والأم على ملكية البذر تبعاً للأرض، بجامع أنَّ كلا منها تابع لا أصالة فانتفى الغرر الذي هو سبب التحريم. فجمع بين ملكية اللبن والحمل تبعا للشاة والأم، وملكية البذر تبعا للأرض بجامع أن كلاً منها تابع للبيع فلا غرر لأنه غير مقصود ابتداءً، وهذ قياس دلالة.

المسألة الثالثة: صحة القرض:

قال ابن قدامة: (ولا يصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع)[٥٠].

صورة المسألة فقهاً:

اختار ابن قدامة أنّ القرض لا يصح إلا من شخص جائز التصرف كما

أنّ من شروط البيع أنّ يقع من جائز التصرف لأنَّ المعاملات المالية يشترط في صحتها مع الأهلية في العاقد كونه جائز التصرف.

إيضاح قياس الدلالة:

هذا قياس دلالة إذ استدل بلازم المعاملات المالية وهو صدورها من جائز التصرف كما هو الحال في البيع بلزومها في القرض لأنه معاملة مالية.

فجمع في هذا القياس بين صحة التصرف بالبيع وصحة التصرف بالقرض بصحة التصرفات المالية بجامع أن كلاً منها يشترط فيه كون العاقد جائز التصرف.

المسألة الرابعة: أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها:

قال ابن قدامة: (لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها"لأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة") [٥١].

صورة المسألة فقهاً:

يرى ابن قدامة عدم صحة النكاح في حال تتولى المرأة زواج نفسها ولا يصح أيضا إذا هي تولت نكاح غيرها بل لا يصح الزواج إلا بولي، كما لا يجوز للصغيرة تزويج نفسها ولا غيرها.

إيضاح قياس الدلالة:

فهذا قياس دلالة إذ جمع بين عدم صحة ولاية المرأة عقد نكاح نفسها أو عقد نكاح غيرها و ولاية الصغيرة على نفسها بعدم ولاية كل منهما على أنفسهما.

وعليه لا يصح ولايتها على نفسها في عقد النكاح كما لا يصح من الصغيرة.

فهذا استدلال بانتفاء صحة تولي الصغيرة نكاح نفسها على انتفاء صحة تولي المرأة العقد على نفسها وذلك لأن كلا منهما مولى عليها في النكاح.

المسألة الخامسة: حكم تزويج الولي الأبعد مع حضور الأقرب:

قال ابن قدامة شارحا قول الخرقي: ("مسألة: وإذا زوجها مَن غيرهُ أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد) قال ابن قدامة: هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة أحدها: أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي، وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجها بإذنها كالأقرب. ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث)[٥٢].

صورة المسألة فقهاً:

يرجح ابن قدامة أنه لو زوج المرأة أحد أوليائها بوجود من هو أقرب منه ولم يستأذنه فهذا الزواج فاسد لأن حكم الولاية في الزواج حكم الميراث فإن الأقرب أولى بالميراث ويأخذه تعصيباً فكذلك هو أولى بولاية النكاح.

إيضاح قياس الدلالة:

فهذا قياس دلالة إذ جمع بخصيصة وهي ولاية النكاح والتعصيب في الميراث بعدم صحة ولاية الأبعد مع وجود الأقرب لأنها مستحقة بالتعصيب.

فهذا استدلال بانتفاء صحة تعصيب الأبعد بوجود من هو أقرب منه على عدم صحة ولايته في النكاح مع وجود من هو أقرب منه.

المسألة السادسة: لا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق:

قال ابن قدامة: (لأنها لا تحل إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الطلاق الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانة طالق)[٥٣].

صورة المسألة فقهاً:

أوضح ابن قدامة في هذه المسألة وهي أن المختلعة من زوجها لا يلحقها طلاقه واستدل بعدة أدلة منها قياس الدلالة حيث قاسها على المطلقة قبل الدخول وقاسها بمن انقضت عدتها وقاسها بالأجنبية، والجامع في هذه الصور أنها لا تحل إلا بنكاح جديد، وأنه لا يملك بضعها فلا يملك طلاقها.

إيضاح قياس الدلالة:

فصورة قياس الدلالة هنا أنه جمع بين المطلقة قبل الدخول والمختلعة بأنه لا يقع عليهما طلاق لفقد المحل إذ لابد من عقد جديد في كل منهما.

فاستدل بانتفاء وقوع الطلاق على غير المدخول بها على انتفائه عن المختلعة بجامع أن كلاً منهما ملكت نفسها ولا سبيل له عليها إلا بعقد جديد.

واستدل بانتفاء وقوع الطلاق على المنقضية عدتها بانتفائه عن المختلعة بأنه ولا سبيل له عليها إلا بعقد جديد.

واستدل أيضا بعدم وقوع الطلاق على الأجنبية بعدم وقوعه على المختلعة لأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه.

خاتمة

بحمد الله ونعمته وصلت إلى نهاية هذا المبحث بعد أن تجولت بين كتب اللغة والأصول فاطلعت على علم جم وفوائد غزيرة وخاصة ما يتعلق منها بموضوع البحث، ثم اجتهدت في تقريبها وتهذيبها قدر ما يسر الله تعالى، وختاماً أسطر بعض النتائج والتوصيات.

النتائج:

١/ قياس الدلالة: الجمع بين أصل وفرع بدليل العلة"كالجمع بين الخمر والنبيذ بالرائحة الدالة على الشدة المطربة.

٢/ قياس الدلالة يعتبر حجة عند عامة أهل العلم.

٣/ أكثر ابن قدامة من الاستدلال بها في كتابه المغني.

٤/ لكتاب المغني أهمية كبيرة في تطبيق الأصول والاستدلال بها.

٥/ سعة علم ابن قدامة وقوة عارضته.

التوصيات:

١/ تطبيق قياس الدلالة لمعرفة الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين.

٢/ دراسة دليل من الأدلة المختلف فيها كقياس الشبه مع إبراز من عمل بها من أهل العلم.

٣/ دراسة كتب ابن قدامة خاصة "المغني" لأنه يحتوي على فوائد أصولية وقواعد فقهية عظيمة.

الهوامش

- عضو هيئة التدريس - قسم الفقه و أصوله - كلية الشريعة بمدني - بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم - السودان.

١. الذيل على طبقات الحنابلة، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، بيروت، دار المعرفة ١/ ٢٢٧، و سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ،المحقق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ/ ١٩٨٥ م، ٢٢/ ١٦٦.

٢. البداية والنهاية للامام الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي، حققه ودقق اصوله وعلق حواشيه علي شيري الجزء الاول دار إحياء التراث العربي طبعة جديدة محققة الطبعة الاولى ١٤٠٨ هـ.١٩٨٨ م، ١٣/ ٧١.

٣. سير أعلام النبلاء، للذهبي، ٢٢/ ١٦٦.

٤. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المؤلف : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر : دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥، ١/ ٢٩.

٥. الوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، دار النشر: دار إحياء التراث - بيروت - ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، ١٧/ ٢٤.

٦. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٦٧.

٧. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٦٧

٨. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/١٦٩.

٩. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٦٧

١٠. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٦٧

١١. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٦٦

١٢. سير أعلام النبلاء، الذهبي، مرجع سابق، ٢٢/ ١٧٢

١٣. ذيل طبقات الحنابلة، ابن رجب، مرجع سابق، ٢/ ١١٠.

١٤. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الناشر : دار صادر – بيروت،الطبعة الأولى، ٦/ ١٨٥.

١٥. تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف : محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ،أبو الفيض ، الملقّب بمرتضى ، الزَّبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر دار الهداية، ١/ ٤٠٩٤

١٦. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، الناشر : مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، الطبعة طبعة جديدة ، ١٤١٥ – ١٩٩٥، تحقيق : محمود خاطر، ١/ ٥٦٠.

١٧. مختار الصحاح،مرجع سابق، ١/ ٥٦٠.

١٨. البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، الناشر : الوفاء - المنصورة – مصر، الطبعة الرابعة ، ١٤١٨، تحقيق : د. عبد العظيم محمود الديب، ٢/ ٤٨٧. وإجابة السائل شرح بغية الآمل، محمد بن إسماعيل

الصنعاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، تحقيق القاضي حسين بن أحمد والدكتور محمد حسن، ١/ ١٦٨. وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من الأصول ، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق الشيخ أحمد عزو، دمشق ، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٩٩٩م، ٢/ ٨٩.

١٩. البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، الناشر دار الكتب العلمية، ٥/ ٤.

٢٠. شرح الورقات، خالد عبد الله باحميد، مكتبة المبتدئ في طلب العم، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ، دار الاعتصام، ص٩٤.

٢١. اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية بروت ص٥٤. والإحكام للآمدي ٤/ ٧. وإرشاد الفحول للشوكاني ص٣٣٠.

٢٢. مختصر التحرير لابن النجار الحنبلي محمد بن أحمد الفتوحي، المملكة العربية السعودية، دار الرقم، ط١، ٢٠٠٠م، ١٤٢٠هـ، ص٢٠٩.

٢٣. تيسير التحرير امين باد شاه، دار الفكر، ٤/ ١١٢.

٢٤. تيسير التحرير امين باد شاه، دار الفكر، ٤/

٢٥. شرح الكوكب المنير، المؤلف : تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار ،المحقق : محمد الزحيلي و نزيه حماد. مكتبة العبيكان، الطبعة : الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م، ٤/ ٧.

٢٦. المستصفى في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٣، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي، ١/ ٣٢٩.

٢٧. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق د. عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م- ١٤٢١هـ، ٣/ ٣٨٣.

٢٨. روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر : جامعة الإمام محمد بن سعود – الرياض، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ١/ ٣١٤.

٢٩. اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، د. عبد الكريم بن علي النملة، دار العاصمة، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م،الرياض، ٧/ ٣٠٧.

٣٠ الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات، شمس الدين محمد بن عثمان المارديني الشافعي، ص٤٩.

٣١. معيار العلم في فن المنطق، أبو حامد الغزالي، ص٥٥.

٣٢. المعونة في الجدل، المؤلف : إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، الناشر : جمعية إحياء التراث الإسلامي – الكويت، الطبعة الأولى ، ١٤٠٧، تحقيق : د. علي عبد العزيز العميريني، ١/ ٣٦.

٣٣. حاشية البناني على جمع الجوامع،٢/ ٣٤١.

٣٤. مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لابن قدامة، الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، ص٢٥١- ٢٥٢

٣٥. شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي الطوفي نجم الدين، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م، ٣/ ٣٣٧- ٣٣٨.

٣٦. عامة كتب الأصوليين تذكره، منها: المستصفى، الغزالي، وشرح المحلي على جمع الجوامع، ٢/ ٣٤١، وشرح اللمع،٢/ ٨٠٧، البحر المحيط، الزركشي، روضة الناظر، ابن قدامة، المحلي على جمع الجوامع وحاشية البناني عليه ٣٤١/٢، فواتح الرحموت ٣٢٠/٢، الآيات البينات ١٧٣/٤، الجدل لابن عقيل ص ١٣، البرهان ٨٦٧/٢، اللمع ص ٥٦، شرح العضد ٢٠٥/٢، تيسير التحرير ٢٧٥/٣، روضة الناظر ص ٣١٤، مختصر الطوفي ص ١٦٤، إعلام الموقعين ١٣٩/١".

٣٧. تيسير التحرير، لأمير باد شاه، ٣/ ٦٣٥، وفواتح الرحموت، ٢/ ٣٢٠.

٣٨. البرهان في أصول الفقه، المؤلف : عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، الناشر : الوفاء - المنصورة – مصر، الطبعة الرابعة ، ١٤١٨، تحقيق : د. عبد العظيم محمود الديب، ٢/ ٥٧٣- ٥٧٥

٣٩. شرح الورقات، خالد بن عبد الله باحميد، مكتبة المبتدئ في طلب العلم، الرياض، ط١، ١٤٢٤هـ، دار الاعتصام، ص٩٤.

٤٠. البرهان ٢/ ٧٨٢.
٤١. إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف : محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، الناشر : دار الجيل - بيروت ، ١٩٧٣، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، ص١٣٩
٤٢. معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م، ٢٩/ ٥٦٥.
٤٣. اعلام الموقعين، لابن القيم ص١٣٩
٤٤. اعلام الموقعين، مرجع سابق، ص١٤٠
٤٥. اعلام الموقعين، مرجع سابق ، ص١٤٤
٤٦. اعلام الموقعين، مرجع سابق ، ص١٤٧
٤٧. فتح الباري، ابن حجر، مرجع سابق،١٢/ ١٥٤.
٤٨. المغني لا بن قدامة، مرجع سابق، ٣/ ٣٣.
٤٩. المغني لا بن قدامة، ٤/ ٢١٤.
٥٠. المغني لا بن قدامة، مرجع سابق، ٤/ ٣٨٣
٥١. المغني لا بن قدامة، مرجع سابق، ٧/ ٣٣٧.
٥٢. المغني لا بن قدامة، مرجع سابق، ٧/ ٣٦٤.
٥٣. المغني لا بن قدامة، مرجع سابق، ٨/ ١٨٤.

المراجع والمصادر

١- اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، د. عبد الكريم بن علي النملة، دار العاصمة، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م،الرياض.

٢- إجابة السائل شرح بغية الآمل، محمد بن إسماعيل الصنعاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٦م، تحقيق القاضي حسين بن أحمد والدكتور محمد حسن.

٣- الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي أبو الحسن، دار الكتاب العربي — بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤.

٤- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من الأصول ، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق الشيخ أحمد عزو، دمشق ، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، الناشر: دار الجيل - بيروت، ١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد

٦- الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات، شمس الدين محمد بن عثمان المارديني الشافعي

٧- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق ضبط

نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، الناشر دار الكتب العلمية.

٨- البداية والنهاية للامام الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي، حققه ودقق اصوله وعلق حواشيه علي شيري الجزء الاول دار إحياء التراث العربي طبعة جديدة محققة الطبعة الاولى ١٤٠٨ هـ.١٩٨٨ م.

٩- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، الناشر: الوفاء - المنصورة — مصر، الطبعة الرابعة، ١٤١٨، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب

١٠-تاج العروس من جواهر القاموس، المؤلف: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني،أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر دار الهداية.

١١-التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، تحقيق د. عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م- ١٤٢١هـ.

١٢-تذكرة الحفاظ، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م

١٣-تيسير التحرير امين باد شاه، دار الفكر

١٤-حاشية البناني على جمع الجوامع، دار الفكر، ١٩٨٢م — ١٤٠٢هـ.

١٥-حاشية البناني على جمع الجوامع، دار الفكر، ١٩٨٢م — ١٤٠٢هـ.

١٦- الذيل على طبقات الحنابلة، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، بيروت، دار المعرفة.

١٧-روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود – الرياض، الطبعة الثانية، ١٣٩٩، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد

١٨-سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ،المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م.

١٩-شرح الكوكب المنير، المؤلف: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار ،المحقق: محمد الزحيلي و نزيه حماد. مكتبة العبيكان، الطبعة: الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٠-شرح اللمع، أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، حققه عبد المجيد تركي، دار العرب الإسلامي، الطبعة الأولى١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، بيروت لبنان.

٢١-شرح المحلي على جمع الجوامع.

٢٢-شرح الورقات، خالد بن عبد الله باحميد، مكتبة المبتدئ في طلب العلم، الرياض، ط١، ١٤٢٤هـ، دار الاعتصام

٢٣-شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي الطوفي نجم الدين، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م

٢٤-فتح البارئ بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المطبعة السلفية، ١٣٨٠هـ.

٢٥-فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، محب الله بم عبد الشكور البهاري، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م- ١٤٢٣هـ.

٢٦-كتاب الجدل على طرقة الفقهاء لابي الوفاء علي بن عقيل الحنبلي، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد – الظاهر.

٢٧-لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، الناشر: دار صادر – بيروت،الطبعة الأولى.

٢٨-اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار الكتب العلمية بيروت.

٢٩-مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، الطبعة طبعة جديدة، ١٤١٥ – ١٩٩٥، تحقيق: محمود خاطر.

٣٠-مختصر التحرير لابن النجار الحنبلي محمد بن أحمد الفتوحي، المملكة العربية السعودية، دار الرقم، ط١، ٢٠٠٠م، ١٤٢٠هـ،

٣١-مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لابن قدامة، الشيخ محمد الأمين الشنقيطي.

٣٢-المستصفى في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.

٣٣-معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م.

٣٤-المعونة في الجدل، المؤلف: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، الناشر: جمعية إحياء التراث الإسلامي – الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧، تحقيق: د. علي عبد العزيز العميريني.

٣٥-معيار العلم في فن المنطق، المؤلف: أبو حامد الغزالي.

٣٦- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر: دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥.

٣٧- الوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، دار النشر: دار إحياء التراث – بيروت – ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى.

الأثـــــر الفقهـــي لتعـــارض الاشتـــراك والإضمـــار

د. أبوعبيدة محمد عبدالله بابكر*

مستخلـص

يتناول هذا البحث الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار، حيث هدف البحث: التعريف بالمشترك في اللغة والاصطلاح، وأقوال العلماء فيه، والتعريف بالإضمار وأقسامه، ومعرفة الراجح عند تعارض الاشتراك والإضمار، ومعرفة الراجح منهما عند تعارضهما في الآثار الفقهية التالية: حكم قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة، فقال الحنفية والمالكية، بعدم الوجوب لأن لفظ الصلاة في الحديث مشترك، فوجب الإضمار، بينما قال الشافعية والحنابلة والظاهرية، بوجوب قراءتها؛ لأنها تشبه الصلاة المفروضة في التكبير والقيام وتقدم الإمام واصطفاف الصفوف خلفه، وغير ذلك. طلاق المكره: حيث قال الحنفية بوقوعه عملاً بتقديم الإضمار على الاشتراك في حديث "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"، وقال الجمهور بالاشتراك –برفع الإثم والحكم معاً–، وحرمة جارية الابن على الأب: حيث قال الجمهور بالإضمار في "حلائل أبنائكم" –حلائل أبنائكم بالنكاح–، بينما قال الشافعية والظاهرية بالحرمة عملاً بالاشتراك. واتبع الباحث في ذلك المنهج الاستقرائي؛ لبيان أقوال الأصوليين في المسائل المذكورة، والمنهج المقارن؛ لمقارنة أقوال الفقهاء فيها. وتوصل الباحث إلى أن التعبير باللفظ المشترك واقع، وأن هنالك أسباب تدعو إليه، وأن الإضمار واقع وهو من محاسن الكلام، وله أقسام، وأن هنالك آثاراً فقهية مبنية على تعارض الاشتراك والإضمار. أوصى الباحث الدارسين بمزيد البحث حول تعارض الألفاظ؛ لاستخراج الفروع الفقهية التي تبنى على الخلاف في ذلك.

Abstract

This research is about the complicity between Homonymy and Idmar « estimating a word in a sentence « in Islamic jurisprudence. This research aims to define homonymy and sayings of Islamic scholars about it and to define (Idmar) and its types. And to know which of them is preferable when they are contrsted, in this Islamic jurisprudence cases:

1) Permissiblilty of reciting Elfatiha over the deceased, Elhanafia and Elmalikia doctrines see that it is not imperative for the word « Elsalah» in Elhadeeth is a homonym, thus Idmar is applicable, where Elshafia and Elhanabla and Elzahiria doctrines see it is an imperative for it is similar to regular prayers in its most aspects (Takbeer, Qiam, Imam, lines).
2) Divorce of impelled: Elhanafia see its counted by perfering Idmar to homonymy in Hadeeth « Verily Allah has pardoned [or been lenient with] for me my ummah: their mistakes, their forgetfulness, and that which they have been forced to do under duress» where all the rest of Islamic doctrines see it is not counted and the door is not a sinner.
3) Father prohibition of having his son slave girl: all Islamic doctrines see by Idmar « Halail Abnaakom», slave girls of your sons by marriage is permissible. Where Elshafia and Elzahiria see it is prohibited by homonym explanations.

The researcher followed the inductive method to show Islamic fundamentalists in the above cases, and the comparative method to compare sayings of Islamic scholars in them as well.

The results of this research are: Homonymy is counted in explanations; and it has its own reasons. And Idmar is counted as well and it has its own types and it is preferable in uses of language, and there is a complicity between Homonymy and Idmar « estimating a word in a sentence « in Islamic jurisprudence.

The research recommends that researchers should have more studies in complicity of words, to deduct branches of Islamic jurisprudence based on diversity.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي تفرد بالكمال، وجعل الإنسان ناقصا وأشعره بذلك؛ فكان من شعور الباحث بالنقص أنه ما كتب شيئا إلا رأى أنه لو تركه أو عدل فيه لكان أفضل، وما ترك شيئا إلا قال لو كنت كتبته لكان أجمل، ولازمني هذا الشعور من أول كتابة الخطة إلى خروج البحث بهذه الصورة، وهذا دأب الجهد البشري، وتفرد ذو الكمال بالكمال.

ثم الصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى أزواجه وذرياته وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد فهذه ورقة بحثية بعنوان: الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار، حيث تناول الباحث التعريف بالاشتراك والإضمار وبيان مذاهب الأصوليين في الاشتراك، وأسباب وقوع الاشتراك، وأقسامه، وحكمه، وأقسام الإضمار، والأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار تطبيقا على: (حكم قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة، وحكم طلاق المكره، وحكم جارية الابن بالنسبة للأب)؛ فكان البحث في مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة شملت أهم النتائج والتوصيات، وقائمة المصادر والمراجع.

أسباب اختيار الموضوع:

١- رغبة الباحث في الإلمام بأصول الفقه.

٢- معرفة الأقوال في تعارض الاشتراك والإضمار.

٣- معرفة الأثر الفقهي المترتب على تعارض الاشتراك والإضمار.

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية الموضوع في أهمية معرفة المباحث اللغوية، وبالأخص تعارض الألفاظ، وبيان الأثر الفقهي المترتب على ذلك.

مشكلة البحث:

تتمثل في معرفة المشترك وأسبابه، والإضمار وأقسامه، الراجح منهما

عند تعارضهما، وهل ثمة فروع فقيهة مترتبة على ذلك أم لا؟ وتتفرع عن مشكلة البحث الأسئلة الآتية.

أسئلة البحث:

١/ ما المشترك؟

٢/ ما الإضمار؟

٣/ ما يترتب على تعارض الاشتراك والإضمار؟

٤/ ما الأثر الفقهي المترتب على تعارض الاشتراك والإضمار؟

أهداف الموضوع:

١/ التعريف بالمشترك وأسبابه، ومذاهب الأصوليين فيه.

٢/ التعريف بالإضمار، وأقسامه.

٣/ معرفة الراجح عند تعارض الاشتراك مع الإضمار.

٤/ معرفة بعض الآثار الفقهية في المسألة.

٥/ بيان أراء الأصوليين في مسألة تعارض الاشتراك والإضمار.

منهج البحث:

اتبع الباحث في بحثه المنهج الاستقرائي التحليلي مع المقارنة بين الآراء الفقهية في المسائل.

هيكل البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة، وخمسة مباحث، ثم خاتمة وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات، وقائمة المصادر والمراجع، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالمشترك ومذاهب الأصوليين فيه.

المطلب الأول: **التعريف بالمشترك في اللغة والاصطلاح.**

المطلب الثاني: **مذاهب الأصوليين في المشترك.**

المبحث الثاني: أسباب وقوع الاشتراك وأقسامه وحكمه، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: **أسباب وقوع الاشتراك.**

المطلب الثاني: **أقسام المشترك.**

المطلب الثالث: **حكم المشترك.**

المبحث الثالث: الخلاف حول جواز استعمال اللفظ المشترك في معانيه.

المبحث الرابع: التعريف بالإضمار وأقسامه.

المطلب الأول: **التعريف بالإضمار في اللغة والاصطلاح.**

المطلب الثاني: **أقسام الإضمار.**

المبحث الخامس: أثر تعارض الاشتراك والإضمار.

المطلب الأول: **وقوع التعارض.**

المطلب الثاني: **الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار.**

خاتمة وتشمل أهم النتائج والتوصيات.

قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول

التعريف بالمشترك، ومذاهب الأصوليين فيه

المطلب الأول

التعريف بالمشترك في اللغة والاصطلاح

أولاً: المشترك في اللغة:

من الشركة والشركة، وهي أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما. ويقال: شاركت فلانا في الشيء، إذا صرت شريكه. وأشركت فلانا، إذا جعلته شريكا لك. ومنها قول الحق جل جلاله: في قصة سيدنا موسى صلى الله عليه وسلم: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي﴾ [طه: ٣٢]. ويقال في الدعاء: اللهم أشركنا في دعاء المؤمنين، أي اجعلنا لهم شركاء في ذلك، وشركت الرجل في الأمر أشركه [١].

ثانياً: المشترك في الاصطلاح:

هو اللفظ الموضوع لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعا أولا من حيث هما كذلك [٢].

شرح محترزات التعريف: [٣]

بالوضع: أخرج ما يدل على الشيء بالحقيقة، وعلى غيره بالمجاز.

الموضوع لحقيقتين مختلفتين أو أكثر: أخرج الأسماء المفردة.

وضعا أولا: أخرج المنقول.

من حيث هما كذلك: أخرج المتواطئ، فإنه يتناول الماهيات المختلفة، لكن لا من حيث هي كذلك، بل من حيث إنها مشتركة في معنى واحد.

ثالثاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

هي علاقة إيجابية، حيث يدل كل منهما على المشاركة، والاتحاد في شيء واحد.

مثال المشترك:

لفظة "جارية" فإنها تتناول الأمة والسفينة، ولفظ: المشتري "فإنه يتناول قابل عقد البيع وكوكب السماء، ولفظة "العين" فإنها تتناول العضو الباصر والميزان، والموضع الذي يتفجر منه الماء وهي العين الفوارة والذهب والشمس والجاسوس وعين الركبة وعين القوم وهو خيارهم[٤]، ولفظ "القرء" وذلك أنه موضوع للطهر ويفيد فيه صفة الطهر، وموضوع للحيض ويفيد فيه أنه حيض فقد أفاد كل واحدة من الصفتين غير أنه يفيدها على البدل[٥]، وكذلك اللون يحتمل البياض، والحمرة، والسواد، والصفرة، ولا يجوز حمل اللفظ على بعضها إلا بدليل، كذلك ههنا، ولفظ الشفق الذي يطلق على الحمرة والبياض، والذي بيده عقدة النكاح يطلق على الزوج والأب، والمراد من اللفظ واحد من هذين[٦].

المطلب الثاني

مذاهب الأصوليين في المشترك

اختلفت أقوال الأصوليين في المشترك بين من يرى وقوعه من عدمه، ولكل قائل دليله وذلك كالتالي:

المذهب الأول: وجوب وقوع المشترك، وينسب هذا القول لبعض العلماء[٧]. استدلوا بـ:

١/ إن الألفاظ متناهية، والمعاني غير متناهية، والمتناهي إذا وزع على غير المتناهي، لزم الاشتراك.

والألفاظ متناهية؛ لأنها مركبة من الحروف المتناهية، والمركب من المتناهي متناه. و المعاني غير متناهية؛ لأن الأعداد أحد أنواع المعاني، وهي غير متناهية

٢/ إن الألفاظ العامة كالوجود والشيء، لا بد منها في اللغات،

ثم قد ثبت أن وجود كل شيء، نفس ماهيته، فيكون كل شيء مخالفا لوجود الآخر، فيكون قول الموجود عليها بالاشتراك[٨].

وأجيب عنها بـ:

١/ أنا لا نُسلم أن المعاني غير متناهية؛ لأن المراد بالمعاني الأجناس، وهي متناهية. سلمنا ذلك، لكن لا نُسلم أن الألفاظ متناهية.

٢/ أنا لا نسلم أن الألفاظ العامة ضرورية في اللغات؛ وإن سلمنا ذلك، لا نسلم أن الوجود غير مشترك في المعنى.

وإن سلمنا؛ لكن لم لا يجوز اشتراك الموجودات بأسرها في حكم واحد سوى الوجود، وهو المسمى بتلك اللفظة العامة؟"[٩].

المذهب الثاني: أن المشترك ممتنع وليس بواقع، وهو لبعض العلماء[١٠].

استدلوا بـ:

إن المخاطبة باللفظ المشترك لا تفيد فهم المقصود على سبيل التمام، وما يكون كذلك، كأن منشأ للمفاسد وما يكون منشأ للمفاسد، وجب ألا يكون[١١].

وأجيب عنه بـ:

لا نزاع في أنه لا يحصل الفهم التام من سماع اللفظ المشترك لكن هذا القدر لا يوجب نفيه لأن أسماء الأجناس غير دالة على أحوال تلك المسميات لا نفيا ولا اثباتا والأسماء المشتقة لا تدل على تعين الموصوفات البتة ولم يلزم من ذلك جزم القول بأنها غير موضوعة فكذا هاهنا[١٢].

المذهب الثالث: أن المشترك جائز وثابت في اللغة وواقع، وينسب لجمهور العلماء[١٣].

استدلوا بـ:

١/ أن المشترك يمكن أن يقع من واضعين بأن وضع أحدهما لفظا لمعنى، ثم وضع آخر ذلك اللفظ لمعنى آخر، كالعين مثلاً، فيمكن أن يكون أحدهما وضعه

للجارية، والآخر وضعه للناظرة والباصرة، ثم اشتهر ذلك اللفظ بين الطائفتين في إفادة المعنيين.

٢/ إن المواضعة تابعة لأغراض المتكلم، وقد يكون للإنسان غرض في تعريف غيره شيئا على التفصيل، وقد يكون غرضه تعريف ذلك الشيء على الإجمال، بحيث يكون ذكر التفصيل سببا للمفسدة، كما روي عن أبي بكر -رضي الله عنه- أنه قال لمن سأله عند الهجرة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من هو؟ فقال: "هذا الرجل يهديني السبيل"[١٤].

ولأنه ربما لا يكون المتكلم واثقا بصحة الشيء على التعيين، إلا أنه يكون واثقا بصحة وجود أحدهما لا محالة، فحينئذ يطلق اللفظ المشترك لئلا يكذب، ولا يكذب، ولا يظهر جهله بذلك فإن أي معنى لا يصح فله أن يقول إنه كان مرادي.

٣/ إن لفظ "القرء" يطلق على الطهر والحيض، فهو إما أن يكون متواطئا، أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر، أو مشتركاً.

أما كونه متواطئا، فهو باطل؛ لأن شرط التواطؤ: اتحاد المعنى، وهنا ليس كذلك.

أما كونه حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر، فهو باطل أيضا؛ لأنه لو كان كذلك لتبادر المعنى الحقيقي إلى الذهن، ولكن الذهن عند سماع هذا اللفظ مجرداً عن القرينة يتردد في حمله على الطهر والحيض؛ وهو: الاشتراك[١٥].

الراجح: جواز وقوع المشترك؛ لمطابقته للواقع، ولقوة أدلة القائلين بالجواز.

المبحث الثاني

أسباب وقوع الاشتراك وأقسامه وحكمه

المطلب الأول

أسباب وقوع الاشتراك

لقد جمع العلماء الأسباب التي تؤدي لقوع الاشتراك ويمكن تلخيصها في:

١/ أن يكون اللفظ موضوعا في اللغة لمعنى من المعاني، وفي الاصطلاح لمعنى آخر كلفظ الصلاة، فهي في اللغة الدعاء وفى الشرع أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم، بشرائط مخصوصة.

٢/ أن يكون اللفظ حقيقة في معنى، ثم يشتهر استعماله في معنى مجازى حتى ينسى أنه معنى مجازى للفظ فينقل إلينا على أنه موضوع للمعنيين الحقيقي والمجازي.

٣/ أن يوضع اللفظ في قبيلة لمعنى ويوضع في قبيلة أخرى لمعنى آخر، ثم ينقل إلينا مستعملا في المعنيين من غير نص على اختلاف الواضع.

٤/ أن يكون اللفظ موضوعا لمعنى مشترك بين المعنيين، فيصح إطلاق اللفظ على كليهما، ثم يغفل الناس عن هذا المعنى المشترك الذى دعا إلى صحة إطلاق اللفظ على كلا المعنيين، فيظنون أن اللفظ من قبيل المشترك اللفظي كلفظ القرء، فإنه في اللغة يطلق على كل زمان اعتيد فيه أمر معين ولهذا يقولون للحمى: قرء، أي لها وقت اعتيد ظهورها فيه، وللمرأة قرء، أي وقت اعتيد حيضها أو طهرها فيه [١٦].

المطلب الثاني

أقسام المشترك

لقد قسم المشترك إلى أقسام هي [١٧]:

القسم الأول: اللفظ المشترك بين مسميات متضادة لا يمكن الجمع بينها، ولا الحمل عليها.

١/ "القرء" لفظ مشترك بين "الطهر"، و"الحيض"، وهما متضادان.

٢/ "الجلل" لفظ مشترك بين "الكبير" و"الصغير والهين" وهما متضادان.

٣/ "الجون" لفظ مشترك بين "الأسود" و"الأبيض" وهما متضادان.

٤/ "الشفق" لفظ مشترك بين "البياض" و "الحمرة" وهما متضادان.

القسم الثاني: اللفظ المشترك بين مسميات مختلفة – لا صلة لأحدها بالآخر. مثل: " العين " فإنها تطلق على معان كثيرة ومختلفة حقيقة، فتطلق على " العين الباصرة "، و " عين الإرواء "، و " الشمس "، و" الذهب "، وغيرها، فهذه المعاني اختلف بعضها عن بعض، ولا يوجد أي صلة بين بعضها وبعضها الآخر.

القسم الثالث: اللفظ المشترك بين مسميات متناقضة مثل: إلى " على رأي القائل: إنها مشتركة بين إدخال الغاية وعدمه.

القسم الرابع: اللفظ المشترك بين الشيء ووصفه مثل لفظ (تأبط شرا)، وبين "الفاعل" و " المفعول" مثل: " المختار " يقال للذي اختار الثوب مختار، ويقال للثوب نفسه مختار أيضا.

القسم الخامس: اللفظ المشترك بين مسميين بينهما تعلق، وهذا نوعان:

١/ أن يكون أحد المعنيين جزءاً للآخر مثل: " الممكن " يطلق على العام والخاص، فإن الممكن العام – وهو سلب الضرورة عن أحد الطرفين – جزء للممكن الخاص – وهو: سلب الضرورة عن طرفي الحكم –.

٢/ أن يكون أحد المعنيين لازما للآخر مثل: " الشمس " فإنه يطلق على الكوكب، ويطلق على ضوء ذلك الكوكب، والضوء – كما هو معلوم – لازم للكوكب.

القسم السادس: الاشتراك في التركيب مثل قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فإن الذي بيده عقدة النكاح مشترك بين الزوج، والولي.

القسم السابع: الاشتراك في الحرف مثل: (الواو) تكون للعطف، وللقسم، والابتداء، وحرف "من" تكون للتبعيض، وبيان الجنس، وحرف (الباء) تكون للاستعانة، والسببية.

المطلب الثالث

حكم المشترك

اختلف في حكم المشترك على أقوال هي[١٨]:

١/ إذا ورد لفظ المشترك في نص الشارع، وإن كان مشتركاً بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحي شرعي، وجب حمله على المعنى الشرعي؛ لأن مراد الشارع بيان الشرعيات.

٢/ وإن كان مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعاني اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه، ولا يصلح أن يراد بالمشترك معنياه أو معانيه معاً؛ لأن العربي إذا أخبر عن اللفظ المشترك بقضية تخص بعض متناولاته أو تحتمل لم يقصد عموم الإرادة في الكل، وكذلك العرب لا تطلق لفظ الأسد وهي تريد الشجاع والبهيمة معا، إلا أن تأتي بلفظ يدل على إرادتهما معاً.

٣/ وإذا تعين أن الواحد مرادا به من اللفظ المشترك سقط اعتبار إرادة غيره، ولهذا أجمع العلماء -رحمهم الله تعالى- على أن لفظ القروء المذكور في كتاب الله عز اسمه محمول إما على الحيض

كما هو مذهب الحنفية أو على الطهر كما هو مذهب المالكية والشافعية.

٤/ وقال الشيخ الإسنوي: "إذا تردد اللفظ الصادر من الشارع بين أمور فيحمل أولا على المعنى الشرعي، لأنه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الشرعيات، فإن تعذر حُمل على الحقيقة العرفية الموجودة في عهده صلى الله عليه وسلم، لأن التكلم بالمعتاد عرفا أغلب من المراد عند أهل اللغة، فإن تعذر حمل على الحقيقة اللغوية ليعينها بحسب الواقع".

٥/ وقال حجة الإسلام الغزالي: إن ورد في الإثبات حمل على المعنى الشرعي كقوله عليه الصلاة والسلام: "إذاً أصوم" (٢١) حتى أنه يستدل به على صحة صوم النفل بنية من النهار، وإن ورد في النهى كان مجملا كنهيه صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم النحر، فإنه لو حمل على الشرع دل على صحته لاستحالة النهى عما لا يتصور وقوعه بخلاف ما إذا حمل على اللغوي.

٦/ اختار الإمام الآمدي: أنه إن ورد في الإثبات حمل على المعنى الشرعي؛ لأنه مبعوث لبيان الشرعيات وإن ورد في النهي حمل على اللغوي؛ للاستحالة المتقدمة، فإن تعذر كل ذلك فيحمل على المعنى المجازي صونا للفظ عن الإهمال.

الراجح: ما ذهب إليه الشيخ الإسنوي، من حمل لفظ الشارع أولاً على الشرعيات، ثم الحقيقة العرفية السائدة وقت نزول الوحي، ثم الحقيقة اللغوية؛ التي يستقيم معها المعنى.

المبحث الثالث

الخلاف حول جواز استعمال اللفظ المشترك في معانيه

اللفظ الواحد من متكلم واحد في وقت واحد، إذا كان مشتركا بين معنيين أو اكثر وأمكن الجمع بينها، اتفق العلماء على صحته، كما اتفقوا على أنه إذا لم يمكن الجمع بين معانيه انه لا يصح أن يستعمل في هذه المعاني كلها دفعة واحدة لوجود التنافي بينها، وذلك كصيغة " افعل" للأمر والتهديد؛ لأن الأمر يقتضي طلب الفعل والإتيان به، والتهديد يقتضي تركه وعدم الإتيان به، وهما نقيضان لا يجتمعان[١٩].

اختلف الأصوليون في اللفظ الواحد من متكلم واحد في وقت واحد إذا كان مشتركا بين معنيين: ك"القرء للطهر والحيض"، أو حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر: ك"النكاح المطلق على العقد والوطء"، ولم تكن الفائدة فيهما واحدة، هل يجوز أن يراد به كلا المعنيين معا أو لا يصح ذلك على أقوال هي[٢٠]:

(١) يصح مطلقا، كان اللفظ مفردا أو غير مفرد، سواء كان في النفي أو الإثبات، وهو قول الإمام الشافي، والقاضيان الباقلاني وعبدالجبار، وأبو علي الجبائي، واختيار القاضي البيضاوي، وقول أكثر العلماء رحمهم الله تعالى.

استدلوا بـ[٢١]:

أ/ قول الحق سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦]، ووجه ذلك: أن الصلاة من الله تعالى مغفرة، ومن غيره استغفار؛ وهما معنيان متغايران، واستعمل لفظ " الصلاة " فيهما دفعة واحدة؛ حيث وقع الإخبار به، فدل ذلك على صحة استعمال المشترك في كل معانيه في وقت واحد.

ب/ قول ربنا عز اسمه: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ

﴿وَمَن فِي الْأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ وَالْجِبَالُ وَالشَّجَرُ وَالدَّوَابُّ وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ وَكَثِيرٌ حَقَّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ وَمَن يُهِنِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِن مُّكْرِمٍ إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ﴾ [الحج: ١٨]، ووجه الاستشهاد: أن السجود في الآية مراد به كل من وضع الجبهة على الأرض والخضوع والخشوع؛ لأنه لو كان مرادا به الخضوع فقط، لكان قوله تعالى: ﴿وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ﴾، لا فائدة له؛ لأن الناس جميعا خاضعون لله تعالى، ولا يصح أن يكون مرادا به خصوص وضع الجبهة؛ لن ذلك لا يتأتى من الدواب والشجر، ولا من الشمس والقمر، ومتى كان السجود مرادا به المعنيين معا، صح أن يكون المشترك مرادا به جميع معانيه؛ لأن لفظ السجود مشترك لفظي بين الخشوع ووضع الجبهة، وهو المطلوب.

ج/ أن سيبويه قال: قول القائل لغيره: الويل لك خبر ودعاء، فقد جعله مع اتحاده مفيدا لكلا الأمرين.

(٢) يصح استعمال المشترك في كل معانيه، في النفي مطلقا سواء كان اللفظ مفردا أو غير مفرد، ولا يصح استعماله في الكل في الإثبات مطلقا[٢٢]، ونقله الآمدي عن أبي الحسن البصري.

استدل بـ:

أن المشترك إذا وقع في النفي يكون عاما؛ لأنه يكون نكرة في سياق النفي وهي تعم، فإذا قال: "ليس عندي عين"، وأراد نفي كل ما يطلق عليه عين صح ذلك، ولو قال: "لا تعتدي بقرء"، فإنه يحمل على معنييه الطهر والحيض، ولكن لو وقع ذلك في الإثبات فلا يكون في اللفظ ما يشعر بالعموم؛ لأن النكرة في سياق الإثبات لا تعم، وحيث لم يوجد ما يقتضي العموم، فلا تصح إرادته[٢٣].

(٣) لا يجوز استعمال المشترك في جميع معانيه مطلقا. وهو مذهب الحنيفة، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة[٢٤].

استدلوا بـ:

أ/ أن الإنسان يجد من نفسه تعذر استعمال اللفظ المشترك في معنييه، ويجد تعذر استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه معا، قياساً على تعذر تعظيم زيد والاستخفاف به في آن واحد.

ب/ أنه لو جار حمل اللفظ على معنييه لجاز أن يراد بلفظ " افعل " الاباحة، والإيجاب، والندب، وكذلك لو جاز حمل اللفظ المشترك على معنييه لجاز أن يريد بقوله: "اقتلوا المشركين" : المشركين والمؤمنين، وبقوله: "يا أيها الناس": الناس والبهائم[٢٥].

(٤) يصح استعمال المشترك في كل معانيه إذا كان غير مفرد كالمثنى والجمع، وسواء وقع في الإثبات او وقع في النفي، ولا يصح استعماله في الكل إذا كان مفردا وقع في الإثبات أو في النفي[٢٦].

استدلوا بـ:

أن المشترك إذا كان جمعاً يكون بمثابة تكرار المفرد تعدده، ويكون كل لفظ من الألفاظ المفردة مرادا به معنى من المعاني، وهذا قدر متفق عليه مثل قول القائل: " ثلاث عيون " في قوة قولك: عين، وعين، وعين، فكما يجوز أن تريد بالأولى العين الباصرة مثلاً، وبالثانية العين الجارية، وبالثالثة الذهب، فكذا في الجمع؛ لكن إذا كان اللفظ مفردا لم يتحقق فيه ما تحقق في الجمع فامتنع إن يراد به الجميع[٢٧].

تنبيه: القائلون بجواز استعمال المشترك في كل معانيه مختلفون في هذا الاستعمال، هل هو حقيقة أم مجاز؟ فالإمام الشافعي -رحمه الله

تعالى- يقول هو حقيقة؛ لأنه لم يخرج عن كونه مستعملاً فيما وضع له، والإمامان القرافي وابن الحاجب - رحمهما الله تعالى- يقولان هو مجاز؛ لأنه لم يوضع للكل دفعة واحدة، فاستعماله في الكل استعمال للفظ في غير ما وضع له فيكون مجازا[٢٨].

الراجح: أنه يصح حمل المشترك على معانيه، ما لم يتعذر الحمل؛ لوقوع ذلك في اللغة والشرع.

المبحث الرابع

التعريف بالإضمار وأقسامه

المطلب الأول

التعريف بالإضمار في اللغة والاصطلاح

أولاً: الإضمار في اللغة:

من الضمر وهو الهزال ولحوق البطن، والفعل: ضمر يضمر ضمورا فهو ضامر، والضمر من الرجال: المهضم البطن، اللطيف الجسم، والمرأة تكون ضمرة[٢٩].

ثانيا: الإضمار في الاصطلاح:

هو أن يسقط من الكلام شيء يدل عليه الباقي[٣٠].

فالمضمر هو اللفظ المحتاج في تفسيره إلى لفظ منفصل عنه إن كان غائباً أو قرينة تكلم أو خطاب. وهو مأخوذ من الضمور؛ لأنه مختصر قليل الحروف بالنسبة إلى الظاهر، أو من الضمير؛ لأنه كناية عما في الضمير وهو الاسم الظاهر أو مسماه، ولا بد له من مفسر، فقد يكون لفظاً منفصلا عنه نحو: زيد مررت به، وهو الأصل، وقد تقوم مقامه أمور تجعله معلوما، كما في قوله جل جلاله: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ﴾ [القدر: ١]، ولم يتقدم للقرآن الكريم ذكر، بل كان معلوما بالمحاورات المتقدمة، وكما في قوله عز اسمه: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾ [الرحمن: ٢٦]، ولم يتقدم ذكر الأرض، لكنها معلومة بالسياق، وكذا قول البارئ سبحانه: ﴿فَقَالَ إِنِّي أَحْبَبْتُ حُبَّ الْخَيْرِ عَن ذِكْرِ رَبِّي حَتَّى تَوَارَتْ بِالْحِجَابِ﴾ [ص: ٣٢]،

ولم يتقدم للشمس ذكر[٣١].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي: هي علاقة إيجابية، فكلاهما يدل على القلة والحذف، وذلك على اعتبار أن المعنى الاصطلاحي مأخوذ من الضمور، لكن على اعتبار أنه مأخوذ من الكناية عن ما في النفس، فلا تكون ثمة علاقة.

المطلب الثاني

أقسام الإضمار

قسم الأصوليون الإضمار إلى أربعة أقسام هي[٣٢]:

١/ قسم يتقاضاه اللفظ، ومعناه لعدم صلاحية الإسناد المنطوق به للمعنى المراد: كقوله عز اسمه: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [يوسف: ٨٢]، فإن المعنى المراد يتقاضى إضمار الأهل، فإن إسناد السؤال إلى القرية لا يفيد مقصود القائل لهذا اللفظ، ويكون الإسناد في التركيب.

٢/ قسم لا يكون اللفظ بدونه مجازا في التركيب، وتتقاضاه الأحكام الشرعية، نحو قوله جل جلاله: ﴿أَيَّاماً مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْراً فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، فيضمر كلمة "فأفطر"، وكقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فَاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُواْ بِرُؤُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِن كُنتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُواْ وَإِن كُنتُم مَّرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاء أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاء فَلَمْ تَجِدُواْ مَاء فَتَيَمَّمُواْ صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦]، يضمر كلمة "محدثين".

٣/ قسم تتقاضاه العادة دون الشرع كقوله تعالى: ﴿فَأَوْحَيْنَا إِلَى مُوسَى أَنِ اضْرِب بِّعَصَاكَ الْبَحْرَ فَانفَلَقَ فَكَانَ كُلُّ فِرْقٍ كَالطَّوْدِ الْعَظِيمِ﴾ [الشعراء: ٦٣]، فالعادة تقتضى أنه ما انفلق بمجرد هذا القول، بل لابد من سبب آخر، فيضمر كلمة "فضرب" فانفلق. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِم بِهَدِيَّةٍ فَنَاظِرَةٌ بِمَ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ * فَلَمَّا جَاء سُلَيْمَانَ قَالَ أَتُمِدُّونَنِ بِمَالٍ فَمَا آتَانِيَ اللَّهُ خَيْرٌ مِّمَّا آتَاكُم بَلْ أَنتُم بِهَدِيَّتِكُمْ تَفْرَحُونَ﴾ [النمل: ٣٥-٣٦]، تقديره: "فأرسلت".

٤/ قسم يدل عليه دليل غير شرع ولا عادة، كقوله تعالى: ﴿قَالَ بَصُرْتُ بِمَا لَمْ يَبْصُرُوا بِهِ فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ فَنَبَذْتُهَا وَكَذَلِكَ سَوَّلَتْ لِي نَفْسِي﴾ [طه: ٩٦]، دل الدليل المسمى على أنه إنما قبض من أثر حافر فرس الرسول، فيضمر ذلك.

المبحث الخامس

أثر تعارض الاشتراك والإضمار

المطلب الأول

وقوع التعارض

نص القاضي البيضاوي –رحمه الله تعالى– على أنه: إذا وقع التعارض بين الاشتراك والإضمار، فالإضمار أولى[٣٣]، قائلا: "الإضمار خير منه؛ لأن احتياجه إلى القرينة في صورة، واحتياج الاشتراك إليها في صورتين مثل: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [يوسف: ٨٢][٣٤]، أي أنه إذا وقع تعارض في أن يحمل اللفظ على معنى يكون به مشتركا، وبين أن يحمل على معنى يكون به مضمرا، ترجح أن يحمل على الإضمار، عند الأكثرين[٣٥].

والسبب في ذلك: أن الإضمار لا يحتاج إلى القرينة إلا في صورة واحدة وهي: حيث لا يمكن إجراء اللفظ على ظاهره، فحينئذ لا بد من

قرينة تعين المراد، وأما إذا أجري على ظاهره فلا يحتاج إلى قرينة بخلاف المشترك: فإنه مفتقر إلى القرينة في جميع صوره، فقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [يوسف: ٨٢]، يحتمل أن يكون لفظ القرية مشتركا بين الأهل والأبنية، وأن يكون حقيقة في الأبنية فقط ولكن أضمر الأهل؛ لأن الإضمار أولى من الاشتراك(٣٦).

فإن اعترض معترض بأن: الإضمار يفتقر إلى ثلاث قرائن: قرينة تدل على أصل الاضمار، وقرينة تدل على موضع الاضمار، وقرينة تدل على نفس المضمر، والمشترك يفتقر إلى قرينة واحدة، فكان الاضمار أكثر إخلالاً بالفهم من الاشتراك(٣٧).

يجاب عليه بـ:

١/ أن الإضمار يحتاج إلى ثلاث قرائن في صورة واحدة، والمشترك يحتاج إلى قرائن في صور متعددة فيبقى بعضها معارضا للبعض.

٢/ أن الإضمار من باب الايجاب والاختصار، وهو من محاسن الكلام: قال عليه الصلاة والسلام: "أوتيت جوامع الكلم واختصر لي الحديث اختصارا"(٣٨)؛ ويعني بذلك صلى الله عليه وسلم: إيجاز الكلام في إشباع للمعاني حيث يقول الكلمة القليلة الحروف فتنتظم الكثير من المعاني، وتتضمن أحكاما كثيرة، وقيل: جوامع الكلم القرآن الكريم، جمع الله -سبحانه وتعالى- بلطفه معاني كثيرة في ألفاظ يسيرة(٣٩). وليس المشترك كذلك(٤٠).

المطلب الثاني

الأثر الفقهي لتعارض الاشتراك والإضمار

في هذا المطلب اختار الباحث بعض الفروع الفقهية التي وقع الخلاف فيها بين الفقهاء بناءاً على تقديم الاشتراك

أو الإضمار عند تعارضهما، والتي يرى الباحث أن للخلاف فيها أثر على العبادة.

١/ حكم قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة:

اختلف الفقهاء حول وجوب قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة، وذلك بناء على اختلافهم في هل صلاة الجنازة، صلاة أم دعاء، حيث نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على أنه: "من صلى صلاة لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب، فهي خداج"[٤١]، وذلك على أقوال هي:

القول الأول: للحنفية والمالكية: وهو عدم وجوب قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة، وإنما يجب فيها الدعاء فقط؛ لأنها لا تسمى صلاة على الحقيقة عندهم، ولأن كل صلاة لا ركوع فيها لم يكن من سنتها قراءة أصله الطواف؛ ولأنه ركن من أركان الصلاة منفرد فلم يكن فيه قراءة أصله سجود التلاوة[٤٢].

القول الثاني: للشافعية والحنابلة والظاهرية: وهو وجوب قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة، معللين ذلك بـ: التكبير والتسليم واستقبال القبلة وتقدم الامام واصطفاف القوم خلفه والامتناع عن الكلام ومتابعة الامام ورفع اليدين عند التكبيرة الاولى وتعارف الناس اياها بالصلاة، ولأنها صلاة تتضمن القيام فوجب أن تتضمن القراءة كسائر الصلوات؛ ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سماها صلاة بقوله: "صلوا على صاحبكم"[٤٣] وأوكد من ذلك كله قولِه تعالى: ﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَىٰ قَبْرِهِۦٓ إِنَّهُمْ كَفَرُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَمَاتُوا۟ وَهُمْ فَٰسِقُونَ﴾ [التوبة: ٨٤]، ورواية جابر بن عبد الله أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كبر على الجنازة أربعا وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى، وروي عن ابن عباس أنه جهر بالقراءة في صلاة الجنازة وقال: إنما جهرت لتعلموا أن فيها قراءة[٤٤].

الراجح:

بالرجوع إلى لفظ صلاة الذي في الحديث نجده مشترك بين الصلاة في عرف الشرع؛ لإطلاقه على ما لا ركوع فيه ولا سجود: كالجنازة، وعلى ما لا تكبير فيه ولا سلام: كالطواف، وعلى ما لا قيام فيه: كصلاة المريض، وليس بينهما قدر مشترك، فيتعين الإضمار، ويكون تقديره: من صلى صلاة من الصلوات الخمس لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب، فهي خداج، والإضمار أولى من الاشتراك.

٢/ حكم طلاق المكره:

اختلف في حكمه بناء على الاختلاف في الحمل الصحيح لقول رسولنا صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"(٤٥)، وذلك على أقوال هي:

القول الأول: للحنفية: وقوع طلاق المكره؛ وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، إلى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٣٠]، وعمومه يوجب وقوع طلاق المكره وغيره، إذ ليس في اللفظ دلالة على الفرق بينهما. وللخبر الذي فيه: أن رجلا كان نائما مع امرأته فقامت فأخذت سكينا فجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت: لتطلقني ثلاثا البتة وإلا ذبحتك، فناشدها الله، فأبت عليه فطلقها ثلاثا فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "لا قيلولة في الطلاق"(٤٦)؛ ولأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا طبعا، وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق، فإن طلاق

الهازل واقع وليس براض به طبعا، وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفائقة حسنا وجمالا الرائقة تغنجا ودلالا لخلل في دينها، وإن كان لا يرضى به طبعا ويقع الطلاق عليها[٤٧].

القول الثاني: للجمهور: عدم وقوع طلاق المكره؛ لظاهر الحديث، ولأنه لفظ لو عريَ من الإكراه للزم به الطلاق، فإذا وجد مع الإكراه لم يلزم به، أصله لفظ الإقرار بالطلاق ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الإقرار بالطلاق لم يثبت معها حكم إيقاعه كالصغير والمجنون، ولأنه معنى يؤثر في البينونة، فإذا وجد التلفظ مع الإكراه لم يكن له حكم، أصله الارتداد، ولأن كل عقد ينفي الإكراه لزوم الإقرار به، كذلك ينفي لزوم إنشائه كالبيع؛ ولأنه قول حمل عليه بغير حق، أشبه الإكراه على كلمة الكفر[٤٨].

الراجح:

بالرجوع إلى الحديث نجد أن الموضوع عن الأمة إما أن يكون الحكم رأساً، أو الإثم مع بقاء الحكم، أي أنه مشترك بينهما، لكن إذا أضمرت لفظة "إثم" استقام المعنى، ليكون إن الله وضع عن أمتي إثم الخطأ، وإثم النسيان، وإثم ما استكرهوا عليه؛ لوقوع حقيقة الخطأ والنسيان والإكراه من الأمة؛ والإضمار خير من الاشتراك؛ كما تقدم.

٣/ حكم زواج جارية الابن بالنسبة للأب:

هذه المسألة من باب التطبيق للتعارض فقط؛ لاختفاء الجواري في وقتنا الراهن؛ لكن ربما يعدن؛ لحديث بدأ الإسلام غريبا.

اختلفوا في المسألة استنادا على الاختلاف في ما تشمله لفظة "حلائل أبنائكم"، من قول ربنا عز اسمه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ

اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً ﴾ [النساء: ٢٣]، وذلك عند ذكره للمحرمات على التأبيد، فاختلفوا فيها على أقوال هي:

القول الأول: للشافعية والظاهرية: أن جارية الابن تحرم على الأب؛ لدخولها في قول ربنا جل جلاله: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً ﴾ [النساء: ٢٣]؛ لأن الحليلة فعيلة من الحل، وهي المرأة التي يحل وطؤها فحليلة الابن المرأة التي يحل وطؤها والجارية المملوكة للابن كذلك فتكون حليلة له وإذا كانت حليلة للابن اندرجت تحت الآية فتكون محرمة على الأب[٤٩].

القول الثاني: للحنفية والمالكية والحنابلة: أن جارية الابن لا تحرم على الأب؛ لأنه ليس للأب في جارية الابن حقيقة الملك، فيجوز له التزوج بها لعموم قوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾ [النساء: ٣]، فحليلة الابن على الأب حرام سواء دخل الابن بها أو لم يدخل، وسميت حليلة؛ لأنها تحل للابن من الحل أو هو مشتق من الحلول على معنى أنها تحل على فراشه وهو

يحل في فراشها؛ والمراد من الحلائل الزوجات أو الأمة الموطوءة التي ملكها أما الأمة التي ملكها ولم يطأها فليست بمرادة من النص[٥٠].

الراجح:

بالرجوع إلى لفظ "حلائل أبنائكم" نجده مشتركا بين الجارية والزوجة، لكن لو أضمرت لفظة بالنكاح؛ ليكون المعنى: وحلائل أبنائكم بالنكاح، فتخرجت حليلته بغير النكاح؛ ليكون ما أراده الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة، فيقدم لخيرية الإضمار على الاشتراك.

والعلم عند الله تعالى،،،

خاتمـــة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصلاة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى أزواجه وذرياته وصحبه، وبعد فهذه خاتمة توصل إليها الباحث في بحته ويمكن تلخيصها في أهم النتائج والتوصيات.

النتائج:

١/ جواز وقوع الاشتراك على ما قال به جمهور العلماء، وهو واقع في اللغة.

٢/ ثمة أسباب تدعو إلى الاشتراك؛ لكن يحمل اللفظ المشترك في كلام الشارع أولاً على المعنى الشرعي، ثم العرفي ثم اللغوي.

٣/ عدم وجوب قراءة سورة الفاتحة في صلاة الجنازة على ما قال به الحنفية والمالكية، ووقوع طلاق المكره على ما قال به الحنفية، وحل جارية الابن على أبيه على ما قال به الجمهور.

التوصيات:

يوصي الباحث الدارسين بمزيد البحث حول تعارض الألفاظ؛ لاستخراج الفروع الفقهية التي تبنى على الخلاف في ذلك.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

الهوامش

- أستاذ مشارك - قسم الفقه و أصوله - كلية الشريعة بمدني - بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم - السودان.

١. رواه ابن ماجة في سننه، باب طلاق المكره والناسي، بالرقم (٢٠٤٥)، ٦٥٩/١.

٢. انظر: معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م، ٢٦٥/٣، لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر- بيروت، الطبعة: الثالثة- ١٤١٤هـ، ٤٨٨/١٠.

٣. المحصول، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ص ٢٦١، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق- كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م، ٥٧/١.

٤. نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة: الأولى١٤١٦هـ- ١٩٩٥م، ٧١٠/٢، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٥٧/١.

٥. أصول الشاشي، نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي (المتوفى: ٣٤٤هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، ص ٣٦، المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م، ص ٢٦.

٦. المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي (المتوفى: ٤٣٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣، ٢٩٨/١.

٧. العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى : ٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض - جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الناشر : بدون ناشر، الطبعة : الثانية ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م، ٥٠٥/٢، الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي سنه ٧٨٥هـ))، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية- بيروت، عام النشر: ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ٢٠٩/٢، قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م، ٢٦٣/١.

٨. منهاج الوصول إلى علم الأصول، القاضي ناصر الدين عبدالله بن عمر البيضاوي. حققه وقدم له ووضح غوامضه: الدكتور شعبان محمد إسماعيل الأستاذ في جامعة أم القرى بمكة المكرمة. دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- لبنان. الطبعة الأولى ١٤٢٩ه- ٢٠٠٨م، ص ٨٦، المهذب في علم أصول الفقه المقارن (تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ١٠٩٥/٣.

٩. المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٢٦٢/١، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٧١٠/٢-٧١١، إرشاد الفحول غلى تحقيق الحق من علم الصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٥٧/١-٥٨.

١٠. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٢٦٢/١-٢٦٣، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٧١١/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١٠٩٥/٣.

١١. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٢٦٢/١، منهاج الوصول إلى علم الأصول، البيضاوي، مرجع سابق، ص ٨٧، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني ، مرجع سابق، ٥٧/١، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق،١٠٩٦/٣.

١٢. انظر: منهاج الوصول إلى علم الأصول، البيضاوي، مرجع سابق، ص ٨٧، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٧١١/٢، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٥٨/١.

١٣. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ١/ ٢٦٤، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق،١٠٩٦/٣.

١٤. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ١/ ٢٦٢، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٥٧/١، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق،١٠٩٤/٣.

١٥. رواه البخاري في صحيحه، باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه، بالرقم (٣٩١١)، ٦٢/٥.

١٦. انظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٧١٢/٢-٧١٣، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٥٨/١-٥٩، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق،١٠٩٤/٣-١٠٩٥.

١٧. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٢٦٧/١، دراسات أصولية في القرآن الكريم، محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية- القاهرة، عام النشر: ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م، ص ٢١٥-٢١٦.

١٨. انظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، /٧١٣-٧١٤، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١٠٩٧/٣-١٠٩٨.

١٩. انظر الإبهاج في شرح المنهاج، ابن السبكي وولده تاج الدين، مرجع سابق،٣٦٤/١، علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف (المتوفى : ١٣٧٥هـ)، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، الطبعة عن الطبعة الثامنة لدار القلم، ص ١٧٧، دراسات أصولية في القرآن الكريم، محمد الحفناوي، مرجع سابق، ص ٢١٧، انظر أصول الشاشي، مرجع سابق، ص ٣٦-٣٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، دار الحديث – القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، ١٠٨/٣، المحصول في أصول الفقه، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، تحقيق: حسين علي اليدري- سعيد فودة، دار البيارق- عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩، ص ٧٦، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٠، ص ٢٢٨.

٢٠. رواه النسائي في السنن الكبرى، باب النية في الصيام وذكر الاختلاف على طلحة بن يحيى في خبر عائشة في ذلك، بالرقم (٢٦٥١)، ١٦٩/٣.

٢١. انظر: أصول الفقه، العلامة الأستاذ الدكتور/ محمد أبوالنور زهير، الأستاذ بجامعة الأزهر ووكيلها الأسبق، المكتبة الأزهرية للتراث، ٣٧/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١٠٩٩/٣.

٢٢. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٢٦٨/١-٢٨٤، منهاج الوصول إلى علم الأصول، البيضاوي، مرجع سابق، ص ٨٨-٨٩، الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، ٢٤٢/٢، أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٣٧/٢-٤١، المهذب في

علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١٠٩٩/٣-١١٠٧.

٢٣. انظر: منهاج الوصول إلى علم الأصول ،البيضاوي، مرجع سابق، ص ٨٨-٨٩، الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، مرجع سابق، ٢٤٣/٢، أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٣٧/٢-٣٨.

٢٤. انظر: الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، مرجع سابق، ٢٤٣/٢، أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٣٩/٢.

٢٥. انظر: أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٣٩/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١١٠٤/٣.

٢٦. انظر: شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح بمصر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ١٢٦/١، المحصول، الرازي، ٢٦٨/١، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١١٠٢/٣.

٢٧. انظر: أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٤٠/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١١٠٣/٣-١١٠٤.

٢٨. انظر: أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٤٠/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١١٠٥/٣.

٢٩. انظر: أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٤٠/٢، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبدالكريم النملة، مرجع سابق، ١١٠٥/٣.

٣٠. انظر: أصول الفقه، أبوالنور زهير، مرجع سابق، ٤٠/٢-٤١.

٣١. كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ٤١/٧، مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ص ١٥٨، القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة: الثامنة ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥ م، ص ٤٢٩.

٣٢. المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٣٦٠/١، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٩٦٥/٢.

٣٣. انظر: شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣م، ص ٣٣-٣٤، نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٥٩٦/٢-٥٩٧.

٣٤. انظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٩٦٩/٢-٩٧٠.

٣٥. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٣٥٧/١، نهاية الوصول في دراية الأصول، صفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (٧١٥ هـ)، تحقيق: د. صالح بن سليمان اليوسف - د. سعد بن سالم السويح، أصل الكتاب: رسالتا دكتوراة بجامعة الإمام بالرياض، المكتبة التجارية بمكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، ٤٧٦/٢، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٧٨/١.

٣٦. منهاج الوصول إلى علم الأصول، البيضاوي، مرجع سابق، ص ٩٩.

٣٧. معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، شمس الدين محمد بن يوسف الجزري، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأولى ١٤١٣ه- ١٩٩٣م، ٢٥٠/١.

٣٨. انظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، مرجع سابق، ٩٨١/٢، نهاية السول شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ص ١٣٨-١٣٩.

٣٩. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٣٥٧/١، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٧٨/١.

٤٠. رواه البيهقي في شعب الإيمان، في فصل في خلق رسول الله صلى الله عليه وسلم، بالرقم (١٣٦٦)، ٣٧/٣، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الشوكاني، مرجع سابق، ٧٨/١.

٤١. انظر: أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري)، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨ هـ)، تحقيق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي)، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، ١٤٢٢/٢، شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، ١٩٨/١٣.

٤٢. انظر: المحصول، الرازي، مرجع سابق، ٣٥٧/١، نهاية الوصول في دراية الأصول، الأموي، مرجع سابق، ٤٧٦/٢.

٤٣. رواه مسلم في صحيحه، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، بالرقم (٣٩٥)، ٢٩٧/١.

٤٤. انظر: النتف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ)، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان- مؤسسة الرسالة- عمان الأردن- بيروت لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٤- ١٩٨٤، ١٢٨/١، تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، ٢٤٩/١، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، تحقيق: حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الطبعة: بدون، ص ٣٤٩، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، مرجع سابق، ٢٤٩/١، 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، ١٣/٣.

٤٥. رواه احمد في مسنده، باب مسند أبي هريرة رضي الله عنه، بالرقم (٧٨٩٩)، ٢٧٦/١٣.

٤٦. انظر: 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)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض- الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ٥٥/٣-٥٦، المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، ٢٤٦/١-٢٤٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م، ٣٦٤/١، المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ٢٥١/٢، المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، دار الفكر- بيروت، الطبعة بدون طبعة وبدون تاريخ، ٣٥١/٣-٣٥٢.

٤٧. رواه ابن ماجة في سننه، باب طلاق المكره والناسي، بالرقم (٢٠٤٥)، ٦٥٩/١.

٤٨. رواه سعيد بن منصور في سننه، باب ما جاء في طلاق المكره، بالرقم (١١٣٠)، ٣١٤/١.

٤٩. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية،

الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ١٨٢/٧، شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠ هـ)، تحقيق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبيد الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م، ٥/٥-٧.

٥٠. انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ٧٤٧/٢، الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ٢٢٧/١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، مرجع سابق، ١١١/٢-١١٢، المحلى بالآثار، ابن حزم، مرجع سابق، ٤٦٢/٩.

٥١. انظر: الحاوي الكبير، الماوردي، مرجع سابق، ١٩٩/٩، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٤٣٩/٢، المحلى بالآثار، ابن حزم، مرجع سابق، ١٤٠/٩.

٥٢. انظر: المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة- بيروت، الطبعة بدون رقم طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ٢٠٠/٤، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي، سراج الدين، أبو حفص الحنفي (المتوفى: ٧٧٣هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى ١٤٠٦ه- ١٩٨٦م، ص ١٤١-١٤٢، المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م، ١٩٧/٢، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ١٦/٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، مرجع سابق، ٢٨/٣، المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، مرجع سابق، ١٢٩/٦.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب السنة النبوية المطهرة وشروحها:

١/ أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري). المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي (ت ٣٨٨ هـ). المحقق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود. الناشر: جامعة أم القرى (مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي). الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٨م. عدد الأجزاء: ٤ (في ترقيم مسلسل واحد).

٢/ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ). المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي. الناشر: دار إحياء

التراث العربي– بيروت. عدد الأجزاء: ٥.

٣/ السنن الكبرى. المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ). حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي. أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط. قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي. الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت. الطبعة: الأولى ١٤٢١هـ– ٢٠٠١م. عدد الأجزاء: (١٠ و ٢ فهارس).

٤/ شعب الإيمان. المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ). حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد. أشرف على تحقيقه وتخريج أحاديثه: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي– الهند. الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند. الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ– ٢٠٠٣م. عدد الأجزاء: ١٤ (١٣، ومجلد للفهارس).

٥/ شرح السنة. المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط–محمد زهير الشاويش. الناشر: المكتب الإسلامي– دمشق، بيروت. الطبعة: الثانية ١٤٠٣هـ– ١٩٨٣م. عدد الأجزاء: ١٥.

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

١/ الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي سنه ٧٨٥هـ)). المؤلف:

تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب. الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت. عام النشر: ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م. عدد الأجزاء: ٣.

٢/ الإحكام في أصول الأحكام. المؤلف: أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ). المحقق: عبد الرزاق عفيفي. الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان. عدد الأجزاء: ٤.

٣/ أصول الفقه. تأليف العلامة الأستاذ الدكتور/ محمد أبوالنور زهير الأستاذ بجامعة الأزهر، ووكليها الأسبق. الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث. عدد الأجزاء: ٤.

٤/ أصول الشاشي. المؤلف: نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي (المتوفى: ٣٤٤هـ). الناشر: دار الكتاب العربي- بيروت. عدد الأجزاء:١.

٥/ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ). المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق- كفر بطنا. قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور. الناشر: دار الكتاب العربي. الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ٢.

٦/ دراسات أصولية في القرآن الكريم. المؤلف: محمد إبراهيم الحفناوي. الناشر: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية-

القاهرة. عام النشر: ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م. عدد الأجزاء: ١.

٧/ المهذب في علم أصول الفقه المقارن (تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية). المؤلف: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة. دار النشر: مكتبة الرشد- الرياض. الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ٥.

٨/ المحصول. المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ). دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني. الناشر: مؤسسة الرسالة. الطبعة: الثالثة ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م. عدد الأجزاء: ٦.

٩/ المحصول في أصول الفقه. المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ). المحقق: حسين علي اليدري- سعيد فودة. الناشر: دار البيارق- عمان. الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩. عدد الأجزاء: ١.

١٠/ منهاج الوصول إلى علم الأصول. للقاضي ناصر الدين عبدالله بن عمر البيضاوي. حققه وقدم له ووضح غوامضه الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الأستاذ في جامعة ام القرى بمكة المكرمة. الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م. عدد الأجزاء: ١.

١١/ المستصفى. المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ). تحقيق: محمد عبد السلام

عبد الشافي. الناشر: دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م. عدد الأجزاء:١.

١٢/ معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول. المؤلف: شمس الدين محمد بن يوسف الجزري. المحقق: شعبان محمد إسماعيل. الطبعة الأولى ١٤١٣ه- ١٩٩٣م. عدد الأجزاء: ٢.

١٣/ المعتمد في أصول الفقه. المؤلف: محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي (المتوفى: ٤٣٦هـ). المحقق: خليل الميس. الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت. الطبعة: الأولى ١٤٠٣. عدد الأجزاء: ٢.

١٤/ نهاية الوصول في دراية الأصول. المؤلف: صفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (٧١٥ هـ). المحقق: د. صالح بن سليمان اليوسف - د. سعد بن سالم السويح. أصل الكتاب: رسالتا دكتوراة بجامعة الإمام بالرياض. الناشر: المكتبة التجارية بمكة المكرمة. الطبعة: الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م. عدد الأجزاء: ٩ (في ترقيم واحد متسلسل) (الأخير فهارس).

١٥/ نهاية السول شرح منهاج الوصول. المؤلف: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ). الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان. الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ١.

١٦/ نفائس الأصول في شرح المحصول. المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ). المحقق: عادل

أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض. الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز. الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م. عدد الأجزاء: ٩.

١٧/ العدة في أصول الفقه. المؤلف: القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ). حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض- جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية. الناشر: بدون ناشر. الطبعة: الثانية ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م. عدد الأجزاء: ٥ أجزاء في ترقيم مسلسل واحد.

١٨/ علم أصول الفقه. المؤلف: عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ). الناشر: مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم). الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم. عدد الأجزاء: ١.

١٩/ قواطع الأدلة في الأصول. المؤلف: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ). المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي. الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان. الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ٢.

٢٠/ شرح التلويح على التوضيح. المؤلف: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ). الناشر: مكتبة صبيح بمصر. الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ. عدد الأجزاء: ٢.

٢١/ شرح تنقيح الفصول. المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي

(المتوفى: ٦٨٤هـ). المحقق: طه عبد الرؤوف سعد. الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة. الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م. عدد الأجزاء: ١.

٢٢/ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول. المؤلف: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ). المحقق: د. محمد حسن هيتو. الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت. الطبعة: الأولى ١٤٠٠. عدد الأجزاء: ١.

رابعاً: كتب الفقه:

١/ الإشراف على نكت مسائل الخلاف. المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ). المحقق: الحبيب بن طاهر. الناشر: دار ابن حزم. الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ٢ (في ترقيم مسلسل واحد).

٢/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد. المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ). الناشر: دار الحديث- القاهرة. الطبعة: بدون طبعة. تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م. عدد الأجزاء: ٤.

٣/ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني. المؤلف: 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. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ١٩.

٤/ الكافي في فقه الإمام أحمد. المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ). الناشر: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م. عدد الأجزاء: ٤.

٥/ المبدع في شرح المقنع. المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ). الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م. عدد الأجزاء:٨.

٦/ المبسوط. المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ). الناشر: دار المعرفة- بيروت. الطبعة بدون طبعة. تاريخ النشر: ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م. عدد الأجزاء: ٣٠.

٧/ المدونة. المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ). الناشر: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م. عدد الأجزاء: ٤.

٨/ المهذب في فقه الإمام الشافعي. المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ). الناشر: دار الكتب العلمية. عدد الأجزاء: ٣.

٩/ المحلى بالآثار. المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ). الناشر: دار الفكر- بيروت. الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ. عدد الأجزاء: ١٢.

١٠/ المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس». المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ). المحقق:

حميش عبد الحقّ. الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز- مكة المكرمة. أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة. الطبعة: بدون. عدد الأجزاء: ٣ (في ترقيم مسلسل واحد).

١١/ النتف في الفتاوى. المؤلف: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ). المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي. الناشر: دار الفرقان-مؤسسة الرسالة- عمان الأردن- بيروت- لبنان. الطبعة: الثانية ١٤٠٤- ١٩٨٤. عدد الأجزاء: ٢.

١٢/ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. المؤلف: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: ١١٢٦هـ). الناشر: دار الفكر. الطبعة: بدون طبعة. تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م. عدد الأجزاء: ٢.

١٣/ التاج والإكليل لمختصر خليل. المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ). الناشر: دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى ١٤١٦هـ- ١٩٩٤م. عدد الأجزاء: ٨.

١٤/ تحفة الفقهاء. المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ). الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان. الطبعة: الثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م. عدد الأجزاء: ٣.

١٥/ الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة. المؤلف: عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي، سراج الدين، أبو حفص الحنفي (المتوفى: ٧٧٣هـ). الناشر:

مؤسسة الكتب الثقافية. الطبعة: الأولى ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م. عدد الأجزاء: ١.

خامساً: كتب اللغة:

١/ كتاب العين. المؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ). المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي. الناشر: دار ومكتبة الهلال. عدد الأجزاء: ٨.

٢/ لسان العرب. المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ). الناشر: دار صادر- بيروت. الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ. عدد الأجزاء: ١٥.

٣/ معجم مقاييس اللغة. المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ). المحقق: عبد السلام محمد هارون. الناشر: دار الفكر. عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م. عدد الأجزاء: ٦.

٤/ مختار الصحاح. المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ). المحقق: يوسف الشيخ محمد. الناشر: المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت – صيدا. الطبعة: الخامسة ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م. عدد الأجزاء: ١.

٥/ القاموس المحيط. المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى(المتوفى:٨١٧هـ). تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة. بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي - الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان. الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م. عدد الأجزاء: ١.

المشترك عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية

د. بابكر الخضر يعقوب تبيدي*

مستخلص

الأصلُ في اللغة أن يختص كل لفظ من ألفاظها بمعنى معين؛ لأن الألفاظ وسيلة للتفاهم، لذا يجب أن تكون دلالة كل لفظ على مدلوله واضحة مستقلة محددة؛ لكي يتم التفاهم، وتؤدي اللغة وظيفتها على أحسن وجه، إلاّ أنه وجد في اللغة خلاف ذلك، إذ يستعمل اللفظ للدلالة على معنيين أو أكثر، وهو ما يسمى بالاشتراك اللفظي.

وقد حظي المشترك اللّفظي باهتمام الأصوليين، فاعتنوا بالبحث عن اللفظ المشترك اللّفظي، وبتحديد ماهيته، وإيضاح أسبابه؛ وذلك لأنه من الأمور المهمة في استخراج المعاني من النصوص التي تتعدد فيها العبارات في لغة العرب، والتي تعد سبباً من أسباب الاختلاف في استنباط الأحكام الشرعية. لذا رأيت أن أبحث في المشترك اللّفظي وأثره في اختلاف العلماء في الفروع الفقهية.

Abstract

Generally every single meaning has its own word, for words are means of communicationl, there for each word should has its own connotation to be understood and comprehend. But in language there is a different cases, where words have several connotations , which is called homonymy.

Islamic fundamentalists pay a great attention to homonym through defining it and find its causes, for its great importance to deduct meanings out of texts, which contains different homonym of Arab language that might lead to different Islamic rules after deduction. That is why this research is about homonymy, and its effect on deduction of Islamic scholars by being different in all branches of jurisprudence

مقدّمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً صلى الله عليه وسلم عبده ورسوله.

وبعد: فإنَّ نصوص الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة قد وردت باللغة العربية ، فلا سبيل إلى فهم معناها فهماً صحيحاً ، يؤهل إلى استنباط الأحكام منها إلا بمعرفة المعاني التي وضعت الألفاظ لإفادتها.

يقول الشافعي – رحمه الله –: "إنما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها، على ما تعرف من معانيها وكان مما تعرف من معانيها اتساع لسانها وأن فطرته أن يخاطب بالشيء منه عاماً ظاهراً يراد به العام الظاهر ويستغني بأول هذا منه عن آخره، وعاماً يراد العام ويدخله الخاص فيستدل على هذا ببعض ما خوطب به فيه، وعاماً ظاهراً يراد به الخاص وظاهراً يعرف في سياقه أنه يراد به غير ظاهره، فكل هذا موجود علمه في أول الكلام أو وسطه أو آخره، وتبتديء الشيء من كلامها يبين أول لفظها فيه عن آخره، وتبتديء يبين آخر لفظها منه أوله، وتكَّلم بالشيء تعرفه بالمعنى دون الإيضاح باللفظ، كما تعرف الإشارة، ثم يكون هذا عندها من أعلى كلامها لانفراد أهل علمها به، دون أهل جهالتها، وتسمي الشيء الواحد بالأسماء الكثيرة، وتسمى بالاسم الواحد المعاني الكثيرة، وكانت هذه الوجوه التي وصفت اجتماعها في معرفة أهل العلم منها به– فإن اختلفت أسباب معرفتها معرفة واضحة عندها ومستنكراً عند غيرها ممن جهل هذا من لسانها وبلسانها نزل الكتاب وجاءت السنة، فتكلف القول في علمها تكلف ما يجهل بعضه، ومن تكلَّف ما جهل وما لم تثبته معرفته، كانت موافقته للصواب – أن وافقه من

حيث لا يعرفه – غير محمودة والله أعلم، وكان بخطئه غير معذور إذا ما نطق فيما لا يحيط علمه بالفرق بين الخطأ والصواب فيه"[1].

فاهتم علماء الأصول بدراسة هذه الأحوال، واستقرائها في القرآن والسنة، بالإضافة إلى استقراء وتتبع ما قرره علماء اللغة العربية في دلالات الألفاظ على معانيها، وأخذوا من هذا الاستقراء والتتبع قواعد أصولية، ليتوصلوا بها إلى فهم الأحكام من نصوص الشريعة الإسلامية.

ومن هذه القواعد المشترك، فإنه قد يوجد في اللغة أن يدل اللفظُ على معنيينِ أو أكثر.

ولأهمية المشترك وأثره في استنباط الأحكام الشرعية عني علماء الأصول بتحديد ماهيته، وإيضاح أسبابه، ودلالته على الحكم، وهو موضوع هذا البحث.

أهداف البحث:

يهدف البحث لعدة أهداف من أهمها:

- إبراز مفهوم الاشتراك لغة واصطلاحاً.
- بيان أسباب الاشتراك.
- وقوع الاشتراك في اللغة.
- دراسة حكم المشترك عند الأصوليين تفصيلاً ونقداً.
- إبراز أهم التطبيقات الفقهية للمشترك.

مشكلة البحث وأهميته:

تكمن مشكلة البحث الرئيسة في مفهوم المشترك عند الأصوليين ويجيب عن الأسئلة التالية:

- ما مفهوم المشترك؟
- هل وقع المشترك في اللغة؟
- ما أسباب وقوعه؟
- ما حكم المشترك عند الأصوليين؟
- ما أبرز التطبيقات الفقهية للمشترك عند الأصوليين؟

منهجية البحث:

سيتبع الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، باستقراء آراء الأصوليين الواردة حول الموضوع من

مظانها المعتبرة، وتحليل هذه الآراء ودراستها، ومناقشتها، وبيان الراجح.

خطة البحث:

قسم البحث إلى تمهيد ومبحثين:

التمهيد: اللفظ العربي باعتبار المعنى الذي وضع له.

المبحث الأول: **في تعريف المشترك.**

المبحث الثاني: **في وقوع الاشتراك في اللغة، وفيه ثلاثة مطالب:**

المطلب الأول: **أقوال العلماء في وقوعه اللغة، وأدلتهم.**

المطلب الثاني: **المناقشة والترجيح.**

المطلب الثالث: **أسباب وقوع الاشتراك في اللغة.**

المبحث االثالث: **إعمال المشترك في جميع معانيه، وفي مطلبان:**

المطلب الأول: **أقوال العلماء في إعمال المشترك في جميع معاتي، وأدلتهم.**

المطلب الثاني: **المناقشة والترجيح.**

المبحث الرابع: **أثر المشترك في اختلاف الفقهاء.**

تمهيد

اللفظ العربي باعتبار المعنى الذي وضع له أصلاً ثلاثة أصناف: خاص، وعام ، ومشترك.

- فأما الخاص: فهو ما وضع لواحد منفرد.
- وأما العام: فهو ما دل على أفراد كثيرين.
- وأما المشترك: فهو أن يشترك لفظان أو أكثر في معنى واحد[٢].

والمتتبع لأساليب الخطاب في اللغة العربية يجد إنها احتوت على ألفاظ متباينة ودلالات مختلفة:

١- فتعبر عن كل معنى بلفظ يخصه، فلا يتعداه إلى غيره ، ويصدق على باقي أفراد جنسه، كقولك: الرجل، والمرأة، والجمل، والناقة، وما شابه ذلك، وأكثر اللغة من هذا النوع.

٢ أن يشترك لفظان أو أكثر في معنى واحد ، كالبر والحنطة، والعير والحمار، وجلس وقعد،

ومضى وذهب وما شابه ذلك، وهذا ما يسمى في اللغة بالترادف. والألفاظ المترادفة هي: (الألفاظ المفردة الدالة على مسمى واحد، باعتبار واحد)[٣].

وقد اختلف العلماء في الترادف إلى رأيين:

أحدهما: ينكر الترادف، ويرى أنه لا فائدة فيه؛ لأن أحد المترادفين يغنى غناء الآخر، وإن ما يظن إنه مترادف فهو من الاختلافات التي تكون لتباين الصفات ، أو اختلاف الموصوف مع الصفات، كالأسد والليث، والحنطة والقمح، والسيف والمهند ،وإليه ذهب ثعلب، وابن فارس من أئمة اللغة[٤].

وثانيهما: يقول بالترادف، وأنه واقع في اللغة بالضرورة الاستقرائية، وإن وسع من أنكره التأويل في بعض الكلمات، لا يمكنه أن ينكر غيرها، مما لا يكاد يحصى من المترادفات[٥]، كالجلوس والقعود، وصلهب وسلهب للطويل، وبحتر وحبتر وبهتر للقصير، والتزويج والإنكاح، والمزوجة والمنكوحة، والفرض والواجب، والمستحب والمندوب، وإليه ذهب جمهور العلماء، منهم: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[٦].

وأن له فائدة: وهي التوسعة في اللغة نظمها ونثرها (ذلك لأن اللفظ الواحد قد يتأتى باستعماله مع لفظ آخر السجع ، والقافية ، والتجنيس والترصيع، فبحسن الألفاظ واختلافها على المعنى الواحد تُرَصّع المعاني في القلوب، وتلتصق بالصدور، وتزيد حُسنه وحلاوته[٧]، وغير ذلك من أصناف البديع، مما يشعر به كل كاتب وشاعر.

٣- أن يشترك اللفظ الواحد في معنيين فأكثر بوضع مستقل. وهذا هو المشترك اللفظي[٨].

المبحث الأول

تعريف المشترك في اللغة والاصطلاح

أ / تعريف المشترك في اللغة:

من الاشتراك وهو الاجتماع ، والمخالطة، يقال: أشرك فلاناً في الأمر إذا دخل فيه معه، ولفظ مشترك، أي مجتمع فيه معان كثيرة[٩].

ب/تعريف المشترك اصطلاحاً:

عرّف العلماء اللفظ المشترك بعدة تعريفات، نختار منها تعريف الإمام الرازي؛ لأنه تعريف مختصر لا تطويل فيه ، وقد أدى المعنى المطلوب.

فعرفه بقوله: (هو اللفظ الموضوع لحقيقتين مختلفتين، أو أكثر، وضعاً أولاً من حيث هما كذلك)[١٠].

شرح التعريف:

فاللفظ: جنس في التعريف، يشمل الموضوع وغير الموضوع.

الموضوع: قيد احترز به عن غير الموضوع ، فخرج بذلك اللفظ المهمل الذي لا فائدة فيه، مثل لفظ (ديز) مقلوب زيد، فإنه مهمل لا معنى له.

لحقيقتين مختلفتين أو أكثر: قيد احترز به عن الأسماء المفردة ، فإنها موضوعة لحقيقة واحدة ، واحترز به -أيضاً- عن المجاز؛ لأنه لم يوضع لحقيقتين، كما احترز عن النقل، لأنه لم يوضع للمنقول إليه وضعا أوليا، بل وضع ثانيا.

من حيث هما كذلك: قيد أخرج به المشترك المعنوي.

والمشترك المعنوي، هو: (اللفظ الموضوع لحقيقتين أو أكثر من حيث إنها مشتركة في معنى واحد)[١١].

فهو لفظ وضع وضعا و احدا، لقدر مشترك بين عدة معان لكل منها ماهية خاصة، كلفظ (الحيوان) بالنسبة إلى جميع الحيوانات، و(النبات) بالنسبة إلى جميع النباتات، ولفظ (القتل)، فإنه موضوع لإزهاق الروح، لكن يندرج تحته كل أنواع القتل، كالقتل بالتسبب، والقتل العمد وشبه العمد والقتل الخطأ، والقتل دفاعا عن النفس وغير ذلك.

ويسمى (المتواطئ) إن تساوت أفراده في تحقق معناه فيها، كالإنسان؛ فإن معناه بالنسبة إلى كافة أفراده على حد سواء، وسمي بذلك من التواطء، وهو التوافق.

وإن لم يتساو أفراده في تحقق معناه يسمى المشكك، وذلك كلفظ (النور) فإنه في الشمس أشد و أقوى منه في القمر والمصباح. وكل من المتواطئ والمشكك من المشترك المعنوي[١٢].

وهو يتنوع إلى نوعين من حيث المعاني التي يشترك فيها:

- نوع يدل على معنيين غير ضدين، كالعين، للباصرة، والينبوع والجاسوس، والذهب، والشمس، والذات، والسحاب الذي ينشأ من جهة القبلة وغير ذلك.
- وآخر يعبر عن معنيين ضدين، كالقرء، للحيض والطهر والجون، للأبيض والأسود، وهذا ما يسميه علماء اللغة بالتضاد.

يقول السيوطي: (المشترك يقع على شيئين ضدين، وعلى مختلفين غير ضدين، فما يقع على الضدين كالجون والجلل، وما يقع على مختلفين غير ضدين كالعين)[١٣].

المبحث الثاني
وقوع الاشتراك في اللغة

المطلب الأول
أقوال العلماء في وقوع الاشتراك في اللغة، وأدلتهم

اختلف العلماء في وقوع الاشتراك في اللغة إلى أقوال خمسة[١٤]:

القول الأول: إن الاشتراك في اللغة واجب.

واستدلوا على ذلك فقالوا: المعاني غير متناهية؛ لأن الأعداد أحد أنواع المعاني، وما من عدد إلاّ وفوقه عدد أكبر منه إلى ما لا نهاية، والألفاظ متناهية؛ لأنها مركبة من حروف متناهية، وهي الثمانية والعشرون المعروفة، والمركب من المتناهي متناهي.

فإذا وزعت المعاني غير المتناهية على الألفاظ المتناهية:

- فإن استوعبتها لزم أن يكون اللفظ الواحد له أكثر من معنى واحد، ولا معنى للاشتراك إلاّ هذا.
- وإن لم تستوعب الألفاظ المعاني، لزم أن يوجد من المعني ما ليس له لفظ يدل عليه ، وهو محال؛ لأن الألفاظ مستوعبة للمعاني.

فكان الاشتراك واجباً.

القول الثاني: إنه مستحيل.

واستدلوا على ذلك فقالوا: إن اللغة وضعت لقصد الإفهام، وجود المشترك يخل بالفهم، فيستحيل وجوده في اللغة التي جاءت والقصد منها الإفهام.

القول الثالث: ذهب أصحابه إلى إمكان وجود المشترك، إلاّ إنه لم يقع في اللغة.

واستدلوا على ذلك فقالوا: إن ما يفهم منه أنه مشترك لفظي فهو إما من الحقيقة والمجاز، كالعين حقيقة في الباصرة مجاز في غيرها، أو من المتواطئ، كالقرء.

القول الرابع: إنه ممكن، وواقع في اللغة، ولكنه غير واقع في القرآن والسنة.

واستدلوا على ذلك فقالوا: بأن الاشتراك لا يترتب على فرض وقوعه محال، فيكون جائزاً، الجواز العقلي، وأنه وقع في اللغة، كلفظ (الجون) للأبيض والأسود، و(العين) للباصرة والذهب والشمس والموضع الذي يتفجر منه الماء، و(المولى) للسيد والعتيق.

واستدلوا على عدم وقوعه في القرآن والسنة فقالوا: إنه لو وقع في القرآن والسنة:

- فإن كان مبيناً، كان تطويلاً من غير فائدة، والقرآن والسنة منزهان عن ذلك.
- وإن كان غير مبين، كان غير مفيد، فيكون لغوا، واللغو في القرآن والسنة باطل.

القول الخامس: إنه ممكن عقلاً، وواقع في اللغة والقرآن والسنة.

واستدلوا على الجواز والوقوع في اللغة بما استدل به أصحاب القول الرابع.

واستدلوا على وقوعه في القرآن والسنة فقالوا: إن لفظ (القرء) للطهر والحيض، ولفظ (عسعس) لأقبل وأدبر، قد وقع كل منهما في القرآن، فيكون المشترك واقعا في القرآن، وجائز الوقوع في السنة كذلك ؛ لعدم الفارق[١٥].

المطلب الثاني

المناقشة والترجيح

الراجح من هذه المسألة هو أن الاشتراك واقع في اللغة، وواقع في القرآن والسنة – وهو قول أكثر أهل اللغة والأصول– وذلك لقوة ما استدلوا به.

وما أورده المخالف من أدلة يجاب عليها بما يلي[١٦]:

١- فيجاب على من قال باستحالة الاشتراك لأنه يؤدي إلى الإخلال بالفهم: بأنه لا إخلال مع قيام القرائن التي تبين المراد من اللفظ؛ فإن المقصود من وضع اللغة: الفهم التفصيلي والفهم الإجمالي ، المبين بالقرينة.

٢- ويجاب على من قال بعدم وقوعه في اللغة، والقرآن والسنة: بأن اللفظ المشترك واقع في لغتنا العربية، فلفظ (العين) يطلق على الباصرة وعلى الجاسوس، وعلى الذهب ، وعلى عين الماء ، وعلى السلعة.

ولفظ (اليد) وضع لليمنى واليسرى، ولفظ (نجم) وضع للثريا، ولما ينجم، ولفظ (القرء) يطلق على الحيض والطهر.

فإنه إذا أطلق لفظ من هذه الألفاظ لم نفهم أحد المعنيين من غير قرينة تبين المراد من اللفظ، فيبقى الذهن متردداً في تحديد المعنى.

ولو كان اللفظ متواطئاً، أو كان حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر لما كان هناك تردد.

والاشتراك – أيضاً – واقع في القرآن والسنة ، ووقوعه في القرآن والسنة يؤكد وقوعه في اللغة؛ فإن القرآن نزل بلغة العرب وأساليبهم.

فقد وقع الاشتراك في القرآن في أكثر من آية، منها:

مشترك في الاسم: كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فلفظ (القرء) اسم مشترك، يطلق على الطهر وعلى الحيض[١٧].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَاللَّيْلِ إِذَا عَسْعَسَ ﴾ [التكوير ١٧]، ولفظ (عسعس) اسم مشترك ، يطلق على الإقبال وعلى الإدبار.

ومشترك في الفعل: كلفظ (قضى)، فإنه يأتي في اللغة بمعان متعددة: منها: قضى بمعنى صنع، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ ﴾ [طه ٧٢]، وبمعنى أمر، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وبمعنى أعلم، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ قَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا ﴾ [الإسراء: ٤]، أي: أعلمناهم.

وكما أن الاشتراك واقع في الأسماء والأفعال، فإنه واقع في الحروف، ووقوع الاشتراك في الحروف كثير جداً؛ فإن أكثر الحروف وضع لمعان متعددة، كقوله سبحانه وتعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣٣]، فإن حرف (أو) هل هو للتنويع والتفصيل، أم للتخيير؟

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا ﴾ [آل عمران: ٧]، فإن حرف (الواو) هل هو للعطف، أم للاستئناف؟

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَامْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ ﴾ [المائدة: ٦]، فهي مشترك بين

الالصاق، والتبعيض، والزيادة[١٨].

ومثال وقوع الاشتراك في السنة: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا صلاة لمن لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب)[١٩].

ولفظ (الصلاة) مفهوم مشترك في عرف الشرع ،لإطلاقه على ما لا ركوع فيه ولا سجود، كصلاة الجنازة، وعلى ما لا تكبير فيه ولا سلام ،كالطواف، وعلى ما لا قيام فيه، كصلاة المريض. وعليه، فإن الراجح من أقوال العلماء في هذه المسألة ما ذهب إليه الجمهور من اللغويين والأصوليين إلى وقوع الاشتراك في اللغة، والقرآن والسنة[٢٠].

المطلب الثالث

أسباب وقوع الاشتراك في اللغة

يمكن تلخيص عوامل نشأة المشترك اللفظي في اللغة العربية فيما يلي:

أولاً: اختلاف القبائل العربية في استعمال الألفاظ للدلالة على معان.

فقد كانت الجزيرة العربية مقسمة إلى بيئات لغوية متعددة بتعدد القبائل العربية الموجودة في هذه الجزيرة المترامية الأطراف، ومن المقرر في علم اللغات أنه متى انتشرت اللغة في مساحة واسعة من الأرض، وتكلم بها طوائف مختلفة من الناس استحال عليها الاحتفاظ بوحدتها الأولى أمداً طويلاً، فلا تلبث أن تتشعب إلى عدة لهجات ،ولم تفلت اللغة العربية من هذا التشعب إلى لهجات متنوعة، والذي أدى إلى نشوء ظاهرة الاشتراك، والترادف، والتضاد، فهذه الثلاثة من وضع اللهجات.

فبعض القبائل تطلق هذا اللفظ على المعنى ،وأخرى على معنى ثانٍ وأخرى تطلقه على غيره، وهكذا يتعدد الوضع لتعدد الواضعين، ثم ينقل اللفظ في معانيه إلى المتكلمين بالعربية من غير نص على اختلاف الواضع فيكون للكلمة كل هذه المعاني.

فقبيلة تميم – مثلاً – كانت تطلق كلمة (الألفت) على الأعسر وهو الذي يعمل

بيده اليسرى،كأن فيها التفافاً من اليمنى إلى اليسرى[٢١].

وقبيلة قيس كانت تطلق كلمة (الألفت) على الأحمق، وكأنها كانت تلحظ فيه التفافاً من الكيس إلى الحمق.

وعامة العرب تطلق كلمة (السِّرْحان) و(السيِّد) على الذئب، وعند قبيلة هذيل تطلق على الأسد[٢٢].

وكلمة (اليد) تطلق عند بعض القبائل على الكف خاصة، وبعض ثانٍ على الكف والساعد، وبعض ثالث على الكف و الساعد و العضد إلى الكتف.

وهكذا يتعدد الوضع لتعدد الواضعين فيحدث الاشتراك في اللفظ.

يقول الإمام الرازي: (السبب الأكثري: هو أن تضع كل واحدة من القبيلتين تلك اللفظة لمسمى آخر، ثم يشتهر الوضعان، فيحصل الاشتراك)[٢٣].

فاختلاف الوضع بين القبائل العربية المختلفة هو أهم الأسباب وأكثرها التي أدت إلى ظهور الاشتراك في اللغة العربية.

ثانياً: كون اللفظ له معنى حقيقي، ثم يستعمل في معنى آخر مجازاً، لعلاقة بينه و بين المعنى الأصلي، فيشتهر اشتهاراً يستتر به التجوُّز بطول الزمان، فينقل اللفظ إلينا على أنه حقيقة في المعنيين.

فمثلاً كلمة (العين) تدل على عضو الإبصار في الإنسان والحيوان وتطلق على أشياء كثيرة، منها ما يرجع إلى العين الباصرة، و منها مالا يرجع إلى العين.

وما يرجع إلى العين الباصرة يستعمل على قسمين:

أحدهما: بوجه الاشتقاق.

والثاني: بوجه التشبيه.

فأما الذي يرجع بوجه الاشتقاق فعلى قسمين:

أ/ مصدر: وهو ثلاثة ألفاظ، هي: العين: أي الإصابة بالعين، والعين: أن تضرب الرجل في عينه، والعين: المعاينة.

ب/ وغير مصدر، ثلاثة ألفاظ أيضاً، هي: العين: أهل الدار؛ لأنهم يعاينون، والعين: المال، والعين: الشيء الحاضر[٢٤].

وأما الراجع إلى التشبيه فستة معانٍ هي: العين: الجاسوس، تشبيهاً بالعين؛ لأنها من أهم وسائله في النظر على حال الأعداء، وعين الشيء: خياره وأجود ما فيه، والعين: الربيئة، وهو الذي يرقب القوم، وعين القوم: سيدهم، والعين: واحد الأعيان، وهم الأخوة الأشقاء، والعين: الإنسان الحر.

فكل هذه الألفاظ مشبهة بالعين لشرفها، وأنها من أهم الأعضاء.

وأما ما يرجع إلى الاشتقاق أو التشبيه فعشرة معان، هي: الدينار، واعوجاج الميزان، وعين القبلة، والسحابة الآتية من ناحية القبلة، وعين الركبة، وهي نقرة في مقدمتها، وعين الشمس، وعين الماء، والعين: وهو مطر أيام كثيرة لا ينقطع، والعين: طائر[٢٥].

وهذه كلها معان لا يتضح لنا علاقتها بالعين الناظرة، وغالب الظن أن هذه العلاقة كانت موجودة في أذهان العرب الأوائل الذين أطلقوا لفظ (العين) على هذه المعاني[٢٦].

وبهذا نجد أن الاستعمال المجازي كان له دور في نشوء ظاهرة الاشتراك في اللغة.

ثالثاً: وجود معنى يجمع بين معنيين، فتطلق الكلمة على كل منهما لهذا الجامع ثم يغفل الناس عن هذا المعنى الجامع بينهما فيعدون الكلمة مشتركة بين المعنيين.

فمثلاً: لفظ (المولى) للسيد و العبد، فإن معناه في الأصل: الناصر.

ولفظ (القرء) فإن معناه في الأصل: كل وقت اعتيد فيه أمر خاص ، فمن كلامهم:

الحمى قرء، أي دور معتاد تكون فيه، وللمرأة قرء ،أي وقت دوري تحيض فيه، ووقت دوري آخر تطهر فيه، وللثريا قرء، أي وقت اعتيد معها نزول المطر فيه[٢٧].

ولفظ (النكاح) فإن معناه الضم، فصح إطلاقه على العقد ذاته، لأن فيه ضم اللفظين، الإيجاب والقبول، وصح إطلاقه على الوطء أيضاً. فظن بعضهم أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وبعض ثانٍ ظن أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد[٢٨].

رابعاً: نقل اللفظ من معناه الأصلي إلى معنى عرفي أو اصطلاحي، لعلاقة بينهما، ثم يشتهر، وينقل إلينا على أن له معنيين حقيقيين ، ليكون مشتركاً بينهما.

فمثلاً: لفظ (الصلاة) وضع في اللغة للدعاء، ثم وضع في اصطلاح الشرع للعبادة المعروفة.

ولفظ (الزكاة) وضع في اللغة للنماء، ثم وضع في اصطلاح الشرع للعبادة المعروفة[٢٩].

وأياً ما كان سبب الاشتراك، فإن الألفاظ المشتركة بين معنيين أو أكثر ليست قليلة في اللغة[٣٠].

المبحث االثالث

إعمال المشترك في جميع معانيه

المطلب الأول

أقوال العلماء وأدلتهم

اتفق الأصوليون على أن الاشتراك خلاف الأصل ، فالأصل في اللفظ أن يوضع لمعنى واحد ، ويسمى بالمنفرد[٣١]، فإذا احتمل اللفظ الاشتراك وعدمه ، فالأصل عدم الاشتراك ؛ لأنه خلاف الأصل[٣٢].

وإذا تحقق الاشتراك:

– فإن وجدت قرينة تبين المعنى المراد، عمل بها، فمثلاً لفظ (اليد) في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، مشترك بين الذراع، والكف، والكف والساعد، واليمنى واليسرى.

فجاءت السنة العملية على تعين المراد منها في الآية، وهي اليمنى من رؤوس الأصابع إلى الرّسغين.

- وإن لم توجد قرينة تبين المعنى المراد، اختلفوا فيما إذا كان هناك لفظ مشترك ولم يترجح أحد معَنَيْيه أو معانيه في نص واحد، فهل يصح أن يراد كل واحد من تلك المعاني، بحيث يكون الوارد عليه متعلقاً بكل واحد منهما، أو لا يصح ذلك ويجب التوقف عن العمل به حتى يقوم الدليل على تعين معنى من معانيه؟

اختلفوا إلى ثلاثة أقوالٍ:

القول الأول: إنه يجوز أن يراد باللفظ المشترك جميع معانيه، سواء أكان وارداً في النفي أم في الإثبات، وإليه ذهب جمهور الحنابلة ، والجُبَّائي والقاضي عبد الجبار من المعتزلة، وذهب إليه الإمام الشافعي، لكن بشرط ألا يكون بين مفهوما ته ومعانيه تضاد[٣٣].

واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٥٦].

فالصلاة من الله رحمة، ومن الملائكة والمؤمنين استغفار ، وكلا المعنيين مراد لله تعالى. وفي إعمال المشترك في جميع معانيه.

واستدلوا- أيضاً- بقوله سبحانه وتعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ يَسْجُدُ لَهُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَمَن فِي الْأَرْضِ وَالشَّمْسُ وَالْقَمَرُ وَالنُّجُومُ وَالْجِبَالُ وَالشَّجَرُ وَالدَّوَابُّ وَكَثِيرٌ مِّنَ النَّاسِ وَكَثِيرٌ حَقَّ عَلَيْهِ الْعَذَابُ﴾ [الحج: ١٨]، فإن السجود من الناس هو الهيئة المعروفة في الصلاة ، بوضع الجبهة على الأرض ، ومن غيرهم الخضوع القهري.

فصار المعنيان مرا دين، وفي هذا أعمال للمشترك في جميع معانيه[٣٤].

القول الثاني: يمنع ذلك مطلقاً ، فلا يصح أن يراد باللفظ المشترك إلا معنى واحداً من معانيه، سواء أكان وارداً في النفي أم الإثبات، وأوجبوا التوقف حتى يظهر ترجيح بعضها على بعض، وإليه ذهب جمهور

الحنفية، وبعض الشافعية، ومنهم أمام الحرمين، والرازي، وجماعة من المعتزلة [٣٥].

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- أن العرب وضعت هذه المعاني على التبادل، فكل معنى له وضع يختلف عن وضع المعنى الآخر ، فلا يمكن إرادة جميع المعاني؛ لأن ذلك يكون مخالفاً لأصل الوضع.
- لو كان اللفظ موضوعاً لكل المعاني على سبيل الجمع لما صح استعماله في أحدهما حقيقة، ولاختل التعريف الذي اصطلحوا عليه.

ومما يؤكد على أن المشترك لا يستعمل في المعنيين معاً: إجماع العلماء على أن القرء المذكور في كتاب الله محمول على أحد معنييه: الحيض أو الطهر [٣٦].

القول الثالث: التفصيل: فهو جائز إذا كان في النفي، ولا يجوز في الإثبات، وذهب إليه بعض الحنفية [٣٧].

وبنوا ذلك: على ما جاء في الوصية من (أن من أوصى بثلث ماله لمواليه، وكان له موالٍ أعتقوه، وموالٍ أعتقهم، ومات الموصِي قبل البيان ، بطلت وصيته) [٣٨].

وإنما حكموا ببطلان الوصية؛ لأن لفظ (المولى) مشترك بين المعتِق والمعتَق [٣٩]، فيحتمل أن يكون المراد في الوصية المولى الأعلى ، وهو الذي اعتَق، ويحتمل أن يكون المراد المولى الأسفل، وهو الذي أُعتق، ولا يصح أن يكون كل منهما مراداً؛ لأن المشترك وارد في الإثبات، والمشترك إذا ورد في الإثبات لا يعم.

بخلاف ما لو كان وارداً في النفي، فمن حلف لا يكلم موالي فلان، فإنه يحنث إذا كلم واحداً منهم؛ لأن لفظ (المولى) هنا وارد في سياق النفي ، والمشترك إذا ورد في النفي يراد به جميع معانيه [٤٠].

المطلب الثاني

المناقشة والترجيح

يبدو أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني القائلين بمنع إعمال اللفظ في جميع معانيه

مطلقاً، فلا يراد بالمشترك إلا واحداً من معانيه، سواء أكان وارداً في النفي أم في الاثبات، وأوجبوا التوقف حتى يظهر ترجيح بعضها على بعض.

وما استدل به أصحاب القول الأول من الآيتين، يجاب عنه بوجهين:

الوجه الأول: أن الآيتين من قبيل الكلي، لا من قبيل المشترك، فإن الصلاة موضوعة للإعتناء بإظهار الشرف، وتتحقق من الله بالرحمة، ومن غيره بالدعاء.

وبأن السجود غاية الخضوع والانقياد، سواء أكان اختيارياً من العقلاء، أو قهرياً من غيرهم[٤١].

الوجه الثاني: سلمنا لكم أنه مستعمل في المعنيين، لكن أحدهما حقيقة، والآخر مجاز؛ فإن الدعاء محال على الله سبحنانه وتعالى، فيحمل على المجاز، فيقال: الدعاء معناه الإحسان، وهو جائز على الله، والدعوى استعمال المشترك في معانييه حقيقة[٤٢].

– ويجاب على ما ذكره أصحاب القول الثالث القائلين بأنه يعم في حالة النفي دون الإثبات: بأنه لا فرق عند العرب بين الإثبات والنفي، فمن قال: عند زيد عشرة، ليس عنده عشرة؛ فإن لم يكن لفظ العشرة موضوعاً لمجموع الخمستين لاتثبت العشرة في الأول، ولا تنفي في الثاني؛ لأن المشترك لفظ يستعمل في أكثر من معنى حقيقة، فإن أريد من المشترك جميع المعاني في نص واحد كان ذلك مخالفاً لوضع الواضع، ومخالفة وضع الواضع ممتنعة[٤٣].

يقول الرازي: (والجواب عن هذه الوجوه بأسرها: أن ما ذكروه لو صح لدل على أن هذه الألفاظ كما هي موضوعة للآحاد ، فهي موضوعة للجميع، وإلا كان الله –تعالى– قد استعمل اللفظ في غير مفهوماته ، وهو غير جائز)[٤٤]... ويقول: (وأما في جانب النفي في جانب النفي ، فلم يقم دليل قاطع على على أن الواضع

ما استعمله في إفادة نفيهما جميعاً، ويمكن أن يجاب عنه: بأن النفي لا يفيد إلا رفع مقتضى الإثبات، فإذا لم يفد في جانب الإثبات إلا أمراً واحداً: لم يرتفع عند النفي إلا المعنى الواحد)[٤٥].

المبحث الرابع

أثر المشترك في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية

المشترك – كما اتضح لنا – لفظ وضع بأوضاع متعددة لأكثر من معنى، فهو يخل بالتفاهم، عند عدم القرينة التي تبين المراد منه ؛ لأنه يكون مجملاً بين معانيه الحقيقية المختلفة، التي وضع لكل منها على السواء.

وإذا قررنا أنه لا خلاف بين العلماء في لزوم الأخذ بالمعنى الذي تدل عليه القرينة، أو القرائن المرجحة لمعنى على آخر ، فإن ما يكون صالحاً للترجيح عند فريق قد لا يكون صالحاً عند الآخرين، وكثيراً ما ينتج ذلك اتجاه كل إلى معنى غير المعنى الذي اتجه إليه غيره ؛ بناء على تفاوت الأنظار فيما يصلح للترجيح[٤٦].

ومن هنا قرر العلماء أن الاشتراك خلاف الأصل، فإذا دار اللفظ بين الاشتراك وعدمه، فعدم الاشتراك أرجح.

فالمشترك اللفظي يؤثر في تحديد المعنى واستنباط الأحكام من النصوص الشرعية، ويعتبر وجوده فيها من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في استنباط الأحكام منها.

وبناء على ذلك فقد اختلف العلماء في فروع كثيرة، من هذه الفروع:

الفرع الأول

عدة الحائض المطلقة

اختلف الفقهاء في المعنى المراد من لفظ (القرء) في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وسبب اختلافهم: أن لفظ (القرء) موضوع في اللغة للحيض والطهر، وضعا أولياً، فالعرب تقول: أقرأت

المرأة إذا طهرت، وأقرأت إذا حاضت، لا مرجح لمعنى من معانيه على الآخر[٤٧].

ولهذا وقع الخلاف بين الفقهاء في لفظ (القرء):

فذهب جماعة من الفقهاء، منهم الإمام مالك والشافعي، وأحمد في رواية إلى أن المعنى المراد من (القرء) هو الطهر[٤٨].

وذهب آخرون، منهم أبوحنيفة، وأحمد بن حنبل في رواية ثانية، إلى أن المراد بـه الحيض[٤٩].

وينبني على هذا الخلاف الأحكام التالية[٥٠]:

١- زمن انتهاء مدة الحائض: فعلى الرأي الأول: لا تنتهي عنده حتى تدخل في الطهر الرابع ، فللزوج حق الرجعة في الحيضة الثالثة، دون الثاني؛ فإن عدتها تنتهي إذا طعنت في الثالثة.

٢- حل الزوج: يجوز زواج أخت مطلقته في الحيضة الثالثة على القول الثاني دون الأول.

٣- للزوجة أن تتزوج في الحيضة الثالثة على الرأي الثاني دون الأول.

٤- حق الإرث: إذا مات أحدهما في الحيضة الثالثة يرثه الآخر على القول الأول دون الثاني.

الفرع الثاني

رجوع المطلقة ثلاثاً إلى زوجها

وسبب اختلاف الفقهاء: أن لفظ (نكح)، استعمل لمعانى شتى، منها: الوطء، والعقد.

وبناء على الاشتراك فيه نشأ الخلاف بين الفقهاء في رجوع المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الأول.

قال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن تحريمها على الزوج الأول لا يرتفع إلا بعد حصول العقد والوطء جميعاً من الزوج الثاني[٥١].

واحتجوا بأن لفظ (نكح) المراد به الوطء.

وذهب سعيد بن المسيب، وآخرون إلى أن مجرد العقد عليها من الزوج الثاني كاف في تحليلها.

واحتجوا بأن المراد من لفظ (نكح) هنا مجرد العقد[٥٢].

الفرع الثالث

نكاح موطوءة الأب من الزنا

وبناء على اختلاف الفقهاء: أن لفظ (نكح)، استعمل لمعانى شتى أيضا، اختلفوا في نكاح موطوءة الأب من الزنا:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢].

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه تحرم على الابن بوطء الأب إياها، سواء أكان وطئاً حلالاً أم حراماً[٥٣].

واحتجوا: بأن لفظ (نكح) حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فيحمل على الوطء؛ لأن حمل اللفظ على الحقيقة أولى من المجاز.

وذهب مالك والشافعي إلى أنها تحرم بعقد الأب عليها ، أما إذا وطئها حراماً فلا تحرم على الابن[٥٤].

واحتجوا: بأن لفظ (نكح) يطلق في اللغة على العقد حقيقة[٥٥].

خاتمة

نتائج البحث:

توصلت هذه الدراسة إلى نتائج عديدة أهمها ما يلي:

١- هو اللفظ الموضوع لحقيقتين مختلفتين، أو أكثر، وضعاً أولاً من حيث هما كذلك.

٢- يوجد فرق بين المشترك اللّفظي والمشترك المعنوي، فالمشترك المعنوي، هو: (اللفظ الموضوع).

٣- لحقيقتين أو أكثر من حيث إنها مشتركة في معنى واحد)، فهو لفظ وضع وضعا و احدا، لقدر مشترك بين عدة معان لكل منها ماهية خاصة، ويسمى (المتواطئ) إن تساوت أفراده في تحقق معناه فيها، وإن لم يتساو أفراده في تحقق معناه يسمى

المشكك، وكل من المتواطئ والمشكك من المشترك المعنوي.

٤- أن المشترك اللّفظي موجود وواقع في اللّغة والكتاب والسنة، ولا اعتبار بقول من نفى ذلك.

٥- تبين أن الراجح أنه لا يجوز إعمال اللفظ في جميع معانيه مطلقاً، فلا يراد بالمشترك إلا واحداً

٦- من معانيه، سواء أكان وارداً في النفي أم في الاثبات، وأوجبوا التوقف حتى يظهر ترجيح بعضها على بعض.

٧- اتفق الأصوليون على أن الاشتراك خلاف الأصل، فالأصل في اللفظ أن يوضع لمعنى واحد، وأنه يخل بالتفاهم عند عدم القرينة التي تبين المراد منه؛ لأنه يكون مجملاً بين معانيه الحقيقية المختلفة، التي وضع لكل منها على السواء.

٨- كان لاختلاف القبائل العربية في استعمال الألفاظ للدلالة على معان بين القبائل العربية المختلفة، وجود معنى يجمع بين معنيين، فتطلق الكلمة على كل منهما لهذا الجامع ثم يغفل الناس عن هذا المعنى الجامع بينهما فيعدون الكلمة مشتركة بين المعنيين، والاستعمال المجازي للفظ دور في نشوء ظاهرة الاشتراك في اللغة.

٩- يعتبر المشترك اللفظي من أهم الأسباب التي تؤثر في تحديد المعنى واستنباط الأحكام من النصوص الشرعية، ويعتبر وجوده فيها من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية.

وهذا آخر ما قصدت من هذا البحث، فلعله جاء مستوفياً واضحاً، وعسى أن يكون قد حقق الغرض المقصود منه.

وصل اللهم على الهادي إلى صراتك المستقيم سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وارض اللهم عن صحابته الغر الميامين، ومن تبعه بإحسان إلى الدّين.

الهوامش

- أستاذ مشارك في أصول الفقه - جامعة الملك خالد المملكة العربية السعودية.

١. الرسالة للشافعي (ص٥٣) تحقيق أحمد شاكر.

٢. سيأتي بيان ذلك في المباحث التالية .

٣. المحصول للرازي (١/ ٢٥٣) .

٤. ينظر: المحصول (٢٥٤/١)، وجمع الجوامع لابن السبكي (٢٩٠/١).

٥. ينظر: المحصول (٢٥٥/١)، ونهاية الوصول في دراية الأصول لصفي الدين الهندي (٢/ ٣١٣)، وجمع الجوامع لابن السبكي (٢٥/١)، ومسلم الثبوت محب الدين بن عبد الشكور(١/ ٢٥٣)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٩٨/١)، وإرشاد الفحول للشوكاني (ص ١٨) .

٦. ينظر: تيسير التحرير لمير باد شاه (١٧٥/١) ، والإحكام للآمدي (٢٣/١)، والمحصول (٢٥٣/١)، والبحر المحيط للزركشي (١٣٠٤/٣)، وشرح تنقيح الفصول للقرافي (ص٣١)، وبيان المختصر للأصفهاني (١٧٥/١)، ومفتاح الوصول لابن التلمساني(ص٦٢-٦٣)، وشرح الكوكب المنير (٩٨/١)، التحبير شرح التحرير للمزداوي (/ ٣٥٨)، المزهر للسيوطي (٤٠٦/١)، أصول الفقه لأبي النور زهير (٢٧/٢) .

٧. المزهر (٤٠٦/١) ، وشرح الكوكب (٩٨/١-٩٩)، أصول الفقه لأبي النور زهير (٢٧/٢).

٨. سيأتي تعريفه وأقوال العلماء فيه في المطالب الآتية.

٩. ينظر: مختار الصحاح، للشيخ الإمام محمد محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي (١٥٩٣/٤)، والمعجم الوسيط (٤٨٠/١)، والصاحبي لابن فارس (ص٤٥٦).

١٠. المحصول (٢٦١/١) .

١١. ينظر: نهاية الوصول في دراية الأصول (٢١٣/١-٢١٤)، الإبهاج شرح المنهاج للإسنوي (٢٥٦/١)، شرح الكواكب (١٣٤/١)، الكليات لأبي البقاء (ص١١٨-١٢٠)، أصول الفقه لأبى زهرة (ص١٠٠).

١٢. ينظر: المراجع السابقة، وأثر اللغة في اختلاف المجتهدين، لعبد الوهاب الطويلة (ص٨٧-٨٨).

١٣. المزهر في علوم اللغة وأنواعها، لعبد الرحمن جلال السيوطي (١/ ٣٨٧)، وينظر: الصاحبي لابن فارس (ص٩٦).

١٤. ينظر الأقوال وأدلتها في : المحصول (٢٦١/١-٢٦٦) ، التحصيل من المحصول، لسراج الدين محمود بن بكر الأرموي (٢١٢/١-٢١٣) ، نهاية الوصول في دراية الأصول، لصفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (٢١٤/١-٢٢) ، نهاية السول مع سلم الوصول للمطيعي (١٤٤/٢).

١٥. ينظر: المراجع السابقة .

١٦. ينظر: شرح الكوكب (١/ ٢٦٧-٢٧١)، وفواتح الرحموت (١/ ١٦٥) وما بعدها .

١٧. لا خلاف بين أئمة اللغة والفقهاء في أن القرء من الألفاظ المشتركة، وقد حكى يعقوب بن السكيت - وهو إمام في اللغة والأدب - وغيره من اللغويين: أن العرب تقول: أقرأت المرأة إذا طهرت، وأقرأت: إذا حاضت، فذلك صلح للطهر والحيض معاً. تفسير النصوص لأديب صالح (١٤٧/٢-١٤٨) .

١٨. ينظر: شرح الكوكب (٢٦٧/١-٢٧١)، وفواتح الرحموت (١٦٩/١)، والدر المصون لابن السمين (٣/ ٦٩٣)، (٤/ ٢٠٩)، وأثر اللغة في اختلاف المجتهدين (ص٢٣٦-٢٤١).

١٩. صحيح البخاري، كتاب صفة الصلاة ، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم (٣٠٢/١) برقم (١٤٤)، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (٢٩٦/١) برقم (٣٧-٣٩٤).

٢٠. ينظر: المحصول (٢٥٦/١)، والتحصيل (٢١٢/١)، الإحكام للآمدي (١٩/١)، البحر المحيط للزركشي (١٢٣/٢)، كشف الأسرار لعبد الزيز البخاري (١٠٦/١-١٠٧)، المزهر في علوم اللغة (٣٦٩/١).

٢١. المزهر (١/ ٣٨١) .

٢٢. القاموس المحيط (١ / ٣٣٩) ، المعجم الوسيط (١ / ٤٢٥) .

٢٣. المحصول (١/ ٢٦٧) .

٢٤. المزهر للسيوطي (١ / ٣٦٩-٣٨٤) .

٢٥. ينظر: الصاحبي لابن فارس (ص١٧١)، والمزهر (١/ ٣٧٤-٣٧٦)، وشرح التصريف للمملوكي (ص١١٠)، وفقه اللغة لعبد الواحد وافي (ص ١٩٢).

٢٦. ينظر: الصاحبي لابن فارس (ص١٧١)، والمزهر (١/ ٣٧٤-٣٧٦)، وشرح التصريف للمملوكي (ص١١٠)، وفقه اللغة لعبد الواحد وافي (ص ١٩٢).
٢٧. ينظر: معاني القرآن للأخفش (ص٣٢٣، ومفتاح الوصول للتلمساني (ص٤٤).
٢٨. ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٦٧/٣)، تفسير الماوردي (١/ ٣٧٦) ، وتفسير النصوص (١٥٤/٢-١٥٥)، والخصائص لابن جني (٣ /٦٠) ، والصاحبي لابن فارس (ص ٤٥٦).
٢٩. ينظر: ومفتاح الوصول (ص٤٤) ، وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٣٨/١-٣٨٤).
٣٠. ينظر: أصول الشاشي (ص٣٧)، وأصول أبى زهرة (ص١٣٢-١٣٣)، وتفسير النصوص (١٣٦/١-١٣٧)، وأصول التشريع الإسلامي لعلى حسب الله (ص ٢٤٢-٢٥٠) ، ، والخصائص لابن جني (٣ /٦٠) ، والصاحبي لابن فارس (ص٤٥٦)، وأثر اللغة في اختلاف المجتهدين (ص٩٩-١٠٠)، وتيسير الأصول الزاهدي (ص١١٤).
٣١. المنفرد أو المفرد ، لغة : الاتحاد وعدم النظير ، والجانب الواحد من الشيء٠ واصطلاحاً: هو انفراد اللفظ بمعناه. ينظر: القاموس المحيط (٣٩٠)، ونهاية السول (٥٧/٢).
٣٢. ينظر: الإبهاج (٢٥٣/١) ، وروضة الناظر (ص ١٥٧) ، والبحر المحيط (١٢٥/٢) ومفتاح الوصول (ص٦١).
٣٣. ينظر: شرح الكوكب المنير(١٤٠/١-١٤١)، والتبصرة للشيرازي (ص ١٨٤) ، والإبهاج (٢٥٥/١) والمحصول (٢٦٩/١) ، والإحكام للآمدي (٢٤٢/٢) ، وأصول الفقه لفاضل عبد الرحمن (ص٣٥) .
٣٤. ينظر: كشف الأسرار (٤٠/١) ، شرح العيني على هامش المنار (٩٦/١) ، التحرير (ص ٨١) ، فواتح الرحموت (٢٠١/١-٢٠٢) ، ونفائس الأصول للقرافي (٢/ ٧٣٥-٧٣٦).
٣٥. ينظر: الأحكام للآمدي (٣٥٢/٢)، وكشف الأسرار (٤٠/١)، والمنار للنسفي مع شرحه لابن ملك (١/ ١٤٣) .
٣٦. ينظر: المستصفى (٧١/٢)، وفواتح الرحموت (١٦٩/١-١٧١)، وأصول أبو زهرة (ص١٣٢)، وتفسير النصوص(١٤٣/٢-١٤٤) ، وأثر اللغة في اختلاف المجتهدين (ص١٠٣).
٣٧. ينظر: التحرير لابن الهمام (ص٨١) .
٣٨. ينظر: الهداية مع العناية (٨ / ٤٧٧) .
٣٩. المولى: مأخوذ لغة من (الوَلْي) بفتح الواو وسكون اللام ، وهو القرب ، ولفظ (المولى) يطلق لغة على (المعتِق) بكسر التاء، وعلى (المعتَق) بفتح التاء، وعلى (ابن العم) وعلى (الجار) وعلى (الحليف). ينظر: الاختيار للموصلي الحنفي (٢٧٩/٢) .
٤٠. ينظر: التحرير لابن الهمام (ص٨١) .
٤١. ينظر: أصول الفقه لفاضل عبد الواحد (ص٢٦٦) .
٤٢. ينظر: نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي (١ / ٧٧١) .
٤٣. ينظر: نفائس الأصول (١/ ٧٧٥) ، وأصول الفقه الإسلامي لإبراهيم سلقيني (ص٢٧٩).
٤٤. المحصول (١ / ٢٧٢) .
٤٥. المرجع السابق (١ / ٢٧٣-٢٧٤) .
٤٦. ينظر: تفسير النصوص لمحمد أديب (٢ / ١٣٩) .
٤٧. ينظر: تفسير النصوص (١٤٨/٢) .
٤٨. ينظر: الموطأ (٥٧٦/٢)، والخرشي (١٣٦/٤ ، وبداية المجتهد لابن رشد (٩/٢)، ومفتاح الوصول (ص٤٦-٤٧)، والرسالة (ص٥٦٥-٥٧٠) مع حاشية الشيخ أحمد شاكر، والمغنى لابن قدامة (٤٥٣/٧).
٤٩. ينظر: شرح فتح القدير (٣٠٨/٤)، وبدائع الصنائع (١٩٤/٣-١٩٥)، وأصول السرخسي (١٢٦/١) وكشف الأسرار (٥٤/١)، وبداية المجتهد (٢ /٩)، ومفتاح الوصول (ص٤٦- ٤٧)، والمغنى لابن قدامة (٤٥١/٧)، الإسلام عقيدة وشريعة للإمام الأكبر الشيخ شلتوت (ص ٥٠٧).
٥٠. ينظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (ص٧٧-٨٠) .
٥١. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١ / ٣٩٠).
٥٢. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (١ / ٣٩١)، الجامع لأحكام القرآن (٣ / ١٤٧-١٤٨).
٥٣. ينظر : المغني لابن قدامة (٧ / ١١٧) .
٥٤. ينظر: المرجع السابق نفسه والصفحة .
٥٥. ينظر: المغني لابن قدامة ، الإسلام عقيدة وشريعة (ص ٥١٠).

المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم.

٢- التحرير في أصول الفقه، للكمال بن الهمام، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبعة: دار الكتب العلمية – بيروت.

١- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، المتوفى ٥٧٦هـ، أكمله ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، المتوفى سنة ٧٧١هـ، تحقيق: جماعة من العلماء، طبعة: دار الكتب العلمية بيروت، سنة ١٤٠٤هـ، الطبعة الأولى.

٢- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، للدكتور مصطفى سعيد الخن، طبعة: مؤسسة الرسالة في بيروت، الطبعة الرابعة، سنة ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م.

٣- أثر اللغة في اختلاف المجتهدين، لعبد الوهاب الطويلة، طبعة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، سنة ١٤٢٠ هـ.

٤- الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن، المتوفى: ٦٣١هـ، المحقق: الدكتور سيد الجميلي، طبعة: دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة: الأولى، سنة ١٤٠٤هـ.

٥- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، توفى:١٢٥٠هـ، تحقيق: محمد سعيد البدري أو مصعب، طبعة: دار الفكر بيروت، سنة ١٤١٢ هـ. الطبعة: الأولى.

٦- الإسلام عقيدة وشريعة، للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر الشريف، طبعة: دار الشروق، الطبعة العاشرة، سنة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

٧- أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله، دار المعارف مصر سنة ١٩٧٦ م.

٨- أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المتوفى سنة ٤٩٠هـ، تحقيق أبي الوفا الأفغاني، طبع دار الكتاب العربي القاهرة، سنة ١٣٧٢هـ.

٩- أصول الشاشي، لنظام الدين أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي المتوفى: ٣٤٤ هـ، ومعه عمدة الحواشي للمولى محمد فيض الحسن الكنكوهي، طبعة: دار الكتاب العربي بيروت، سنة ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م.

١٠- أصول الفقه، للأستاذ محمد أبو النور زهير، طبعة: المكتبة الأزهرية للتراث، سنة ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.

١١- أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الثقافة العربية للطباعة والنشر مصر.

١٢- البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة ٧٩٤هـ، قام بتحريره: عبد القادر عطا العاني وراجعه الدكتور سليمان الأشقر، طبعة: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩م.

١٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة ٥٩٥هـ، طبعة: دار الفكر بيروت.

١٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، المتوفى سنة ٥٨٧هـ، طبعة: دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٢هـ.

١٥- البلاغة وقضايا المشترك اللفظي، للدكتور عبد الواحد حسن الشيخ، طبعة: مؤسسة شباب الجامعة في الإسكندرية، سنة ١٩٨٦م.

١٦- البلغة في أصول اللغة، للسيد محمد صديق حسن خان القِنّوجي، المتوفى سنة ١٣٠٧هـ، تحقيق: نذير محمد مكتبي، طبعة: دار البشائر الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

١٧- بيان المختصر شرح مختصر بن الحاجب، لشمس الدين أبي الثناء محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني، المتوفى سنة ٧٤٩هـ، تحقيق: الدكتور محمد مظهر بقا.

١٨- التبصرة في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز بادي الشيرازي، المتوفى سنة ٤٧٦هـ، تحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو، طبعة: دار الفكر في دمشق، سنة ١٤٠٠هـ.

١٩- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، لعلاء الدين أبي الحسن علي المرداوي، المتوفى سنة ٨٨٥هـ، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد بن محمد السراح، طبعة: الرشد للنشر والتوزيع في الرياض، الطبعة: الأولى، سنة ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

٣- التحرير في أصول الفقه، للكمال بن الهمام، المتوفى سنة ٨٦١هـ، طبعة: دار الكتب العلمية ـــ بيروت.

٤- التحصيل من المحصول، لسراج الدين محمود بن بكر الأرموي، المتوفى سنة ٦٨٢هـ، دراسة وتحقيق: الدكتور عبد الحميد علي أبو زنيد، طبعة: مؤسسة الرسالة ـــ بيروت، الطبعة: الأولى، سنة ١٤٠٨هـ.

٥- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، الدكتور محمد أديب صالح، طبعة: المكتب الإسلامي بيروت.

٢٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف

بن عبد الله بن عبد البر النمري، المتوفى سنة ٤٦٣هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكر، طبعة: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية في المغرب، سنة ١٣٨٧هـ.

٦- تيسير الأصول، لحافظ ثناء الله الزاهدي، طبع مجلس التحقيق الأثري – جامعة العلوم الأثرية – باكستان، سنة النشر: ١٤١٠هـ، الطبعة الأولى.

٧- تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي، المتوفى سنة ٩٨٧هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي – القاهرة، سنة ١٣٥٠هـ.

٢١- الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المتوفى سنة: ٢٥٦هـ، تحقيق: الدكتور مصطفى ديب البغا، طبعة دار ابن كثير، اليمامة، سنة ١٤٠٧ هـ /١٩٨٧م، الطبعة الثالثة.

٨- الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، المتوفى سنة: ٦٧١هـ، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، طبعة: دار الشعب – القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ١٣٧٢هـ.

٩- جمع الجوامع، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، المتوفى سنة ٧٧١هـ، مطبوع مع حاشية البناني على شرح المحلي عليه، طبعة: دار إحياء الكتب العلمية – مصر، وطبعة: دار الكتب العلمية – بيروت.

٢٢- الخصائص، لأبي الفتح عثمان بن جنّي، تحقيق: محمد علي النجار، طبعة: المكتبة العلمية.

٢٣- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأحمد بن علي بن حجر

العسقلاني أبو الفضل، المتوفى سنة: ٨٥٢ هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، طبعة دار المعرفة بيروت.

٢٤- الرسالة في أصول الفقه، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى سنة ٢٠٤هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، طبعة: مصطفى البابي الحلبي – القاهرة، سنة: ١٣٥٨هـ.

٢٥- روضة الناظر وجنة المناظر، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ، تحقيق: الدكتور عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، طبعة: جامعة الإمام محمد بن سعود – الرياض، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٩هـ.

٢٦- سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة: ٤٥٨هـ. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز – مكة المكرمة، سنة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤م.

٢٧- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، المتوفى سنة: ٢٧٩هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢٨- سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، المتوفى سنة: ٢٧٩هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

٢٩- سنن الدار قطني، لعلي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، المتوفى سنة: ٣٨٥هـ، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، طبعة: دار المعرفة بيروت، سنة ١٣٨٦هـ.

٣٠- شرح الكوكب المنير " المسمى بمختصر التحرير "، لمحمد أحمد بن علي الفتوحي

المعروف بابن النجار، المتوفى سنة ٩٧٣هـ، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي والدكتور نزيه حماد، طبعة: مكتبة العبيكان – الرياض، سنة ١٤١٨هـ.

٣١- شرح المنار، لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك، المتوفى سنة ٨٠١هـ، طبعة: درت سعدات العثمانية، سنة النشر: ١٣١٥هـ.

٣٢- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة: مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، سنة ١٣٩٣هـ.

٣٣- شرح فتح القدير، لمحمد بن عبد الواحد السياسي، المتوفى سنة٦٨١هـ، طبعة: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.

٣٤- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، المتوفى سنة: ٢٦١هـ. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة: دار إحياء التراث العربي.

٣٥- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، المتوفى سنة: ٨٥٢ هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، طبعة: دار المعرفة، سنة ١٣٧٩ هـ.

٣٦- فقه اللغة، للثعالبي، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي، طبعة: مصطفى البابي الحلبي، سنة ١٩٥٤م.

٣٧- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المتوفى سنة ١٢٢٥هـ، المطبعة: الأميرية ببولاق، سنة النشر: ١٣٢٢هـ، مطبوع بهامش

المستصفى + دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م، طبعة منقحة ومصححة، أعدها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي.

١- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المتوفى سنة ١٢٢٥هـ، المطبعة: الأميرية ببولاق، سنة النشر: ١٣٢٢هـ، مطبوع بهامش المستصفى + دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، طبعة منقحة ومصححة، أعدها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي.

٣٨- القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المتوفى سنة ٨١٧هـ، إعداد وتقديم: محمد عبد الرحمن المرشعلي، طبعة: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي – بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.

٣٩- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، المتوفى سنة ٧٣٠هـ، مطبعة دار الكتاب العربي – بيروت، ١٩٧٤م.

٤٠- المحصول في علم الأصول، للإمام محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المتوفى سنة ٦٠٦ هـ، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، طبعة: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – الرياض، الطبعة: الأولى، سنة ١٤٠٠هـ، طبعة مؤسسة الرسالة، سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٤م.

٤١- المزهر في علوم اللغة وأنواعها، لعبد الرحمن جلال السيوطي، شح وتعليق: محمد أحمد جاد

المولى وعلي البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة: دار الجيل ودار الفكر -بيروت.

٤٢- المستصفى من علم أصول الفقه، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي حجة الإسلام، المتوفى سنة ٥٠٥هـ، المطبعة: الأميرية ببولاق، سنة ١٣٢٢هـ + طبعة: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد سليمان الأشقر.

٤٣- معاني القرآن، لأبي زكريا يحي بن زياد الفراء، المتوفى سنة: ٢٠٧هـ، تحقيق: أحمد يوسف ومحمد علي النجار، طبعة: دار السرور.

٤٤- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار طبعة: المكتبة الإسلامية - إستانبول تركيا + مصر، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٣م.

٤٥- المغني في أصول الفقه، لجلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي، تحقيق: الدكتور محمد مظهر بقا، طبعة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى - السعودية، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣هـ.

٤٦- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشريف التلمساني، المتوفى سنة ٧٧١هـ، طبعة: دار الكتب العلمية في بيروت، سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

٤٧- نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر، لعبد القادر بن

أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران الدومي الدمشقي، المتوفى سنة ١٣٤٦هـ، المطبعة: السلفية – مصر، سنة ١٣٤٢هـ.

٤٨- نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، طبعة: مكتبة نزار مصطفى الباز – مكة المكرمة، سنة ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م.

٤٩- نهاية السّول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، لجمال الدين عبد الرحيم بن حسن الإسنوي، المتوفى سنة ٧٧٢هـ، طبعة: محمد علي صبيح مطبوع مع شرحه نهاية السول + طبعة: دار ابن حزم – بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، تحقيق: الدكتور شعبان محمد إسماعيل.

٥٠- نهاية الوصول في دراية الأصول، لصفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي، تحقيق: الدكتور صالح بن سليمان يوسف والدكتور سعد بن سالم السيوح، طبعة: مكتبة نزار مصطفى الباز – السعودية، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

٥١- نهاية الوصول في دراية الأصول، لصفي الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي، تحقيق: الدكتور صالح بن سليمان يوسف والدكتور سعد بن سالم السيوح، طبعة: مكتبة نزار مصطفى الباز – السعودية، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

٥٢- هداية العقول إلى غاية السؤل في علم الأصول، للحسين بن القاسم بن محمد، طبعة: المكتبة الإسلامية.

٥٣- الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، للدكتور محمد حسن هيتو، طبعة: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ.

٥٤- الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، للدكتور محمد حسن هيتو، طبعة: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ.

جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة ● أ. والي الدين عبد الرحمن فرح

جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة

أ. والي الدين عبد الرحمن فرح●

مستخلص

تناول هذا البحث موضوع جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة ويكتسب البحث أهميته من أهمية الفقه الإسلامي بصورة عامة وفقه المعاملات المالية على وجه الخصوص وتتمثل مشكلة هذا البحث في الإجابة على السؤال الرئيس التالي: ما جهود أبي عبيد القاسم بن سلام الواردة في الموارد المالية في الإسلام ؟ ويرجو الباحث من خلال هذا البحث تحقيق عدة أهداف أهمها الكشف عن أقسام الموارد المالية في الإسلام من خلال ما أورده أبو عبيد في هذا الجانب ودراسة آراء أبي عبيد في أنواع الموارد المالية في الإسلام. واعتمد الباحث في كتابة البحث على المنهج التاريخي والمنهج الوصفي ومن أهم نتائج البحث لم يشر أبو عبيد إلى مفهوم المال ومعناه صراحة ولكنه تناول ذلك من خلال حديثه عن أسماء المال وأنواعه ومن ذلك قوله عن الركاز هو المال المدفون خاصة وتناول أبو عبيد في مورد الزكاة الدليل على مشروعية الزكاة والشروط الواردة في صحة الزكاة من حولان الحول وبلوغ النصاب ولم يشر أبو عبيد إلى مفهوم الجزية ولكنه ذكر الغنائم هي الأنفال وهي كل نيل يناله المسلمون من أموال أهل الحرب، ومن توصيات هذا البحث: ضرورة الاهتمام والعناية بدراسة كتاب الأموال لأبي عبيد دراسة علمية منهجية تبرز آراء المؤلف في بعض المسائل المالية المفردة كالبيوع والرهون والميراث وغير ذلك من الأبواب الفقهية المختلفة والعناية بعقد المحاضرات والندوات والمؤتمرات العلمية الخاصة لإبراز جهود السابقين في التوثيق والدراسة للمعاملات المالية.

Abstract

This research is about the definition of Abo Obaid Elqasim Ibn Salam of financial resources for Islamic State. The importance of this research is comes out of the importance of Islamic jurisprudence and financial transactions jurisprudence in particular. The problem of this research appears by answering this question: what are the efforts of Abo Obaid Alqasim Ibn Salam in financial resources in Islam?. The researcher seeks to verify many aims; the most important of which are to clarify the financial resources divisions in Islam mentioned by Abo Obaid, and to study his opinions about Islamic financial resources divisions in Islam.

The researcher followed the historical and the descriptive method. The most important result of this research is: Abo Obaid didn>t refer explicitly to the concept of money and its definition, but through discussing titles and types of money , for example he said that Alrikaz is specifically a buried money, and he discusses also Alzaka resource and its legitimacy and its preconditions like « If money has been reserved for more than an year « and « if money reaches the set agreed amount (Elnisab) « , Abo Obaid didn>t discuss Eljizia « an amount of money set for non Muslims residents to pay « but he discusses loot « Elanfal « and it is money gained by Muslims during war time. And the recommendations of this research are: Abo Obaid book of « Alamoual « must be given a great attention by scientific and systematic study showing the author opinions in some different cases like sale, mortgage, and legacy , and some other jurisprudence topics. Scientific lectures , forums, and conferences shall be held, to show efforts of scholars in authenticity and financial transactions studies.

مقدمة

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على إمام المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: فالسياسة المالية للدولة هي تدبير مواردها ومصارفها بما يكفل سد النفقات التي تقتضيها المصالح العامة من غير إرهاق للأفراد ولا إضاعة لمصالحهم الخاصة، والموارد الإسلامية التي رتبت لسد نفقات المصالح العامة هي الزكاة في الأموال، وعروض التجارة، والسوائم، والزروع والثمار وضريبة الأرض الزراعية من الخراج والعشر ونصف العشر وضريبة الأشخاص التي تؤخذ من أهل الكتاب وهي الجزية والعشور: وهي الرسوم التي تؤخذ على الواردات إلى البلاد الإسلامية والصادرات منها وخمس الغنائم. وخمس ما يعثر عليه من الركاز والمعادن وتركة من لا وارث له أصلا أو لا وارث له غير أحد الزوجين.

وأبو عبيد القاسم بن سلام فقيه محدّث ونحويّ على مذهب الكوفيين، ومن علماء القراءات. ولد بهراة، وكان أبوه عبدًا روميًا لرجل من أهل هراة، رحل في طلب العلم، وروى اللغة والغريب عن الأئمة الأعلام، البصريين والكوفيين، وجمع أبو عبيد صنوفًا من العلم وصنّف الكتب في كل فنّ، وكانت كتبه مستحسنة مطلوبة في كل بلد ومن ذلك: كتاب الأمثال؛ غريب الحديث؛ الأجناس؛ الأموال؛ الإيمان؛ ماورد في القرآن الكريم من لغات القبائل؛ كتاب النعم والبهائم. وهي مطبوعة كلّها، ومن أكبر مصنفات أبي عبيد وأشهرها كتاب الغريب المصنّف وله أيضًا: فضائل القرآن؛ القراءات؛ خلق الإنسان؛ الناسخ والمنسوخ؛ غريب القرآن؛ معاني الشّعر وغيرها، ومات سنة ٢٢٤هـ، وفي هذا البحث يتناول الباحث موضوع "جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة".

أهمية البحث:

- يكتسب البحث أهميته من أهمية الفقه الإسلامي بصورة عامة وفقه المعاملات المالية على وجه الخصوص.
- كما يكتسب أهمية بالغة من جهة أخرى حيث يتعلق بشخصية من الشخصيات العلمية التي أسهمت اسهاماً كبيراً في التأليف في مجال المعاملات المالية.

مشكلة البحث وأسئلته:

تتمثل مشكلة هذا البحث في الإجابة على السؤال الرئيس التالي: ما جهود أبي عبيد القاسم بن سلام الواردة في الموارد المالية في الإسلام ؟ ويتفرع منه الأسئلة التالية:

١/ ما المقصود الموارد المالية في الإسلام ؟

٢/ ما أنواع الموارد المالية في الإسلام؟

٣/ ما الآثار والأقوال الواردة عن عبيد القاسم بن سلام في الموارد المالية في الإسلام وما القيمة العلمية لها ؟

أهداف البحث:

يرجو الباحث من خلال هذا البحث تحقيق عدة أهداف منها:

١/ التعريف بأبي عبيد القاسم بن سلام وبيان مؤلفاته وآثاره العلمية.

٢/ بيان مفهوم الموارد المالية وأهميتها.

٣/ الكشف عن أقسام الموارد المالية في الإسلام من خلال ما أورده أبو عبيد في هذا الجانب.

٤/ دراسة آراء أبي عبيد في أنواع الموارد المالية في الإسلام.

منهج البحث:

اعتمد الباحث في كتابة البحث على المنهج التاريخي والمنهج الوصفي.

هيكل البحث:

بحسب طبيعة هذا الموضوع قام هيكل البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة على النحو التالي:

مقدمة:

المبحث الأول: **التعريف بأبي عبيد القاسم بن سلام وآثاره العلمية**

المطلب الأول: التعريف بأبي عبيد القاسم بن سلام.

المطلب الثاني: مؤلفات أبي عبيد القاسم وآثاره العلمية.

المبحث الثاني: **دراسة أقوال وآراء أبي عبيد القاسم بن سلام في الموارد المالية للدولة المسلمة**

المطلب الأول: مفهوم الموارد المالية وأهميتها.

المطلب الثاني: أقسام الموارد المالية عند أبي عبيد القاسم بن سلام.

خاتمة

النتائج والتوصيات.

المصادر والمراجع.

بترتيب حروف المعجم بتقديم اسم الكتاب على اسم المؤلف.

المبحث الأول

التعريف بأبي عبيد القاسم بن سلام وآثاره العلمية

المطلب الأول

التعريف بأبي عبيد القاسم بن سلام

هو القاسم بن سلاّم بن عبد الله البغدادي، يكنى بأبي عبيد ولد سنة (١٥٧هـ)، كان عالماً بالحديث، وعارفاً بالفقه والمذاهب، رأساً في اللغة، إماماً في القراءات، الإمام المجتهد البحر، البغدادي، اللغوي ،الفقيه صاحب المصنفات كان أبوه عبدا روميا لرجل من أهل هراة[١] وبها ولد القاسم[٢]، وهو من أبناء أهل خراسان وكان مؤدباً صاحب نحو وعربية وطلب الحديث والفقه وولي قضاء طرسوس أيام ثابت بن نصر بن مالك[٣] ولم يزل معه ومع ولده وقدم بغداد ففسر بها غريب الحديث وصنف كتبا وسمع الناس منه[٤].

ولد أبو عبيد بهراة سنة ١٥٠ هـ وقيل: سنة ١٥٤ هـ، وكان أبوه يتولَّى الأزد، وكان أبو عبيد ينزل في بغداد بدرب الريحان.

وفي تاريخ بغداد: "ولد أبو عبيد بهراة وكان أبوه سلام عبدا لبعض أهل هراة وكان يتولى الأزد[٥]، وقال الذهبي: "مولد أبي عبيد: سنة سبع وخمسين ومائة"[٦]، أما مكان مولده فقد ولد بمدينة هراة [٧].

وكان أبو عبيدٍ في أوَّل أمره يؤدِّب غلاماً في شارع بشر وبشير[٨]، ثم صار مؤدِّباً لأولاد هرثمة بن أعين، أحد ولاة الخليفة العباسي هارون الرشيد كان والياً على خراسان، ثم ولاَّه الرشيد على بلاد أفريقيا سنة ١٧٧ هـ[٩]، فعند ذلك اتَّصلَ بثابتِ بن نصر بن مالك الخزاعي، فصار يؤدّب أولاده، ثُمَّ وُلِّي ثابتٌ طرسوس ثماني عشرة سنةً[١٠]، فولَّى أبا عبيد القضاءَ بطرسوس ثماني عشرة سنةً، فاشتغل عن كتابة الحديث [١١].

صفاته وحبه للعلم:

ومما اتصف به أبو عبيد حرصه الشديد على الصدق في كل كبيره وصغيره ومن ذلك ما روي أن ابن عبيد بن علي بن الحسين بن حربويه القاضي قال: حدثني أبي قال: سألت أبي عبيد القاسم أن أسأل عن مسألتين فقال ما هما فقلت ﴿ دَاوُودَ ذَا الأَيد ﴾ [ص: ١٧]، ما الأيدي فقال: القوه، قلت: و ﴿ أُولِي الأَيدِي وَالأَبصَارِ ﴾ [ص: ٤٥]، قال: العقول، قلت فما بال أحدهما ثبتت فيها الياء وحذفت الأخرى قال عمل الكاتب فاندفعت أسأل عن مسأله أخرى قال قلت مسألتين يرحمك الله قلت ما حضر المجلس أحد أبعد مني منزلا قال وإن كان ير حمك الله الصدق[١٢].

ومن الأشياء التي كانت تميز أبوعبيد حبه لشكر العلم ومن ذلك قوله: من شكر العلم أن تستفيد الشيء، فإذا ذكر لك ؛ قلت: خفي علي كذا وكذا، ولم يكن لي به علم حتى أفادني منه فلان كذا وكذا؛ فهذا شكر العلم.

وقال أحمد بن سعيد اللحياني: سمعت أبا عبيد يقول ما أتيت عالما قط فاستأذنت عليه، ولكن صبرت حتى

يخرج إلى [١٣]، وتأولت قول الله عز وجل: ﴿ وَلَوْ أَنَّهُمْ صَبَرُوا حَتَّىٰ تَخْرُجَ إِلَيْهِمْ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ ﴾ [الحجرات: ٥].

وفاته وثناء العلماء عليه:

خرج أبو عبيد من العراق إلى مكة للحج، وقد كان ذلك في سنة تسع عشرة ومائتين وقيل سنة أربع عشرة ومائتين فلما عزم العودة إلى العراق واستأجر مركبا بعد الفراغ من حجه رأى رؤيا كانت سببا في مجاورته للبلد الأمين حتى مات [١٤]، واختلف في وفاته فقال: البخاري "مات أبو عبيد سنة أربع وعشرين ومائتين"[١٥]، قال غيره سنة ثلاث وعشرين بمكة وقيل سنة اثنتين وعشرين في خلافة المعتصم [١٦].

ثناء العلماء عليه:

نال أبو عبيد القاسم بن سلاّم شهرة واسعة بفضله علمه ومصنفاته، وقد أثنى عليه العلماء كثيراً، وقد كان أبو عبيد صدوق وهو أحد أئمة الدنيا صاحب حديث وفقه ودين وورع ومعرفة بالادب وأيام الناس جمع وصنف واختار وذب عن الحديث ونصره، وقمع من خالفه[١٧]، قال إسحاق بن راهويه: الله يحب الحق أبو عبيد أعلم مني وأفقه، وقال أيضاً: نحن نحتاج إلى أبي عبيد وأبو عبيد لا يحتاج إلينا، وقال أحمد بن حنبل: أبو عبيد أستاذ وهو يزداد كل يوم خيرا، وسئل يحيى بن معين عنه فقال: أبو عبيد يسأل عن الناس، وقال أبو داود: أبو عبيد ثقة مأمون ومن نظر في كتب أبي عبيد علم مكانه من الحفظ والعلم وكان حافظا للحديث وعلله[١٨].

شيوخه وتلاميذه:

طلب أَبو عبيد العلم وسمع الحديث ونظر في الفقه والادب، واشتغل في الحديث والفقه والأدب والقراءات وأصناف علوم الاسلام، وكان دينا ورعا حسن الرواية صحيح النقل ولم يطعن أحد في شيء من دينه وقد أخذ أَبو عبيد الادب والعلم عن أكابر ادباء عصره أمثال: محمد بن إدريس

الشافعي وتفقه الإمام أبو عبيد على الشَّافِعِي وتناظر معه، ومن شيوخ أبي عبيد أيضاً عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي مولى بني حنظلة من أهل مرو كان مولده سنة ثماني عشرة ومائة وكان أحد الأئمة فقها وورعا وعلما وصنف وحدث وحفظ ولزم الورع في الدين والعبادة عالم زمانه وامام الاتقياء في عصره[١٩].

تلاميذه:

روى عن أبي عبيد، وأخذَ عنه العلم كثيرٌ من الناس، والرُّواة عنه مشهورون ثقاتٌ، ذوو ذكرٍ ونبلٍ، وعادَتْ بركةُ أبي عبيدٍ رحمه الله على أصحابه، فكلٌّهم نبغَ في العلم واشتُهر به، وأخذ عنه وتصدَّر للإفادة، فمنهم [٢٠]: أبو عبد الرحمن أحمد بن سهل التميمي وأحمد بن عاصم البغدادي وثابت بن أبي ثابت، ورَّاق أبي عبيد، وأبو منصور نصر بن داود الصاغاني[٢١] وابن أبي الدنيا وعلي بن عبد العزيز البغوي[٢٢].

المطلب الثاني

مؤلفات أبي عبيد القاسم وآثاره العلمية

صنَف أبو عبيدٍ مُصنفات متعددة، في علوم شتَّى، وروى النَّاس من كتبه المُصنَفة بضعةً وعشرين كتاباً في القرآن والفقه، والغريب والأمثال، وله كتبٌ لم يروها، وأشهر مؤلفاته[٢٣]:

١- كتاب غريب الحديث، صنَّفهُ للخليفة المأمون العباسي، وقرأه عليه. قال أبو عبيد: مكثتُ في تصنيف هذا الكتاب أربعين سنة، وربَّما كنتُ أستفيد الفائدة من أفواه الرجال، فأضعها في موضعها من الكتاب، فأبيتُ ساهراً فرحاً مني بتلك الفائدة. والكتابُ مطبوعٌ في حيدر آباد سنة ١٩٦٤، في أربعة أجزاء، وصوِّر في بيروت في دار الكتاب العربي ويليه في الشهرة كتاب:

٢- الغريب المُصنَّف، ألَّفه في أربعين سنة مع غريب الحديث[٢٤].

٣- الأمثال، طبع في جامعة أم القري بمكة المكرمة، بتحقيق د. عبد المجيد قطامش عام ١٩٨٠م.

٤- الأموال، نشره حامد الفقي سنة ١٣٥٣هـ، وأُعيد طبعه بتحقيق محمد خليل الهراس في القاهرة سنة ١٣٨٨ في مجلد.

قال أبو الحسين بن المنادي: وكتابه في الأموال من أحسن ما صُنِّف في الفقه وأجوده.

٥- الإيمان ومعالمه، نشره محمد ناصر الألباني- بدمشق.

٦- ما ورد في القرآن الكريم من لغات العرب، طبع على هامش تفسير الجلالين بمصر سنة ١٩٥٤.

٧- الأجناس من كلام العرب وما اشتبه في اللفظ واختلف في المعنى طبع في بومباي- بتحقيق امتياز علي عرشي الرامفوري، سنة ١٩٣٨، ومنه نسخة خطية في مكتبة عارف حكمت بالمدينة المنورة برقم ٢٤٩٨.

٨- فضائل القرآن[٢٥].

٩- النعم والبهائم والوحش والسباع والطير والهوام وحشرات الأرض. نشره لويس بويجس، لايبزك سنة ١٩٠٨.

١٠-كتاب الناسخ والمنسوخ[٢٦]، ومنه نسخة خطية في مكتبة أحمد الثالث برقم ١٤٣. وطبع بمكتبة الرشد في الرياض، بتحقيق محمد بن صالح المديفر.

١١-كتاب الإيضاح.

المبحث الثاني

دراسة أقوال وآراء أبي عبيد القاسم بن سلام في الموارد المالية للدولة المسلمة

المطلب الأول

مفهوم الموارد المالية وأهميتها

مفهوم الموارد في اللغة والاصطلاح:

أورد ابن فارس اللغوي في مادة (ورد): "الواو والراء والدال: أصلان،

أحدهما الموافاة إلى الشيء، والثاني لون من الألوان، فالأول الورد: خلاف الصدر، ويقال: وردت الإبل الماء ترده وردا، والورد: ورد الحمى إذا أخذت صاحبها لوقت، والموارد: الطرق، وكذلك المياه المورودة والقرى"[٢٧].

وذكر ابن منظور: "الورد النصيب من الماء وأورده الماء جعله يرده والموردة مأتاه الماء وقيل الجادة، يقال وردت الماء أرده ورودا إذا حضرته لتشرب والورد الماء الذي ترد عليه[٢٨].

وقال المناوي: "الموارد: جمع مورد، وهو موضع الورود، والورود: الإتيان إلى الشيء"[٢٩]، وقال ابن الأثير: "مورد وهو مفعل من الورود، يقال: وردت الماء أرده ورودا إذا حضرته لتشرب، والورد: الماء الذي ترد عليه"[٣٠].

والورود أصله كما ذكر الراغب الأصفهاني: قصد الماء، ثم يستعمل في غيره. يقال: وردت الماء أرد ورودا، فأنا وارد، والماء مورود، وقد أوردت الإبل الماء. قال تعالى: ﴿وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ﴾ [القصص: ٢٣]، والورد: الماء المرشح للورود، والورد: خلاف الصدر، والورد. يوم الحمى إذا وردت، واستعمل في النار على سبيل الفظاعة[٣١]، وجاء في المعجم الوسيط: "المورد: المنهل والطريق ومصدر الرزق (محدثة) الجمع موارد، والموردة: الطريق إلى الماء ومأتاة الماء والجادة"[٣٢].

تعريف المال ومفهومه عند الفقهاء:

جاء في مادة (مول) في معاجم اللغة[٣٣]: المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء، والجمع أموال وفي الحديث (نهى عن إضاعة المال)[٣٤] قيل أراد به الحيوان أي يحسن إليه ولا يهمل، وقيل إضاعته إنفاقه في الحرام والمعاصي وما لا يحبه الله، وقيل أراد به التبذير والإسراف وإن كان في حلال مباح[٣٥].

ومال الرجل يمول ويمال مولا ومؤولا إذا صار ذا مال وتصغيره مويل

والعامة تقول مويل بتشديد الياء وهو رجل مال وتمول مثله وموله غيره[٣٦].

مفهوم المال عند الفقهاء:

عرف الحنفية المال على أنه هو ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وبذلك أخرجوا المنافع من تعريف المال لعدم إمكانية حيازتها لأنها تحدث شيئاً فشيئاً. ويؤخذ من هذا التعريف أن جملة الأموال كبعض الأدوية والسموم. كما أن هنالك أموالاً يميل إليها الطبع إلا أنه لا يمكن ادخارها لوقت الحاجة لسرعة تلفهما[٣٧]، وعرف المالكية المال بأنه هو كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه، والمال عند المالكية يشمل كل الأعيان. إلا أنه يؤخذ عليه اعتبار المالية بالملك.

وقالوا أن هنالك أشياء كثيرة هي أموال وإن لم تكن داخله في ملك الإنسان كالطير في الهواء والأسماك في الماء والأشجار في الغابات[٣٨].

وعرّف الشافعية المال على أنه: ماله قيمة يباع بها وتلتزم متلفه وإن قلت، ومالاً يطرحه الناس مثل الفسل وما أشبه ذلك إذن التعريف يشمل المنافع والأعيان إلا أنه يضع ضابط التقوم شرعاً، كذلك الخمر ليس متقوماً شرعاً. عليه فإن لحم الخنزير والخمر لا يدخل في التعريف لكن من يستعمل هذه الأشياء يعدها مالاً[٣٩].

وعرّف بعض الحنابلة المال على أنه: ما يباح نفعه مطلاً أي: في كل الأحوال ويباح اقتناؤه بلا حاجة[٤٠].

ومما سبق يلاحظ للباحث أن المال: هو ماله قيمة عند الناس ويجوز الانتفاع به على وجه معتاد، إذ أنها أعراض تحصل شيئاً فشيئاً. أما الجمهور فيعتبرونها مالاً لإمكانية حيازتها بحيازة أملها ولأنها المقصودة من الأعيان وهو الذي تدل عليه الأدلة وقد جرى عليه الأكثرون.

مفهوم المال عند الإمام أبي عبيد القاسم:

لم يشر أبو عبيد إلى مفهوم المال ومعناه صراحة ولكنه تناول ذلك من خلال حديثه عن أسماء المال وأنواعه ومن ذلك:

وقال أبو عبيد: "ومن أسماء المال عندهم: النشب والنشبة يقال: فلان ذو نشب، وفلان ما له نشب، النشب: المال والعقار"(٤١).

أورد الزبيدي في مادة دثر: الدثر، بالفتح: المال الكثير، لا يثنأ ولا يجمع. يقال: مال دثر(٤٢)، ومالان دثر، وأموال دثر، وقيل: هو الكثير من كل شيء، وفي الحديث (ذهب أهل الدثور بالأجور)(٤٣)، قال أبو عبيد: "يقال هم أهل دثر ودثور، وهو مجاز"(٤٤)، وقال أبو عبيد: المال الضمار: هو الغائب الذي لا يرجى، فإذا رجي فليس بضمار، من أضمرت الشيء، إذا غيبته، فعال بمعنى فاعل، أو مفعل(٤٥)، وقال أبو عبيد: قال الأصمعي: قوله: أزعب لك زعبة من المال أي أعطيك دفعة من المال، قال والزعب: هو الدفع(٤٣).

المطلب الثاني

أقسام الموارد المالية عند أبي عبيد القاسم بن سلام

تنقسم الموارد المالية التي يتكون منها إيراد بيت مال المسلمين إلى قسمين(٤٧):

- موارد دورية يجبى منها الإيراد في مواعيد معينة من السنة وهي: الزكاة، والخراج، والجزية، والعشور.
- موارد غير دورية هي: خمس الغنائم، وخمس المعادن، والركاز، وتركة من لا وارث له، ومال اللقطة، وكل مال لم يعرف له مستحق معين من الأفراد.

أولاً: الموارد الدورية:

١- الزكاة:

عرفت الزكاة لغة بأنها النماء والزيادة يقال: زكا الزرع إذا نما وزاد، والأرض تزكو زكوّاً إذا بورك فيها

ونمت، وسمي القدر المخرج من المال زكاته؛ لأنه مما يرجى به زكاء المال وهو زيادته ونماؤه[٤٨]، وعرفت الزكاة: لما يخرج الانسان من حق الله تعالى الى الفقراء ، وتسميته بذلك لما يكون فيها من رجاء البركة، او لتزكية النفس، أي تنميتها بالخيرات والبركات، او لهما جميعا، فأن الخيرين موجودان فيه[٤٩].

وعرّفت الزكاة في اصطلاح الفقهاء بتعريفات متقاربة المعنى عند أهل كل مذهب ومن ذلك:

عرّف الأحناف الزكاة بأنها: تمليك المال من فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه، بشرط قطع المنفعة عن الملك من كل وجه لله تعالى. فهنا نص الحنفية على ركن الزكاة وهو تمليك المستحق للزكاة، ثم بينوا جنس المستحق من أنه الفقير المسلم غير الهاشمي ولا مولاه وهذا أحد الأصناف المستحقين للزكاة، وذلك بشرط قطع المنفعة عن الدافع من كل وجه احترز به من الدفع إلى فروع المزكي وأصوله أو أحد الزوجين إلى الآخر، ونصوا على أن الزكاة عبادة فلا بد فيها من الإخلاص، وذلك بقولهم: "لله تعالى" فلا بد فيها من النية[٥٠].

وعرّفها المالكية بأنها: اسم لقدر من المال يخرجه المسلم في وقت مخصوص لطائفة مخصوصة بالنية ففي هذا التعريف ذكر للزكاة بأنها القدر المخرج من المال الزكوي الذي يخرجه المسلم في وقت مخصوص من حولان الحول أو حلول وقت الزكاة، ثم يبنوا المستحق في قولهم: "لطائفة مخصوصة" وهم الأصناف الثمانية المستحقون للزكاة، ثم ختموا التعريف بالإشارة إلى أن الزكاة عبادة فلا بد لصحتها وأجزائها من النية[٥١].

وعرّفها الشافعية بأنها: اسم صريح لأخذ شيء مخصوص من مال مخصوص على أوصاف مخصوصة لطائفة مخصوصة. وفي هذا التعريف إطلاق للزكاة على المخرج

من الأموال التي تجب فيها الزكاة لطائفة مخصوصة، وهم الأصناف المستحقون للزكاة أي مصارفها[٥٢].

وعرّفها الحنابلة بأنها: حق واجب في مال خاص، لطائفة مخصوصة، بوقت مخصوص، وذكروا أن الزكاة حق واجب من العشر أو نصفه أو ربعه، في مال خاص، لطائفة مخصوصة هم المذكورون في قول الله تعالى: إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم، وذلك في وقت مخصوص وهو تمام الحول وبدو الصلاح ونحوه[٥٣].

فرضت على المسلمين بعدة نصوص في الكتاب الكريم منها قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: ١٠٣]، وقوله سبحانه: ﴿وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ١١٠]، وقوله عز شأنه: ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [التوبة: ١١].

وفي نصاب الزكاة أورد أبو عبيد القاسم[٥٤] عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس في أقل من خمس أواق صدقة، وليس في أقل من خمس ذود صدقة، وليس في أقل من خمسة أوسق صدقة»[٥٥]، وقال أبو عبيد معلقاً على الحديث: "فتبين لنا بقوله هذا أن الزائد على الخمس سواء قليله وكثيره، وأن الزكاة واجبة فيه، إذ لم يذكر بعد الخمس وقتا آخر كتوقيته في الماشية حين قال: في كل خمس شاة، وفي كل عشر شاتان. فجعل صدقة الماشية خاصة مراتب، بعضها فوق بعض، وألغى ما بينهما، وجعل الصامت وما تخرج الأرض كله بمنزلة واحدة، إذا بلغت الخمس فصاعدا، ثم شرحه علي، وابن عمر، وإبراهيم، وعمر بن عبد العزيز بقولهم: وما زاد فبالحساب. ثم اتبعهم على ذلك ابن أبي ليلى، وسفيان، ومالك. قال أبو عبيد: وكذلك القول عندنا"[٥٦].

وذكر أبو عبيد في مسألة حولان الحول إن كان له أصل فهو السنة"[٥٧].

٢- الخراج:

الخراج من خرج يخرج خروجاً: أي برز وأصله يخرج من الأرض والجمع اخراجاً و اخاريج وأخرجه، والاسم الخراج ويطلق على الغلة الحاصلة من الشيء كغلة الدار والدابة[٥٨]، ويطلق الخراج اصطلاحاً على الغلة الحاصلة من الشيء وهو ما يفرضه الإمام على أراضى أهل الذمة وله معنيان:

١/ معنى عام: وهي الأموال التي تتولى الدولة أمر جبايتها وصرفها في مصارف مثله مثل الزكاة.

٢/ معنى خاص: فهو الوظيفة"الضريبة"التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية النامية، وروى أبو عبيد أن بلالاً قال لعمر بن الخطاب:"إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج فقال: لا تأخذوا منهم، ولكن ولوهم بيعها، وخذوا أنتم من الثمن"، قال أبو عبيد:"يريد أن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنزير، من جزية رءوسهم وخراج أرضيهم، بقيمتها، ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا الذي أنكره بلال، ونهى عنه عمر، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها، إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها؛ لأن الخمر والخنازير مال من أموال أهل الذمة، ولا تكون مالا للمسلمين"[٥٩]، وفي شراء أرض الخراج قال أبو عبيد:"فقد تتابعت الآثار بالكراهة بشراء أرض الخراج وإنما كرهها الكارهون من جهتين: إحداهما أنها فيء للمسلمين، والأخرى: أن الخراج صغار"[٦٦]، وفي باب أرض الخراج من العنوة يسلم صاحبها، هل فيها عشر مع الخراج أم لا؟ أورد أبو عبيد عن

ابن شهاب، قال: كتب إلى عمر بن الخطاب في دهقانة نهر الملك أسلمت، فكتب أن "ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج»[٦٠].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأرض المحياة فيها الخراج مطلقا فتحت عنوة أو صولح أهلها[٦١].

٣- الجزية:

الجزية في اللغة مشتقة من مادة ج ز ي بمعنى جَزاهُ بما صنع؛ تقول العرب: جزى يجزي، إذا كافأ عما أُسدي إليه، والجزية مشتقة من المجازاة على وزن فِعلة؛ بمعنى: أنهم أَعطَوْها جزاءَ ما مُنِحوا من الأمن[٦٢]، وقيل: هي ما يؤخذ من الذمي[٦٣]، والجزية في اصطلاح الفقهاء: هي الضريبة السنوية المفروضة على رؤوس الكفار وعبيدهم المقيمين في الدولة الإسلامية[٦٤] أي هي مال يؤخذ من الكافر مقابل الأمن والحماية في دار الإسلام، وتؤخذ الجزية من أهل الكتاب والمجوس لأنه صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر[٦٥].

ولم يشر أبو عبيد إلى مفهوم الجزية ولكن بوّب في كتابه الأموال للجزية وسمى بابها فقال: "باب الجزية والسنة في قبولها، وهي من الفيء"[٦٦].

وتطرق أبو عبيد إلى مشروعية الجزية والأدلة الواردة فيها من الكتاب والسنة، فقال: "وإنما توجه هذه الأحاديث على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما قال ذلك في بدء الإسلام، وقبل أن تنزل سورة براءة ويؤمر فيها بقبول الجزية، في قوله: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وإنما نزل هذا في آخر الإسلام وفيه أحاديث... قال أبو عبيد: في قوله: ﴿عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾، ثلاثة أقوال: فبعضهم يقول: عن يد: نقداً، يدا بيد، وبعضهم يقول: يمشون بها، وبعضهم يقول: يعطونها قياماً"[٦٧]، وقال أبو عبيد: "ثم جرت كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الملوك وغيرهم إلى الإسلام، فإن أبوا

فالجزية، وبذلك كان يوصي أمراء جيوشه وسراياه"[٦٨].

٤- العشور:

من خلال استعراض أقوال أبي عبيد يتضح للباحث أن تعريفه للعشور لا يخالف تعريف جمهور فقهاء المسلمين وهي ما يفرض على أموال أهل الذمة المعدة للتجارة، إذا انتقلوا بها من بلد إلى بلد داخل دار الإسلام، ومقدارها نصف العشر، وتؤخذ مرة واحدة في السنة حين الانتقال عند جمهور الفقهاء، خلافا للمالكية حيث أوجبوها في كل مرة ينتقلون بها[٦٩].

وأورد أبو عبيد أنه أسلم دهقان، فقام إلى علي عليه السلام، فقال له علي: "أما أنت فلا جزية عليك، وأما أرضك فلنا»[٧٠] قال أبو عبيد: "فتأول قوم لهذه الأحاديث أن لا عشر على المسلمين في أرض الخراج، يقولون: لأن عمر وعلياً رضي الله عنهما لم يشترطاه على الذين أسلموا من الدهاقين وبهذا كان يفتي أبو حنيفة وأصحابه، قال أبو عبيد: وليس في ترك ذكر عمر وعلي العشر دليل على سقوطه عنهم؛ لأن العشر حق واجب على المسلمين في أرضيهم لأهل الصدقة، لا يحتاج إلى اشتراطها عليهم عند دخولهم في الأرضين... ومما يفرق بين العشر والخراج ويوضح لك أنهما حقان اثنان، ويبين ذلك: أن موضع الخراج الذي يوضع فيه سوى موضع العشر، إنما ذلك في أعطية المقاتلة وأرزاق الذرية، وهذا صدقة يعطاها الأصناف الثمانية، فليس واحد من الحقين قاضيا عن الآخر ومع هذا كله إنه قد أفتى بهما جميعا رجال من أفاضل العلماء"[٧١].

ثانياً: الموارد المالية غير الدورية:

١/ مورد الغنائم:

الغنائم جمع غنيمة وهي من الغُنم وهو الفوز بالشيء وهو ما يؤخذ في الحرب قهراً أو عنوة[٨٠]، وفي الاصطلاح: عرفها فقهاء الحنفية بأنها: هي اسم

لما يؤخذ من الكفار على وجه القهر والغلبة[٧٢]، وعند الشافعية هي: ما أُخذ من الكفار بالقتال و إيجاف الخيل والركاب والإيجاف هي الاعمال،وقيل الأسراع[٧٣].

أورد أبو عبيد في تعريف الغنائم حديث ابن عباس رضي الله عنهما فذكر عن ابن عباس، في قوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ﴾ [الأنفال: ١]، قال: "الأنفال: الغنائم"[٧٤].

وقال أبو عبيد: "فعلى هذا جاء التأويل في الأنفال: أنها الغنائم، وهو كل نيل يناله المسلمون من أموال أهل الحرب، فكانت الأنفال الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم"، وروى أبو عبيد عن مجاهد، في قوله تبارك وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ﴾ [الأنفال: ١]، قال: "هي الغنائم، ثم نسختها: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان﴾ [الأنفال: ٤١]،... الآية[٧٥].

وقال أبو عبيد: "فالأنفال أصلها جماع الغنائم، إلا أن الخمس منها مخصوص لأهله على ما نزل به الكتاب، وجرت به السنة، ومعنى الأنفال في كلام العرب: كل إحسان فعله فاعل تفضلا من غير أن يجب ذلك عليه، فكذلك النفل الذي أحله الله للمؤمنين من أموال عدوهم، إنما هو شيء خصهم الله به تطولا منه عليهم، بعد أن كانت الغنائم محرمة على الأمم قبلهم، فنفلها الله عز وجل هذه الأمة"[٧٦].

٢/ مورد المعادن والركاز:

وعند الفقهاء المعدن: هو كل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها من غير جنسها مما له قيمة ويحتاج في إخراجه إلى استنباط[٧٧].

وأورد أبو عبيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع لبلال بن الحارث معادن القبلية[٧٨] بلاد معروفة بالحجاز، وهي في ناحية الفرع، قال: فتلك المعادن لا تؤخذ منها إلا الزكاة

إلى اليوم"[٧٩]، وأورد أبو عبيد أن عمر بن عبد العزيز أخذ من المعادن الزكاة[٨٠].

وعن مالك، قال: "المعدن بمنزلة الزرع، يؤخذ منه الزكاة، كما تؤخذ من الزرع حين يحصد»[٨١]، وقال: "وهذا ليس بركاز، إنما الركاز دفن الجاهلية الذي يوجد من غير أن يطلب بمال، ولا يتكلف له كبير عمل، قال: وقال: هذا هو الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا، قال: وقال مالك: وليس يؤخذ مما يخرج من المعدن شيء، حتى يبلغ عشرين ديناراً، أو مائتي درهم، فإذا بلغ ذلك ففيه الزكاة، وما زاد أخذ منه بحساب، ما دام في المعدن نيل، فإذا انقطع عرقه ثم جاء بعد ذلك نيل فهو مثل الأول، يبتدأ فيه بالزكاة كما ابتدئ بها في الأول"قال أبو عبيد: فهذا رأي مالك، وأهل المدينة[٨٢]، وقال أبو عبيد: "والذي يرى المعدن ركازا يقول مثل ذلك في المعادن كلها: من النحاس، والرصاص، والحديد، كما يراه في الذهب والفضة، والذي يرى فيها الزكاة ينبغي أن يكون في قوله: أن لا يكون في شيء منها زكاة إلا في الذهب والفضة خاصة"[٨٣].

٣/ مورد تركة من لا وراث له:

ذكر أبو عبيد في تركة من لا وارث له حديث المقدام بن معد يكرب، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلى الله – وربما قال: فإلى الله ورسوله – والخال وارث من لا وارث له، يرثه ويعقل عنه، وأنا وارث من لا وارث له، أرثه وأعقل عنه) [٨٤].

خاتمة

بحمد الله وتوفيقه يختم الباحث هذا البحث الذي تناول موضوع جهود أبي عبيد القاسم بن سلام في التعريف بالموارد المالية للدولة المسلمة، وفيما يلي أهم نتائج البحث وتوصياته:

النتائج:

- لم يشر أبو عبيد إلى مفهوم المال ومعناه صراحة ولكنه تناول ذلك من خلال حديثه عن أسماء المال وأنواعه ومن ذلك قوله عن الركاز هو المال المدفون خاصة.
- تناول أبو عبيد في مورد الزكاة الدليل على مشروعية الزكاة والشروط الواردة في صحة الزكاة من حولان الحول وبلوغ النصاب.
- لم يشر أبو عبيد إلى مفهوم الجزية على الرغم من أنه سمى بابها فقال "باب الجزية والسنة في قبولها، وهي من الفيء".
- ذكر أبو عبيد أن الغنائم هي الأنفال وهي كل نيل يناله المسلمون من أموال أهل الحرب.

التوصيات:

ومن توصيات هذا البحث:

- ضرورة الاهتمام والعناية بدراسة كتاب الأموال لأبي عبيد دراسة علمية منهجية تبرز آراء المؤلف في بعض المسائل المالية المفردة كالبيوع والرهون والميراث وغير ذلك من الأبواب الفقهية المختلفة.
- العناية بعقد المحاضرات والندوات والمؤتمرات العلمية الخاصة لإبراز جهود السابقين في التوثيق والدراسة للمعاملات المالية.
- ضرورة اهتمام طلاب العلم والباحثين بدراسة الموضوعات المتعلقة بالمعاملات المالية [خاصة النوازل في هذا الباب] والعناية بالتأصيل لها.

الهوامش

- باحث بكلية الآداب . قسم الدراسات الإسلامية، جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم - السودان.

١. نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني ، تحقيق : عبد الله بن ضيف الرحيلي، سفير – الرياض ، ط٢،١/٢٢١.

٢. هراة بالفتح مدينة عظيمة مشهورة من أمهات مدن خراسان ، قال ياقوت الحموي : "لم أر بخراسان عند كوني بها في سنة ٦٧٠ مدينة أجل ولا أعظم ولا أفخم ولا أحسن ولا أكثر أهلا منها ، فيها بساتين كثيرة ومياه غزيرة ، وخيرات كثيرة ، محشوة بالعلماء ومملوة بأهل الفضل والثراء " ، معجم البلدان : شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي ، دار الكتب العلمية – بيروت ٣٩٦/٥ .

٣. المنتظم في تاريخ الملوك والأمم : عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج دار صادر بيروت ٩٦/١١ .

٤. البداية والنهاية : إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء ، مكتبة المعارف – بيروت ٢٠٦/١٠ .

٥. الطبقات الكبرى : محمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري ، دار صادر ، بيروت ٢٧/٣ .

٦. تاريخ بغداد : أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٤٠٣/١٢ .

٧. سير أعلام النبلاء ، أحمد بن محمد بن عثمان الذهبي ، مؤسسة الرسالة بيروت ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، الطبعة التاسعة ، ١٤١٣هـ ٤٩١/١٠ .

٨. تذكرة الحفاظ : محمد بن أحمد أبو عبد الله الذهبي، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى ٦/٢ .

٩. تاريخ بغداد ٤١٣/١٢.

١٠. الكامل في التاريخ : أبو الحسن علي بن عبد الكريم بن الأثير، دار صادر، بيروت ، ١٩٦٥م ١٣٧/٦.

١١. طرسوس بفتح أوله وثانيه وسينين مهملتين بينهما واو ساكنة وهي مدينة بثغور الشام بين أنطاكية وحلب وبلاد الروم ، معجم البلدان ٢٨/٤ .

١٢. إنباه الرواة على أنباه النحاة : جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي ، المكتبة العصرية، بيروت ، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ ١٥/٣ .

١٣- الجامع لأخلاق الراوي وأداب السامع : أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي تحقيق: محمود الطحان ، مكتبة المعارف ، الرياض ١٤٠٣هـ ٣٠٤/١.

١٤. الموافقات : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، تحقيق: أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان ، ط١ ، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م ٨٠/١.

١٥. المجالسة وجواهر العلم : أبوبكر أحمد بن مروان بن محمد الدينوري القاضي المالكي، تحقيق ، دار ابن حزم ، بيروت ٢٩٧/١.

١٦. الناسخ والمنسوخ في القران العزيز وما فيه من الفرائض والسنن : أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي ، دراسة وتحقيق : محمد بن صالح المديفر ، مكتبة الرشد ، شركة الرياض – الرياض ، ط٢ ، ١٤٧/١.

١٧. التاريخ الكبير : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق السيد هاشم الندوي ، دار الفكر . بيروت ، الطبعة الثالثة ١٧٢/٧ .

١٨. طبقات الحنابلة : أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد ، تحقيق: محمد حامد الفقي ، دار المعرفه ، بيروت ٢٦١/١ .

١٩. تهذيب التهذيب : أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار الفكر – بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤ – ١٩٨٤م ٣١٨/٨ .

٢٠. تذكرة الحفاظ ٤١٧/٢ .

٢١. غريب الحديث : القاسم بن سلام ، تحقيق محمد عبد المعيد خان، الناشر :مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد ، الدكن، ط١، ص ١٢٣ .

٢٢. الغريب المصنف : أبو عُبيد القاسم بن سلاّم بن عبد الله الهروي البغدادي ، تحقيق: صفوان عدنان داوودي ، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ٢٥٢/١ .

٢٣. تاريخ بغداد ٢١٩/٥.

٢٤. لسان الميزان : أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، دار البشائر الإسلاميه،ط١، ٥٥/٥.

٢٥. تاريخ بغداد ٤٠٣/١٢ وسير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٠ و شذرات الذهب في أخبار من ذهب : عبد الحي بن العماد الحنبلي ، دار الآفاق الجديدة ٥٤/٢ .

٢٦. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، دار المعرفة ، بيروت ٢٥٣/٢ .

٢٧. الفهرست : محمد بن إسحاق بن النديم ، دار المعرفة بيروت ١٩٧٨م ص ٥٥ .
٢٨. سير أعلام النبلاء ٥٠١/٨ .
٢٩. معجم مقاييس اللغة : أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا ، تحقيق : عبد السَّلام محمد هَارُون ، اتحاد الكتاب العرب ، الطبعة الأولى : ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢م ٧٩/٦ .
٣٠. لسان العرب : محمد بن مكرم بن منظور ، دار صادر بيروت ، الطبعة الأولى ٤٥٦/٣ .
٣١. التوقيف على مهمات التعاريف : محمد عبد الرؤوف المناوي ، : دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق الطبعة الأولى ١٤١٠ ، تحقيق محمد رضوان الداية ص ٣١٥ .
٣٢. النهاية في غريب الحديث و الأثر : المبارك بن محمد بن الأثير الجزري ، دار المكتبة العلمية بيروت ١٣٩٩هـ ٣٨١/٥ .
٣٣. المفردات في غريب القرآن : الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني ، دار المعرفة بيروت ص ٨٦٥ .
٣٤. المعجم الوسيط : أحمد الزيات وآخرون تحت إشراف مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، نشر: دار الدعوة ١٠٢٤/٢ .
٣٥. لسان العرب ٦٣٥/١١ .
٣٦. الجامع الصحيح المختصر : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، تحقيق : مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ - ١٩٨٧ م في كتاب الزكاة باب قول الله تعالى: ○لا يسألون الناس إلحافا□ [البقرة: ٢٧٣] وكم الغنى ١٢٤/٢ حديث ١٤٧٧ .
٣٧. لسان العرب ٦٣٥/١١ .
٣٨. المرجع السابق ٦٣٥/١١ .
٣٩. البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية - بدون تاريخ ٢٧٧/٥ .
٤٠. الموافقات : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م ٣٢/٢ .
٤١. الأشباه والنظائر : عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م ، ص ٥٠٠ .
٤٢. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات : منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى ، عالم الكتب ، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ٧٦/٣ .
٤٣. تاج العروس من جواهر القاموس : السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تحقيق الدكتور عبد العزيز مطر ، مطبعة حكومة الكويت ١٣٩٠هـ ١٩٧٠م ٢٦٧/٤ .
٤٤. تاج العروس ٢٧٠/١١ .
٤٥. صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي في ١٢ - كتاب الزكاة ١٦ - باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف ٦٩٧/٢ حديث ١٠٠٦ .
٤٦. تاج العروس ٢٧٠/١١ .
٤٧. المرجع السابق ٤٠٤/١٢ .
٤٨. تهذيب اللغة : أبو منصور محمد بن احمد الأزهري ، تحقيق عبد السلام هارون ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م ٨٩/٢ .
٤٩. السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية : عبد الوهاب خلاف ، دار القلم، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م ص١٢١ .
٥٠. لسان العرب ٦٢/٦ .
٥١. المفردات في غريب القرآن ص٣٨٠ .
٥٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢١٨/٢ .
٥٣. بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م ، ٨٢٤/٢ ودقائق أولي النهى ٣٦٧/١ .
٥٤. المجموع شرح المهذب : أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، دار الفكر بيروت ٣٧٠/٥.
٥٥. دقائق أولي النهى ٣٧٠/١ .
٥٦. الأموال : أبو عُبيد القاسم بن سلاّم بن عبد الله الهروي ، المحقق: خليل محمد هراس ، الناشر: دار الفكر - بيروت ص ٥١٨ .

٥٧. صحيح البخاري في ٣٠ - كتاب الزكاة ٤ - باب ما أدى زكاته فليس بكنز ٥٠٩/٢ حديث ١٣٤٠ .
٥٨. الأموال للقاسم بن سلام ص ٥١٩ .
٥٩. المرجع السابق ص ٥٠٦ .
٦٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، المكتبة العلمية – بيروت ٤٩٠/٢ .
٦١. الأموال للقاسم بن سلام ص ٦٢ .
٦٢. المرجع السابق ص ١٠٢ .
٦٣. الصحابة استعاروا لفظ " دهقان " وهو بالفارسية يعني رئيس الفلاحين أو رئيس القرية، وقد أقر هذا المصطلح عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ، معجم لغة الفقهاء : محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ص ٣٠ . .
٦٤. الأموال للقاسم بن سلام ص ١١١ .
٦٥. الخراج : أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري ، المكتبة الأزهرية للتراث ، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد وسعد حسن محمد ص ٦٥.
٦٦. الصحاح في اللغة : إسماعيل بن حماد الجوهري ، دار العلم للملايين ، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، الطبعة الثالثة ٢٣٠٢/٦ .
٦٧. كتاب الميزة في اللغة والأدب والعلوم : محمد عبد الله العربي ، مطبعة الاباء اليسوعيين، بيروت، ط١، ص ٨٨.
٦٨. موسوعة فقه عمر بن الخطاب : محمد الرواس قلعه ، مكتبة الفلاح بالكويت ، ط١، ١٤٠١ هـ ، ص ٢٣٤.
٦٩. الأموال للقاسم بن سلام ص٣٣ .
٧٠. المرجع السابق ص ٢٦ .
٧١. الأموال للقاسم بن سلام ص ٢٧ .
٧٢. المرجع السابق ص ٢٨ .
٧٣. المرجع السابق ص ٥٣٣ .
٧٤. المرجع السابق ص ١١٢ .
٧٥. الأموال للقاسم بن سلام ص ١١٢ .
٧٦. التعريفات للجرجاني ص ١٧٨ .
٧٧. المصباح المنير ٤٥٥/٢ .
٧٨. الاختار لتعليل المختار : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، مطبعة الحلبي - القاهرة وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م ٨١/٣.
٧٩. الأموال للقاسم بن سلام ص ٣٨٢ .
٨٠. الأموال للقاسم بن سلام ص ٣٨٤ .
٨١. الأموال للقاسم بن سلام ص ٣٨٦ .
٨٢. الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ، الكويت – دار السلاسل، ١٤٢٧هـ ، الطبعة الثانية ٩٩/٢٣ .
٨٣. سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، دار الفكر ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ٢٣٥/٣ .
٨٤. الأموال للقاسم بن سلام ص ٤٢٣.
٨٥. المرجع السابق ص ٤٢٤.
٨٦. المرجع السابق ص: ٤٢٤ .
٨٧. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني : عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، دار الفكر – بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ ٦١٥/٢ .
٨٨. الأموال للقاسم بن سلام ص ٤٢٨ .
٨٩. سنن أبي داود ٢٣٥/٣
٩٠. الأموال للقاسم بن سلام ص ٤٢٣.
٩١. المرجع السابق ص ٤٢٤.
٩٢. المرجع السابق ص: ٤٢٤ .
٩٣. المغني لابن قدامة ٦١٥/٢ .
٩٤. الأموال للقاسم بن سلام ص ٤٢٨ .
٩٥. سنن أبي داود ١٣٧/٢ حديث ٢٨٩٩ وانظر : الأموال للقاسم بن سلام ص ٢٨٢ .

المصادر والمراجع

١/ الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مطبعة الحلبي – القاهرة وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، ١٣٥٦ هـ – ١٩٣٧م.

٢/ الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩٠م.

٣/ الأموال: أبو عُبيد القاسم بن سلاّم بن عبد الله الهروي، المحقق: خليل محمد هراس، الناشر: دار الفكر – بيروت

٤/ إنباه الرواة على أنباه النحاة: جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.

٥/ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

٦/ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع: علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.

٧/ البداية والنهاية: إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبو الفداء، مكتبة المعارف، بيروت.

٨/ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار المعرفة، بيروت.

٨/ تاج العروس من جواهر القاموس: السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق الدكتور عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت ١٣٩٠هـ ١٩٧٠م.

١٠/ تاريخ بغداد: أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت.

١١/ التاريخ الكبير: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثالثة.

١٢/ تذكرة الحفاظ: محمد بن أحمد أبو عبد الله الذهبي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى.

١٣/ تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤ – ١٩٨٤م.

١٤/ تهذيب اللغة: أبو منصور محمد بن احمد الأزهري، تحقيق عبد السلام هارون، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م.

١٥/ التوقيف على مهمات التعاريف: محمد عبد الرؤوف المناوي،: دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق الطبعة الأولى ١٤١٠، تحقيق محمد رضوان الداية.

١٦/ الجامع لأخلاق الراوي وأداب السامع: أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي تحقيق: محمود الطحان ، مكتبة المعارف، الرياض ١٤٠٣هـ.

١٧/ الجامع الصحيح المختصر: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧–١٩٨٧م.

١٨/ الخراج: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد وسعد حسن محمد.

١٩/ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٠/ سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، دار الفكر، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد

٢١/ السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية: عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م.

٢٢/ سير أعلام النبلاء، أحمد بن محمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق شعيب الأرناؤوط، الطبعة التاسعة، ١٤١٣هـ.

٢٣/ شذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار الآفاق الجديدة.

٢٤/ الصحاح في اللغة: إسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثالثة.

٢٥/ صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي – بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٦/ طبقات الحنابلة: أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفه، بيروت.

٢٧/ الطبقات الكبرى: محمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري، دار صادر، بيروت.

٢٨/ غريب الحديث: القاسم بن سلام، تحقيق محمد عبد المعيد خان، الناشر:مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد ، الدكن، ط١.

٢٩/ الغريب المصنف: أبو عُبيد القاسم بن سلاّم بن عبد الله الهروي البغدادي، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

٣٠/ الفهرست: محمد بن إسحاق بن النديم، دار المعرفة بيروت ١٩٧٨م.

٣١/ كتاب الميزة في اللغة والأدب والعلوم: محمد عبد الله العربي، مطبعة الاباء اليسوعيين، بيروت، ط١.

٣٢/ الكامل في التاريخ: أبو الحسن علي بن عبد الكريم بن الأثير، دار صادر، بيروت، ١٩٦٥م.

٣٣/ لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى.

٣٤/ لسان الميزان: أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، دار البشائر الإسلاميه،ط١.

٣٥/ المجالسة وجواهر العلم: أبوبكر أحمد بن مروان بن محمد الدينوري القاضي المالكي، تحقيق، دار ابن حزم، بيروت.

٣٦/ المجموع شرح المهذب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر بيروت.

٣٧/ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت.

٣٨/ معجم البلدان: شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي، دار الكتب العلمية – بيروت.

٣٩/ معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

٤٠/ معجم مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارِس بن زكَريّا، تحقيق: عبد السَّلام محمد هَارُون، اتحاد الكتاب العرب، الطبعة الأولى: ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢م.

٤١/ المعجم الوسيط: أحمد الزيات وآخرون تحت إشراف مجمع

اللغة العربية بالقاهرة، نشر: دار الدعوة.

٤٢/ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

٤٣/ المفردات في غريب القرآن: الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، دار المعرفة، بيروت.

٤٤/ المنتظم في تاريخ الملوك والأمم: عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج دار صادر بيروت.

٤٥/ موسوعة فقه عمر بن الخطاب: محمد الرواس قلعه، مكتبة الفلاح بالكويت، ط١، ١٤٠١هـ.

٤٦/ الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، تحقيق: أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان ، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٤٧/ الناسخ والمنسوخ في القران العزيز وما فيه من الفرائض والسنن: أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي، دراسة وتحقيق: محمد بن صالح المديفر ، مكتبة الرشد ، شركة الرياض – الرياض ، ط٢.

٤٨/ نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الله بن ضيف الرحيلي، سفير – الرياض ، الطبعة الأولى.

٤٩/ النهاية في غريب الحديث و الأثر: المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، دار المكتبة العلمية بيروت ١٣٩٩هـ.

تحرير القول في الطلاق المعلق على شرط فقها وقانونا

د. الزلفا عبدالله مصطفى محمدأحمد

مستخلص

جاءت هذه الدراسة، بعنوان تحرير القول في الطلاق المعلق على شرط فقها وقانوناً، تكمن أهمية الدراسة في بيان أن الطلاق المعلق على شرط من أهم الموضوعات التي تحتاج إلى ترو عند الإفتاء بالسؤال عن النية التي اشترطها المشرع السوداني لإثبات الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه، هدفت هذه الدراسة إلى تأصيل حكم الطلاق المعلق على شرط، باستقراء أقوال الفقهاء في المسألة، ومدى أخذ المشرع السوداني بأقوال بعض الفقهاء، مخالفاً رأي الجمهور، اتبعت الدراسة المنهج الإستقرائي التحليلي المقارن، توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج كان منها: إن الطلاق الصريح لا يشترط لوقوعه نية المطلق، والطلاق المعلق طلاق صريح، إن النية عملها تعيين المبهم، ولا إبهام في صريح اللفظ، إن الشريعة الإسلامية جاءت لرعاية مصالح الناس بدفع الحرج عنهم، وبالسؤال عن النية يقع الناس في أشد الحرج. أوصت الدراسة: بمزيد من البحث حول مسائل الطلاق المعلق التي كثر التحايل عليها. والحذر من الفتوى بغير علم في مسائل الطلاق المعلق على شرط.

Abstract

This research comes to calrify the ambiguity of conditional divorce case, in law and in jurisprudence. The importance of this research is that conditional divorce is a very sensitive matter to proof, where Sudanese legislator has its own way to proof the conditional divorce whether it is by doing an act or by restraining an act. This research comes to Taseel « trace the historical Islamic origin of the matter «

research has reached several results, the most important of which are: The intention in explicit divorce has no significance for explicit phrases don>t need an explanation, and this what intention made for. Islamic jurisprudence has been set to ease people, and discussing intentions raises complications.

conditional divorce in Islamic jurisprudence through Islamic scholars sayings about it. And to discuss the Sudanese legislator selection of some Islamic scholars sayings rather than than following the opinio juris of Islamic scholars. The researcher followed the inductive, analytical, and comparative method. The

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمده سبحانه وتعالى وأشكره وأثني عليه وأساله أن يرزقني وإياكم العلم النافع والعمل الصالح، وأن يرزقنا الإخلاص فيما نقول ونذر، والصلاة والسلام التامان الأكملان على الحبيب المصطفي مصباح الدجى ومفتاح الهدى وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمد عبده ورسوله.

شرع سبحانه وتعالى الزواج لاستمرارية الحياة وتعمير الارض بالنسل لتحقيق غاية الوجود الا وهي عبادة الله تعالى لكن قد تتعذر إقامة حياة طيبة بين الزوجين، وكما شرع الله تعالى الزواج، شرع كذلك الطلاق لحل كثير من المشاكل التي تتعذر معها استمرارية الزوجين، فحينئذ يلجأ الزوجان لاختياره إما بإرادتهما أو بإرادة الزوج وحده، وله الحق في أن يطلق متى شاء أو يعلقه بما يراه من قول أو فعل، وسأتناول بالبحث ظاهرة الطلاق المعلق على شرط كنوع من أنواع الطلاق التي عمت بها البلوى، والتي أخذ فيها المشرع السوداني في قانون الاحوال الشخصية لسنة

١٩٩١بآراء بعض الفقهاء، لذا سأتناوله بالبحث لبيان الرأي الفقهي الذي أخذ به، مع تعليل ذلك والله تعالى أسال التوفيق والسداد وهو حسبي ونعم الوكيل.

سبب اختيار البحث:

سبب اختاري للموضوع هو أن المشرع السوداني أورد في المادة أ/١٣٠ من قانون الاحوال الشخصية لسنة ١٩٩١ أن الطلاق المعلق على شرط(فعل شيء أو تركه) لا يقع إلا بالنية، فكان هذا النص دافعاً لي للبحث حول هذا الموضوع الحيوي لمعرفة الرأي الفقهي الذي أخذ به المشرع السوداني، ولم أخذ به.

مشكلة البحث:

وتتمثل في السؤال الرئيس حول الطلاق المعلق على شرط، أن من قال لامرأته أنت طالق إن خرجت فخرجت هل يقع الطلاق؟ هل هو طلاق يقع عند حصول الشرط المعلق عليه، أم هو يمين يكفر بكفارة يمين، أم لابد من معرفة الباعث عليه من خلال النية، ثم ما علاقة النية في وقوعه، أو عدم وقوعه؟ وقد تفرعت عنه الأسئلة التالية:

١/ ماهو الطلاق المعلق على شرط.

٢/ هل تحقق الشرط كاف لإيقاع الطلاق.

٣/ هل الطلاق المعلق يمين تكفى فيه كفارة اليمين.

٤/ هل الطلاق المعلق على شرط، فعل شيء أو تركه، لايقع إلا بالنية.

٥/ هل يقع الطلاق المعلق على شرط بالنية مع اللفظ، أو بالنية دون اللفظ، أو باللفظ دون النية.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلي:

١/ بيان أن الطلاق المعلق على شرط طلاق صريح مستوف لأركانه وشروطه.

٢/ توضيح أن الفقهاء متفقون على وقوعه عند تحقق شرطه فلا حاجة لإعمال النية هنا.

٣/ بيان أن اليمين ليست طلاقاً ولا هي في معنى الطلاق.

منهج البحث:

اتبع الباحث في كتابة هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك بتتبع المادة وعرض ومناقشة آراء الفقهاء، وشراح القانون.

هيكل البحث:

يحتوى على مقدمة تشمل: أهمية البحث، سبب اختياره، مشكلة البحث، أهداف البحث، منهج البحث. وقد جاء هيكل البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: **تعريف كلمات تحرير، وطلاق معلق.**

المطلب الأول: **تعريف كلمة تحرير لغة واصطلاحاً**

المطلب الثاني: **تعريف كلمة طلاق لغة واصطلاحاً.**

المطلب الثالث: **تعريف كلمة معلق لغة واصطلاحاً.**

المبحث الثاني: **شروط الطلاق في الفقه والقانون.**

المطلب الأول: **شروط الطلاق المعلق على شرط في الفقه.**

الفرع الأول: **شروط المطلق.**

الفرع الثاني: **شروط المطلقة.**

المطلب الثاني: **شروط الطلاق المعلق على شرط في القانون.**

الفرع الأول: **شروط المطلق.**

الفرع الثاني: **شروط المطلقة.**

المبحث الثالث: **حكم الطلاق المعلق على شرط في الفقه والقانون.**

المطلب الأول: **حكم الطلاق المعلق على شرط في الفقه.**

المطلب الثاني: **حكم الطلاق المعلق على شرط في القانون.**

خاتمة: تشمل النتائج والتوصيات.

المصادر والمراجع.

المبحث الأول

المطلب الاول

عريف كلمة تحرير وطلاق معلق وشرط لغة واصطلاحاً

تعريف كلمة التحرير لغة: تحرير من تحرى، التحري في اللغة، القصد والإبتغاء، كقول القائل: أتحرى مسرتك أي أطلب مرضاتك، تحرير الكتاب وغيره تقويمه، تلخيصه؛ بإقامة حروفه، وتحسينه بإصلاح سقطه[١].

تعريف تحرير اصطلاحا: بذل المجهود في طلب المقصود[٢].

تعريف الطلاق المعلق لغة واصطلاحاً:

تعريف الطلاق لغة: الحل ورفع القيد، طلق امرأته تطليقاً وطلقت هي تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق وطالقة أيضاً، يقال: طلقت بالضم. الحل ورفع القيد، وهو اسم مصدره التطليق ويستعمل استعمال المصدر، وأصله طلقت المرأة تطلق فهي طالق، بدون هاء، وروي بالهاء طالقة، إذا بانت من زوجها[٣].

تعريف الطلاق اصطلاحاً: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو مايقوم مقامه[٤].

تعريف الطلاق المعلق في الاصلاح الفقهي:

للفقهاء في الطلاق المعلق عدة تعريفات نذكر منها التعريفات الاتية :

عرفه الحنفية: بأنه حصول مضمون جملة بجملة اخرى[٥].

عرفه المالكية: بأنه هو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة، أو شرط[٦].

تعريف الطلاق في القانون:

جاء في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ في المادة ١٢٨:

تعريف الطلاق: هو حل عقدة الزواج بالصيغة الموضوعة له شرعاً[٧].

تعريف الطلاق المعلق على شرط في القانون: لم يورد المشرع تعريفاً خاصاً للطلاق المعلق على شرط، إلا أنه تناوله في المادة ١٣٠ عند شروعه

في بيان حالات عدم وقوع الطلاق في الفقرة أ/ بقوله: لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا بالنية.

من خلال التعريفين السابقين للطلاق في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، يتبين لنا أن الطلاق المعلق على شرط هو طلاق غير صريح لحاجته إلى مايعضده من نية، فلا تنحل به عقدة الزواج، وإن تحقق الشرط المعلق عليه الطلاق، كالطلاق الكنائي. هذا والله أعلم.

تعريف الشرط لغة: مفرد شروط وشرائط، شرط فلان شرطاً وقع في أمر عظيم، الشرط مايوضع ويلتزم في بيع أو نحوه[٨].

تعريف الشرط اصطلاحاً: هو الذي يتوقف عليه المؤثر في تأثيره لا في ذاته[٩].

المطلب الثاني

أنواع الشرط المعلق عليه

الشرط الذي يعلق الطلاق عليه: إما أن يكون أمراً اختيارياً يمكن فعله والإمتناع عنه، أو أمراً غير اختياري.

فإن كان الشرط أمراً اختيارياً يمكن أن يكون ويمكن ألا يكون:

أ/ فإما أن يكون فعلاً من أفعال الزوج، مثل إن دخلت دار فلان أو كلمت فلاناً فامرأتي طالق، أو إن لم أدفع حق فلان غداً فزوجتي طالق، ففي المثال الأول يكون التعليق لحمل نفسه على الامتناع من الدخول، وفي المثال الثاني يكون التعليق لحمل نفسه على دفع الدين أو الحق في الغد.

ب/ أو يكون فعلاً من أفعال الزوجة، مثل إن سافرت أو دخلت دار فلان فأنت طالق. ومثل: أنت طالق إن شئت، لم تطلق حتى تسافر أو تدخل الدار أو تشاء.

ج/ أو يكون فعلاً لغير الزوجين، مثل: إن سافر أخوك فأنت طالق. وإن كان الشرط أمرا غير اختياري للإنسان فهو كالتعليق بمشيئة الله تعالى، وطلوع الشمس وموت فلان، ودخول الشهر،

وولادة فلانة ونحوها[١٠].

فتعليق الطلاق بالشروط، أي ترتيبه على شيء حاصل أو غير حاصل، بأن أو إحدى أخواتها، والمراد هنا الشرط اللغوي، لأن أنواع الشرط ثلاثة، عقلي وشرعي ولغوي، فالعقلي كالحياة للعلم، الشرعي كالطهارة للصلاة، واللغوي كإن دخلت الدار فأنت طالق، والطلاق المعلق على شرط هو إيقاع له عند الشرط[١١].

المبحث الثاني

شروط الطلاق على شرط فقهاً وقانوناً

المطلب الأول

شروط الطلاق المعلق على شرط في الفقه الإسلامي

يشترط لصحة الطلاق لدى الفقهاء شروطاً موزعة على أطراف الطلاق الثلاثة، وهي: المطلق والمطلقة والصيغة وساتناولها تفصيلاً في ما يلي:

اولاً: الشروط المتعلقة بالمطلق:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المطلق ليقع طلاقه على زوجته صحيحًا شروطاً هي:

- **أن يكون زوجًا:** والزوج: هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح.
- **البلوغ:** أي أن يكون بالغاً، واختلفوا في وقوع طلاق الصغير، هل يقع أم لا إلى مذاهب، فذهب جمهور الفقهاء(الحنفية، والمالكية، الشافعية)[١٢] إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزًا كان أو غير مميز، مراهقًا كان أو غير مراهق، أذن له بذلك أم لا، أجيز بعد ذلك من الولي أم لا، على سواء، ذلك لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير ولا يملكه وليه، ولقول النبي صلى اللَّه عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة: عن النَّائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)[١٣].

وذهب الحنابلة: إلى أن الصبي الذي لا يعقل أنه لا طلاق له، وأما الذي يعقل الطلاق، ويعلم أن زوجته تبين منه به وتحرم عليه: فأكثر الروايات عن الإمام أحمد أن طلاقه يقع، ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لايقع لدون العشر، لأن العشر حدّ الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية، فكذلك هذا، وعن سعيد بن المسيب: إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال عطاء: إذا بلغ أن يصيب النساء، وعن الحسن: إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان وقال اسحاق: إذا جاوز اثنتي عشرة[١٤].

- **العقل:** أي أن يكون عاقلاً: حقيقة أو تقديراً ذهب جمهور الفقهاء الى عدم صحة طلاق المجنون والمعتوه لفقدان أَهلية الأَداء في الأول، ونقصانها في الثاني، فألحقوهما بالصغير غير البالغ، فلم يقع طلاقهما، وهذا في الجنون الدائم المطبق، أما الجنون المتقطع ، فإن حكم طلاق المبتلى به منوط بحاله عند الطلاق، فإن طلق وهو مجنون لم يقع، وإن طلق في إفاقته وقع لكمال أهليته[١٥].

- **القصد والاختيار:** المراد به هنا، قصد اللفظ الموجب للطلاق من غير إكراه، فيقع طلاق من كان قاصداً مختاراً، أما من أكره على الطلاق، وإن كان موقعاً للفظ باختياره، أنه ينطبق عليه في الشرع اسم المكره، لقوله تعالى(إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان)[١٦] فلا يقع طلاقه اتفاقاً لقوله صلى الله عليه وسل: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما إستكرهوا عليه)[١٧] كما اتفقوا على صحة طلاق الهازل، وهو: من قصد اللفظ، ولم يرد به ما يدل عليه حقيقة أو مجازًا،

لأنه صح عن رسول الله صلى اللَّه عليه وسلم أنه قال:(ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)[١٨] ولأن الطلاق ذو خطر كبير باعتبار أن محله المرأة، وهي إنسان، والإنسان أكرم مخلوقات اللَّه تعالى، فلا ينبغي أن يجري في أمره الهزل، ولأن الهازل قاصد للفظ الذي ربط الشارع به وقوع الطلاق، فيقع الطلاق بوجوده مطلقًا.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمطلقة:

يشترط في المطلقة ليقع الطلاق عليها شروطاً تتمثل في:

١/ قيام الزوجية حقيقة أَو حكمًا: وذلك بأَن تكون المطلقة زوجة للمطلق، أو معتدة من طلاقه الرجعي، هذا في الطلاق المنجز، فإذا علق طلاقها بشرط، كأن قال: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فإن كانت عند التعليق زوجته صح الطلاق[١٩].

٢/ تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية. اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين المطلقة، بأي من طرق التعيين، الإشارة، والوصف، والنية، فأيها قدم جاز، فإذا تعارض الثلاثة ففيه التفصيل التالي: اتفقوا على أنه إذا عيَّن المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعينة، كأن قال لزوجته التي اسمها عمرة مشيرًا إليها: ياعمرة، أَنت طالق، قاصدًا طلاقها، فإنها تطلق بالاتفاق، لتمام التعيين بذلك. فإن أشار إلى واحدة من نسائه المتعددات دون أن يصفها بوصف، ولم ينو غيرها، وقال لها: أنت طالق، وقع الطلاق عليها بالاتفاق أيضًا، لأن الإشارة كافية للتعيين، وكذلك إذا وصفها بوصفها دون إشارة ودون قصد غيرها، فإنها تطلق أيضًا، كما إذا قال: سلمى طالق.

فإن نوى واحدة من نسائه، ولم يشر إليها ولم يصفها، كما إذا قال: إحدى نسائي طالق، ونوى واحدة منهن، فإنها تطلق دون غيرها، وكذلك لو قال: امرأتي طالق، وليس له غير زوجة واحدة، فإنها تطلق.

- مما سبق أرى أن تعليق الطلاق يلزم الزوج قياساً على طلاق الهازل أو اللاعب الذي لايقصد الطلاق وألزم به فكذا هنا.

الشروط المتعلقة بصيغة الطلاق:

١/ صيغة الطلاق هي اللفظ المعبر به عنه، إلا أنه يستعاض عن اللفظ في أحوال بالكتابة أو الإشارة. ولكل من اللفظ والكتابة والإشارة شروط لابد من توافرها فيه، وإلا لم يقع الطلاق، ولا حاجة لذكرها هنا مخافة الاطالة فيرجع لها في محلها من كتب الفقه.

المطلب الثاني

شروط الطلاق المعلق على شرط في القانون

جاءت شروط الطلاق في قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١ المادة(١٣٤)وهي شروط تتعلق بأطراف العلاقة الثلاثة وساتناولها على النحو التالي:

أولا: شروط المطلق:

يشترط في المطلق أن يكون أهلاً لايقاع الطلاق في الحال، وذلك بتحقق:

١/ **العقل:** ويقصد به أن يكون المطلق عاقلاً، أي كامل العقل، فلا يجوز طلاق فاقد الأهلية ولا ناقصها، فالأول مثل الصغير غير المميز، والمجنون المطبق جنونه، ومثل الثاني وهو ناقص الأهلية، كالصبي المميز وغيره فهؤلاء يقع طلاقهم وذلك بسبب إنعدام أهلية الأداء لديهم، وعليه فلا يقع طلاق فاقد التميز، بسبب الجنون، أو العته، أو السكر

المطبق، أو غير ذلك من الأسباب المذهبة للعقل[٢٠].

٢/ **البلوغ:** أي أن يكون المطلق بالغاً، وسن البلوغ التي حددها المشرع هي ثمانية عشر سنة، وعلى هذا فكل من لم يبلغ الثامنة عشر من عمره ، وطلق لا يصح طلاقه وفقاً لظاهر النص، ولكن لو ظهرت علامات البلوغ الأخرى وثبتت في حق المطلق، فطلاقه صحيح، أما من لم تظهر عليه إحدى علامات البلوغ ،وطلق فلا يصح طلاقه، وإذا حصل نزاع في في البلوغ، فعليه الإثبات[٢١].

٣/ **الاختيار:** اشترط المشرع في المطلق، أن يكون طائعاً مختاراً، حتى تتحقق إرادته، وعليه لو أكره الزوج على الطلاق، وأوقع الطلاق، تحت هذا الإكراه بشروطه، بطل الطلاق، إذا كان الإكراه ملجئاً، كما يقع طلاق الهازل، وهو الذي يقول الكلام ولا يقصده، بسبب هزله[٢٢].

ثانياً: شروط المطلقة:

يشترط في المطلقة:

أ/ أن تكون في زواج صحيح، فقد تناول المشرع السوداني في المادة ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني، أنه يشترط في وقوع الطلاق على المطلقة، أن يكون الزواج صحيحاً، والزواج الصحيح: هو ماتوافرت فيه أركانه، وهي الزوجان، والإيجاب والقبول، وتوفرت شروط صحة كل ركن مع شروط صحة العقد نفسه. وعلى هذا لو تخلف أحد ركني العقد، بطل العقد، وبالتالي إذا طلق الزوج، لا يقع طلاقه.

ب/ أن يكون الزواج قائماً حقيقة أو حكماً، أي ليست مطلقة، لا طلاقاً رجعياً ولا طلاقاً بائناً. أو حكماً وهو أن تكون الزوجة في

عدة الطلاق الرجعي، كما تكون الزوجية قائمة حكما، إذا كانت الزوجة في عدة الطلاق البائن بينونة صغرى، وهي كل طلاق يوقعه القاضي، عدا الطلاق للإعسار، كذلك تعتبر الزوجية قائمة حكماً من الفرقة التي تعد فسخاً، لحرمة مؤقتة، وذلك للفرقة لردة أحدهما، أو إباء أحدهما الإسلام[٢٣].

المبحث الثالث

الطلاق المعلق على شرط في الفقه والقانون

المطلب الأول

الطلاق المعلق على شرط في الفقه الإسلامي

الأصل في الطلاق التنجِيز، إلا أنه يقبل التعليق والإضافة باتفاق الفقهاء وسأتناول تعريف الطلاق المنجز والمضاف، وحكم كل نوع، ثم أفصل القول في الطلاق المعلق لمدار البحث حوله:

النوع الأول: **الطلاق المنجز:**

تعريفه:

هو ما يقصد به حصول الطلاق في الحال، كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق، وهذا الطلاق يقع في الحال متى صدر من أهله وصادف محلاً له[٢٤].

حكمه:

أنه ينعقد سببًا للفرقة في الحال، ويعقبه أثره بدون تراخ ما دام مستوفيًا لشروطه، كما إذا قال لها: أنت طالق، طلقت للحال وبدأت عدتها، لأن التنجيز هو الأصل لكونه سبباً في الحال، والتعليق لا يكون سبباً مالم يوجد الشرط، لأن جملتي الجزاء والشرط بمنزلة جملة واحدة، لأن جملة الشرط لا تفيد ما لم يكن معها جملة الجزاء[٢٥].

النوع الثاني: **الطلاق المضاف:**

وهو كل طلاق اقترن بزمن مستقبل، كأن يقول لزوجته: أنت طالق غداً، أو رأس السنة، أو بعد شهر ونحو ذلك، وهذا الطلاق لا يقع إلا عند حلول

الأجل الذي حدده[٢٦].

وقيل: هو الطلاق الذي قرنت صيغته بوقت، بقصد وقوع الطلاق عند حلول ذلك الوقت، كقوله: أنت طالق أول الشهر القادم، أو آخر النهار، أو أنت طالق أمس.

حكمه: ذهب الجمهور: إلى أن الطلاق المضاف إلى المستقبل ينعقد سببًا للفرقة في الحال، ولكن لا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله المضاف إليه بعد استيفائه لشروطه الأخرى، فإذا قال لها: أنت طالق آخر هذا الشهر، لم تطلق حتى ينقضي الشهر[٢٧].

النوع الثالث: **الطلاق المعلق على شرط:**

هو: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى[٢٨] سواء أكان ذلك المضمون من قبل المُطلق أو المطلقة أو غيرهما، أو لم يكن من فعل أحد.

فَإِن كان من فعل المطلق او المطلقة أو غيرهما سمي يميناً لدى الجمهور مجازًا، وذلك لما فيه من معنى القسم، وهو: أي اليمين: تقوية عزم الحالف أو عزم غيره على فعل شيء أو تركه، كما إذا قال لزوجته: أنت طالق إن دخلت دار فلان، أو أنت طالق إن ذهبت أنا إلى فلان، أو أنت طالق إن زارك فلان، فإن كان الطلاق معلقًا لا على فعل أحد، كما إذا قال لها: أنت طالق إن طلعت الشمس مثلاً، كان تعليقًا، ولم يسم يمينًا، لانتفاء معنى اليمين فيه، وإن كان في الحكم مثل اليمين، وهنالك من الفقهاء من أطلق عليه اليمين أيضًا .

مما سبق لا أرى قسماً هنا حتى يسمى الطلاق المعلق على شرط يميناً.

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها هي: إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما، وإذ ما، وكلما، ومتى، ومتى ما، ونحو ذلك، كلها تفيد التعليق بدون تكرار إلا: كلما، فإنها تفيد التعليق مع التكرار.

حكمه:

اتفق جمهور الفقهاء(الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة) على صحة تعليق الطلاق على شرط مطلقًا، إذا استوفى شروط التعليق الآتي ذكرها.

المطلب الثاني

شروط صحة التعليق

يشترط لوقوع الطلاق المعلق على شرط ما يلي:

١- أن يكون الشرط المعلق عليه معدومًا عند الطلاق وعلى خطر الوجود في المستقبل، فإذا كان الشرط موجودًا عند التعليق، كما إذا قال لها: أنت طالق إن كان أبوك معنا الآن، وهو معهما، فإنه طلاق صحيح منجز يقع للحال، وليس معلقًا، أما أنه على خطر الوجود، فمعناه: أن يكون الشرط المعلق عليه ممكن الحصول في المستقبل، فإذا كان مستحيل الحصول لغا التعليق، ولم يقع به شيء، لا في الحال ولا في المستقبل، كما إذا قال لها: إن عاد أبوك حياً – وهو ميت – في الحياة الدنيا فانت طالق، فانه لغو. وهذا مذهب الحنفية، وذهب المالكية إلى وقوعه منجزًا، وللحنابلة فيه قولان[٢٩].

٢- أن يكون التعليق متصلاً بالكلام، فاذا فصل عنه بسكوت، أو بكلام أجنبي، أو كلام غير مفيد، لغا التعليق ووقع الطلاق منجزًا، كما لو قال لها: أنت طالق، وسكت برهة، ثم قال: إن دخلت دار فلان، أو قال لها: أنت طالق، ثم قال لها: اعطني ماء، ثم قال: إن لم تدخلي دار فلان. إلا أنه يغتفر الفاصل الضروري، كما إذا قال لها: أنت طالق، ثم تنفس لضرورة، ثم قال: إن دخلت دار فلان ،فإنه معلق، ولا يقع إلا بدخولها الدار المحلوف عليها، وكذلك إساغة اللقمة، أو كلمة مفيدة، كأن يقول لها: أنت طالق

بائناً إن دخلت دار فلان، فإنه معلق ويقع به بائناً عند الدخول، فإن قال لها: أنت طالق رجعيًّا إن دخلت دار فلان، لغا التعليق ووقع الرجعي منجزًا، لأن كلمة رجعيا لم تفد شيئًا، فكانت قاطعًا للتعليق.

٣- أن لا يقصد به المجازاة، فإذا قصد به المجازاة، وقع منجزًا ولم يتعلق بالشرط، كما إذا قالت له: يا خسيس، فقال لها: إن كنت كذلك فأنت طالق، يريد معاقبتها، لا تعليق الطلاق على تحقق الخساسة فيه، فإنه يقع الطلاق هنا منجزًا، سواء أكان خسيسًا أم لا، فإن أراد التعليق لا المجازاة تعلق الطلاق، ويدين.

٤- أن يذكر المشروط في التعليق، وهو المعلق عليه، فلو لم يذكر شيئًا، كما إذا قال لها: أنت طالق إن، فإنه لغو في الراجح لدى الحنفية، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد بن الحسن: تطلق للحال، طلقت، وإن دخلتها بعد أن طلقها وانقضت عدتها، لم تقع عليها الطلقة المعلقة، لعدم صلاحيتها لوقوع الطلاق عليها عندئذ.

٥/ وجود رابط، وهو أداة من أدوات الشرط، وقد تقدمت، إلا أن يفهم الشرط من المعنى، فإنه يتعلق بدون رابط، كما إذا قال لها: علي الطلاق سأذهب إلى فلان، فإنه تعليق صحيح مع عدم الرابط.

٦/ قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليها عند التعليق، حقيقة أو حكماً.

٧/ قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليها عند حصول الشرط المعلق عليه حقيقة أو حكماً، بأن تكون زوجة له أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن، فإذا لم تكن كذلك عند وقوع

الشرط لم يقع الطلاق به عليها، فإذا قال لزوجته، إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فدخلتها وهي زوجته أو معتدته طلقت، وإن دخلتها بعد أن طلقها وانقضت عدتها، لم تقع عليها الطلقة المعلقة، لعدم صلاحيتها لوقوع الطلاق عليها عندئذ.

٨/ أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق عند التعليق، بأن يكون بالغًا عاقلاً عند الجمهور، خلافًا للحنابلة كما سبق[٣٠].

والطلاق المعلق على شرط في الفقه[٣١]:

كأن يعلق طلاق زوجته على أمر مستقبل، ويوجد المعلق عليه، مثل: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو كلمت زيداً، أو إن قدم فلان من سفره، فأنت طالق، أو يقول لها كما في العرف الشائع اليوم: أنت طالق إن ذهبت لبيت أهلك، أو سافرت، أو ولدت أنثى، ثم يقع الفعل المعلق عليه، اختلف الفقهاء في وقوعه وذهبوا إلى ثلاثة أقوال.

القول الأول: قول جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن: الطلاق المعلق على شرط يقع متى وجد المعلق عليه، سواء أكان فعلاً لأحد الزوجين، أم كان أمراً سماوياً، وسواء أكان التعليق قسمياً: وهو الحث على فعل شيء أو تركه، أو تأكيداً لخبر، أم شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط.

القول الثاني: قول ابن حزم الظاهري: ذهب إلى أن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله لاتجوز، وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه،فلا يلزم اليمين بالطلاق(سواء بر أو حنث) فلا يقع به طلاق ولا طلاق إلا كما أمر الله عز وجل، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم.

القول الثالث: قول ابن تيمية وابن القيم قالوا: إن كان التعليق قسمياً أو على وجه اليمين ووجد المعلق عليه، لا

يقع الطلاق، ويجزيه عند ابن تيمية كفارة يمين إن حنث في يمينه، ولا كفارة عليه عند ابن القيم، وأما إن كان التعليق شرطياً أو على غير وجه اليمين، فيقع الطلاق عند حصول الشرط[٣٢].

أدلة الأقوال:

استدل اصحاب القول الأول بالكتاب والسنة والمعقول:

١/ **من الكتاب:** استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فهذه الآية لم تفرق بين أي نوع من أنواع الطلاق، سواء كان منجزاً أومعلقاً، ولم تقيد وقوعه بشيء، وإنما أطلقت اللفظ والمطلق يعمل به على إطلاقه، فيكون للزوج إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على وجه اليمين أو غيره.

٢/ **من السنة:** استدلوا بقوله صلّى الله عليه وسلم: (المسلمون عند شروطهم)[٣٣] وبما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر: (إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء)[٣٤]. ومنها: ماروي عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، أن امرأته سألته عن الساعة التي يستجيب الله عز وجل فيها للعبد المؤمن السؤال يوم الجمعة، فقال:(إنها بعد بزوغ الشمس-يشير إلى ذراع-فإن سألتني بعدها فأنت طالق)يعني يوم الجمعة[٣٥].

ومنها: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في رجل قال لامرأته: هي طالق إلى سنة، قال: يستمتع بها إلى سنة. وهذا الأثر في التعليق الشرطي، وكل ما سبق قبله في التعليق القسمي.

وعن الحسن البصري فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن لم أضرب غلامي فأبق الغلام (أي هرب)، قال: هي امرأته يستمتع بها،

ويتوارثان، حتى يفعل ما قال. فإن مات الغلام قبل أن يفعل ما قاله، فقد ذهبت منه امرأته.

وروى عن أبي الزناد عن فقهاء أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: أيما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت حتى الليل، فخرجت امرأته قبل الليل بغير علمه، طلقت امرأته.

فكل هذه الآثار تدل على وقوع الطلاق المعلق عند حدوث الشرط المعلق عليه.

٣/ **من المعقول:** قد تدعو الحاجة إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه، زجراً للمرأة، فإن خالفت كانت هي الجانية على نفسها. ويقاس الطلاق القسمي على المداينة إلى أجل والعتق إلى أجل[٣٦].

أدلة القول الثاني:

استدل الظاهرية على قولهم بأن تعليق الطلاق يمين، واليمين بغير الله تعالى لا تجوز، برهان ذلك قول الله عز وجل: ﴿ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم﴾ [المائدة: ٨٩]، ولقوله صلّى الله عليه وسلم:(من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله)[٣٧] ثم قالوا: ولا طلاق إلا ما أمر الله عز وجل، ولا يمين إلا كما أمر الله عز وجل على لسان رسول الله صلّى الله عليه وسلم، واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله تعالى يميناً، والله تعالى يقول: (ومن يتعدَّ حدود الله فقد ظلم نفسه)[٣٨] ولم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق[٣٩].

ورد هذا: بأن تسمية الطلاق المعلق يميناً إنما هو على سبيل المجاز، من حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى وهو الحث على الفعل، أو المنع منه، أو تأكيد الخبر، فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق. ثم إن السنة وردت بوقوع الطلاق المعلق.

أدلة القول الثالث:

استدل ابن تيمية وابن القيم :

١/ بأن الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحث على

الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، كان في معنى اليمين، فيكون داخلاً في أحكام اليمين في قوله تعالى:(قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم)[٤٠] وقوله سبحانه(ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم)[٤١] وإن لم تكن يميناً شرعية كانت لغواً[٤٢].

ورد عليهما بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعاً ولا لغة، وإنما هو يمين على سبيل المجاز، لمشابهة اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، فلا يكون له حكم اليمين الحقيقي، وهو الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، بل له حكم آخر، وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

٢/ أن حفصة وزينب وابن عمر رضي الله عنهم أفتوا ليلى بنت العجماء بأن تكفِّر عن يمينها حينما حلفت بالعتق فقالت: (هي يهودية، وهي نصرانية، وكل مملوك لها محرر، وكل مال لها هدي، إن لم يطلق مولاها أبو رافع امرأته، أو يفرق بينه وبينها)[٤٣] فيكون الحلف بالطلاق مثله وهو أولى.

ورد عليهما بأن الآثار المروية عن الصحابة في الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا؛ لأن رواتها من رجال الصحيح.

كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما (الطلاق عن وطر والعتق ما ابتغي به وجه الله)[٤٤] أي أن الطلاق إنما يقع ممن غرضه إيقاعه، لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره.

وأجيب بأن معنى الوطر ليس هو كما ذكرتم، بل معناه، لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز.

مما سبق أميل الى ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم من وقوع الطلاق المعلق على شرط متى ما وجد المشروط

تحوطاً لحرمة الأبضاع، خلافا لما أخذ به القانون السوداني في المادة ١٣٠/أ من قانون الأحوال الشخصية لسنة١٩٩١. ومن هنا أناشد المشرع السوداني الأخذ بقول الجمهور لكثرة وقوع الطلاق بهذه الصيغة في هذه الأزمنة متعللين بنية التهديد كمخرج من وقوع الطلاق تحوطاً كما ذكرت سابقاً، والله أعلم وهوحسبي ونعم الوكيل.

المطلب الثاني

حكم الطلاق المعلق على شرط في القانون

تناول المشرع السوداني حالات عدم وقوع الطلاق في المادة ١٣٠/أ من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة١٩٩١ ذاكراً هذه الحالات مقسماً إياها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهو المعني بالدراسة إلى أنه:

أ/ لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا بالنية.

تناول المشرع في هذا القسم الحديث عن الطلاق المعلق ذاكراً أنه واحداً من أنواع ثلاثة: هي إما منجز، أو معلق، أو مضاف إلى زمن مستقبل. وقد سبق تعريف نوعي الطلاق المنجز والمضاف عند الحديث عنهما في الفقه الإسلامي فلا حاجة للتكرار هنا. وسأتناول بالبحث الطلاق المعلق على شرط (أي معلق على فعل شيء أو تركه) فقط.

والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى. فالجملة الأولى هي جملة الجزاء، والجملة الثانية هي جملة الشرط، والمضمون هو ما تضمنته الجملة من المعنى، مثال ذلك قول الرجل لزوجته، إن دخلت تلك الدار فأنت طالق، فقد ربط حصول طلاقها، بحصول دخولها الدار، فجملة الشرط هي دخولها تلك الدار، وجملة الجزاء أنت طالق[٤٥].

وقد أورد المشرع النص عاماً في تعليق الطلاق على الفعل. ولم يشترط

كون الفعل حصل من الزوج أو من الزوجة، وبهذا لو علق الطلاق على فعله أو على فعلها، فلا يقع إلا بالنية. ولا يقيد على فعلها فقط لعموم النص. إلا أن هناك اختلاف بين تعليق الطلاق على فعلها، وتعليقه على فعل نفسه. ففي المثال الثاني لا يتصور التخويف، وعليه لو ادعى أنه علق طلاقها على فعله، قاصداً تخويفها، لا يصدق. لأنها لا يد لها في بعكس ما لو كان الفعل مسنداً إليها، كقوله لها إن دخلت دار فلان ، فأنت طالق. فينوّى. أي يسأل عن نيته، هل كان يقصد تخويفها، ومنعها من دخول دار فلان فقط، أم أنه لا يرغب في البقاء معها، إن دخلت دار فلان، ويقصد بالفعل طلاقها؟ ويحكم بناءً على نيته[٤٦].

مما سبق أرى وقوع الطلاق المعلق اذا وجد الشرط المعلق عليه، أي أن وجود الشرط كافٍ لإيقاع الطلاق المعلق، للأدلة التي سبق ذكرها عند تناولنا لحكم الطلاق المعلق على شرط في الفقه الإسلامي، ولقوله صلي الله عليه وسلم(المسلمون عند شروطهم) فيلزم الزوج الوفاء بالشرط لأنه كما يقول أهل اللغة، الشرط ما وُضع ليُلتزم، والله تعالى أعلم وهو يهدي السبيل.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الورى، أحمد الله الذى وفقني لإتمام هذا البحث، والذي قد توصلت لجملة من النتائج والتوصيات أوردها في الآتي:

أولاً: النتائج:

١/ إن الطلاق الصريح لا يشترط لوقوعه نية المطلق، والطلاق المعلق طلاق صريح.

٢/ إن النية عملها تعيين المبهم ، ولا إبهام في صريح اللفظ.

٣/ إن الشريعة الإسلامية جاءت لرعاية مصالح الناس بدفع

الحرج عنهم، وبالسؤال عن النية يقع الناس في أشد الحرج.

٤/ إن من قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم جنّ، إن طلاقه يقع عند الحنفية لأنهم يعتبرون الأهلية عند وجود التعليق.

٥/ إن جمهور الفقهاء يعتبرون الطلاق المعلق كالمنجز عند وجود الشرط.

ثانياً: التوصيات:

١/ أوصي الباحثين بمزيد من البحث حول مسائل الطلاق المعلق التي كثر التحايل عليها.

٢/ الحذر من الفتوى بغير علم في مسائل الطلاق المعلق على شرط.

٣/ عدم تلقين المستفتي الرد بتوجيه اسئلة إيحائية.

الهوامش

- أستاذ مشارك . كلية الشريعة، جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم - السودان.

١. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى، الزبيدي، المحقق مجموعة من المحققين، دار الهداية، ٥٨٨/١٠.

٢. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط٢ ، ب ت، ٣٠٢/١.

٣. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر عبدالقادر الحنفي الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط٥ ١٤٢٠ه/١٩٩٩م، ١٩٢/١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المكتبة العلمية، بيروت، ٣٧٦/٢.

٤. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر بيروت، ط٢ ١٤١٢ه/ ١٩٩٢م، ٢٢٦/٣.

٥. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين الزيلعي، ط١٣١٣،١ المطبعة الكبرى، الأميرية، بولاق، القاهرة، ٢٣١/٢.

٦. القوانين الفقهية، أبوالقاسم محمد بن أحمد بن عبدالله بن جزي الكلبي الغرناطي، ص ١٥٤.

٧. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، لسنة ١٩٩١.

٨. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى

٩. الإحكام في أصول الأحكام، أبي الحسن علي بن محمد الآمدي، علق عليه العلامة الشيخ عبدالرزاق عفيفي، ط١ ١٣٨٧ه الرياض، ط٢ ١٤٠٢ه، بيروت المكتب الإسلامي، ٣٥٢/٢.

١٠. الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر سوريا،ط٤، ٤١٩/٩.

١١. الإحكام شرح أصول الأحكام، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي، ط٢ ١٤٠٦ه ، ١٣٣/٤.

١٢. بدائع الصنائع، الكاساني، دار الكتب العلمية، ط٢ ١٤٠٦/١٩٨٦، ٩٩/٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد، القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ،دار الحديث القاهرة، ب د١٤٢٥/٢٠٠٤ج١٠١/٣ ١/٢.المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية،٧٧/٣.زاد المستقنع في اختصار المقنع،

موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، تحقيق عبدالرحمن بن علي بن محمد العسكر،دار الوطن للنشر، الرياض،١٨٢/١.

١٣. سنن أبي داوود، أبو داوود، كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حدا، تحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد، دار المكتبة العصرية ، صيدا، بيروت ج١٣٩/٤، حديث رقم(٤٣٩٨).

١٤. المغني، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي ،مكتبة القاهرة ب د ١٩٦٨/١٣٨٨ ج٣٨١/٧ .

١٥. بدائع الصنائع، الكاساني، ٩١/٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد،١/٢. المهذب، الشيرازي، ٧٧/٢.مغني المحتاج، النووي،٢٧٩/٣. المغني، ابن قدامة،٧٣/٧.

١٦. سنن ابن ماجة، ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، حديث رقم (٢٠٤٣) ج٦٥٩/١.

١٧. سنن ابن ماجة، ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العلمية، البابي الحلبي، حديث رقم(٢٠٣٩) ج٦٥٨/١. سنن أبو داوود، أبو داوود، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، تحقيق، محمد محي الدين عبدالحميد، دار المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، حديث رقم(٢١٩٤) ج٢٥٩/٢).

١٨. بدائع الصنائع، الكاساني، ج١٠٠/٣. صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، أبو مالك بن السيد سالم، مع تعليقات فقهية معاصرة، فضيلة الشيخ ناصرالدين الألباني، فضيلة الشيخ عبدالعزيز بن باز، فضيلة الشيخ محمد صالح العثيمين، المكتبة التوقيفية، القاهرة، مصر ، سنة النشر٢٠٠٢م، ٢٥٠/٣.

١٩. الأحوال الشخصية، الإمام أبو زهرة، ط٢،شوال ١٣٦٩/اغسطس١٩٥٠،دار الفكر العربي، ٢٩٧ وما بعدها.

٢٠. المرجع السابق، ص ٢٩٨.

٢١. الأحوال الشخصية للمسلمين، د. أحمد محمد عبدالمجيد، ط٣، ١٤٣٤ه-٢٠١٣م ، مطبعة السلطة القضائية الخرطوم، ج٢، ١٦٠.

٢٢. الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، د. عبدالناصر توفيق العطار،١٤٢٩/٢٠٠٠ المكتبة الأزهرية للتراث،ج٢ ص١٦١. الأحوال الشخصية، الإمام أبو زهرة ، دار الفكر العربي، ط٢شوال١٣٦٩/ اغسطس١٩٠ ص٢٩٧. الأحوال الشخصية للمسلمين، د.أحمد محمد عبدالمجيد، ١٥٩/٢. مرجع سابق.

٢٣. موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهم بن عبدالله التويجري، ط١٤٣٠/ ٢٠٠٩ ،بيت الأفكار الدولية، ج٤ ص١٩٦.

٢٤. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ط١ ١٣١٣ه، المطبعة الكبرى، الأميرية بولاق القاهرة، ج٢ ص٢٣١.

٢٥. موسوعة الفقه الاسلامي، للتويجري، ١٩٦/٤ مرجع سابق

٢٦. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ٦٩٦٦/٩.

٢٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط١ ،٢/٤.

٢٨. فقه السنة، سيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣ ١٣٩٧ه/١٩٧٧م ،٢٦٠/٢.

٢٩. الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريا،ط٤،ج٤١٩/٩.

٣٠. الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، ٢٣٣/٣.

٣١. البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، دار طوق النجاة، ط١ ١٤٢٢ه ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ٩٢/٣.

٣٢. صحيح البخاري، البخاري، كتاب الطلاق، باب في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما، والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، دار طوق النجاة، ط١ ١٤٢٢ تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر،ج٤٥/٧.

٣٣. الطبراني، في الدعاء، باب من قال: هي فيما بين جلوس الإمام على المنبر إلى أن ينصرف من مصلاه، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط١ ١٤١٣ ٧٢/١ حديث رقم(١٨٣).

٣٤. مرجع سابق.
٣٥. مرجع سابق.
٣٦. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر بيروت، ب د، ب ت،ج٩/٤٧٦.
٣٧. الفتاوى الكبرى، احمد بن عبد الحليم بن تيمية، دار المعرفة بيروت، ط١ ١٣٨٦ه، تحقيق حسنين محمد مخلوف، ٣/٢٣٣.
٣٨. سنن البيهقي، كتاب الأيمان، باب من جعل شيئا من ماله صدقة، أو في سبيل الله أو في رتاج الكعبة على معاني الإيمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣ ١٤٢٤ ٢٠٠٣ م تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، ١١٣/١٠، حديث رقم(٢٠٠٤٤).
٣٩. صحيح البخاري، البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره، والسكران والمجنون وأمرهما، دار طوق النجاة، ط١ ١٤٢٢ه تحقيق محمد زهير بن ناصر،٧/٤٥.
٤٠. الأحوال الشخصية للمسلمين، د. أحمد محمد عبدالمجيد، ط٣ ١٤٣٤ه-٢٠١٣م ص
٤١. المرجع السابق، ص ١٤١.

المصادر والمراجع

١/ القرآن الكريم.

٢/ المغني، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي ،مكتبة القاهرة ب د ١٣٨٨/١٩٦٨.

٣/ الإحكام شرح أصول الأحكام، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي، ط٢ ١٤٠٦هـ.

٤/ الإحكام في أصول الأحكام، أبي الحسن علي بن محمد الآمدي، علق عليه العلامة الشيخ عبدالرزاق عفيفي، ط١ ١٣٨٧ه الرياض، ط٢ ١٤٠٢ه، بيروت المكتب الإسلامي

٥/ الأحوال الشخصية للمسلمين، د. أحمد محمد عبدالمجيد، ط٣، ١٤٣٤ه-٢٠١٣م ، مطبعة السلطة القضائية الخرطوم.

٦/ الأحوال الشخصية، الإمام أبو زهرة، ط٢،شوال ١٣٦٩/ اغسطس١٩٥٠،دار الفكر العربي.

٧/ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريا، ط٤.

٨/ القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن عبدالله بن جزي الكلبي الغرناطي، ص ١٥٤.

٩/ المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر بيروت، ب د، ب ت،

١٠/ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المكتبة العلمية، بيروت، ٣٧٦/٢.

١١/ المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية،٧٧/٣.

١٢/ الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت،ط١٤٠٤،٢-١٤٢٧ه، دار السلاسل، الكويت.

١٣/ الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، د. عبدالناصر توفيق العطار،١٤٢٩/٢٠٠٠ المكتبة الأزهرية للتراث.

١٤/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد، القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ،دار الحديث القاهرة، ب د١٤٢٥/٢٠٠٤ج١٠١/٣ .١/٢.

١٥/ بدائع الصنائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية،ط٢ ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

١٦/ تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى،

الزبيدي، المحقق محموعة من المحققين، دار الهداية، ٥٨٨/٢٠.

١٧/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخرالدين الزيلعي، وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق القاهرة، ط١، ١٣١٣.

١٨/ زاد المستقنع في اختصار المقنع، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، تحقيق عبدالرحمن بن علي بن محمد العسكر،دار الوطن للنشر، الرياض،١٨٢/١.

١٩/ سنن ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، تحقيق، محمد فؤاد عبدالباقي.

٢٠/ سنن البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣ ١٤٢٤ ٢٠٠٣ م تحقيق: محمد عبدالقادر عطا.

٢١/ سنن الدارقطني، الدارقطني، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط١ ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤ م.

٢٢/ صحيح البخاري، محمد بن اسماعيل البخاري، دار طوق النجاة، ط١ ١٤٢٢ تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر

٢٣/ صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، أبو مالك بن السيد سالم، مع تعليقات فقهية معاصرة، فضيلة الشيخ ناصرالدين الألباني، فضيلة الشيخ عبدالعزيز بن باز، فضيلة الشيخ محمد صالح العثيمين، المكتبة التوقيفية، القاهرة، مصر ،

سنة النشر٢٠٠٢م،

٢٤/ فقه السنة، سيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣ ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م

٢٥/ مختار الصحاح، زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر عبدالقادر الحنفي الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط٥ ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ١/١٩٢.

٢٦/ موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهم بن عبدالله التويجري، ط١٤٣٠/ ٢٠٠٩، بيت الأفكار الدولية، ج٤ ص ١٩٦.

الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل في القانون السوداني والاتفاقات الدولية

د. صديق علي العجب الجمالي

مستخلص

تناول البحث موضوع الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل في القانون السوداني والإتفاقات الدولية. هدف البحث إلى بيان مفهوم الطفل لغة واصطلاحاً كذلك إيضاح مفهوم الحماية لغة واصطلاحاً ثم ايضاح الأجهزة الرئيسية لحماية الطفل و معرفة الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل. وتتمثل أهمية البحث في إعتبار الطفل نواة المستقبل لذلك أولت التشريعات المختلفة حماية خاصة للأطفال فكان لا بد من الوقوف على أوجه هذه الحماية، كما تتمثل أيضا في تعدد الإتفاقيات الدولية والمواثيق التي تولت حماية حقوق الأطفال لا سيما من الناحية الإجرائية والموضوعية وإزالة الإلتباس حول بعض تلك الاتفاقيات وإعطاء نظرة عامة حول كيفية الإجراءات في محاكمات الأطفال. ومشكلة البحث تتمثل في ماهية الحماية الإجرائية والموضوعية التي أقرها المشرع السوداني والاتفاقيات الدولية للطفل. وقد إتبع الباحث في هذا البحث المنهج الإستقرائي والوصفي والتحليلي. وقد توصل البحث لعدد من النتائج أهمها: وجود قانون خاص بالطفل فكرة إيجابية في حد ذاتها كما أن قانون الطفل له طابع إجتماعي أكثر منه ردعي أيضا رغم ما للحماية اليوم من أهمية إلا أن ذلك لم يمنع من إنتهاك حقوق الطفل سواء الإجرائية أو الموضوعية. وتشمل التوصيات: ضرورة تفعيل المواثيق والإعلانات الدولية والتشريعات الوطنية للحماية الجنائية للأطفال كما نوصي بحماية إجرائية خاصة تتفق مع ضعف القدرات الجسمانية والعقلية للطفل، وضرورة أن تكون مسؤولية الحماية الإجرائية أو الموضوعية للطفل مشتركة بين الأجهزة العدلية الوطنية والدولية.

Abstract:

The research dealt with the issue of procedural and objective protection of children in Sudanese law and international agreements. The aim of the research is to clarify the concept of the child`s terminology as well as to clarify the concept of protection terminology, and then to clarify the main organs of child protection and to know the procedural and objective protection of the child. The importance of research is that the child is considered the nucleus of the future, so the various legislations gave special protection to children, so it was necessary to identify these protections, as well as to the multiplicity of international conventions and charters that protected the rights of children, particularly procedurally and objectively, removing confusion about some of those conventions and giving an overview of how to proceeding in children`s trials. The problem of the research is: what procedural and objective protection has been approved by the Sudanese legislator and international conventions on children. In this research, the researcher followed the inductive, descriptive and analytical approach. The research has reached a number of conclusions, the most important of which is: the existence of a child law is a positive idea in itself and the Children`s Law has a social rather than a deterrent character, although protection today is important, but this has not prevented the violation of the rights of the child, whether procedural or objective. The recommendations include: the need to activate international conventions and declarations and national legislation for criminal protection of children, and we recommend special procedural protection consistent with the poor physical and mental capacities of the child, and the need for the responsibility for procedural or substantive protection of the child to be shared by national and international justice bodies.

مقدمة

أولت المجتمعات البشرية ومنذ عصورها القديمة الطفل إهتماماً وخصته بالرعاية، بإعتباره أهم الشرائح المكونة للمجتمع الإنساني، فمن خلاله تشرق شمس الغد وتمتد رحلة الأجيال في تواتر الإتصال والتواصل، لكونه أكثر فئات المجتمع ضعفاً وعجزاً حتى على وقاية نفسه من الأخطار التي تنتاشه، وبالتالي فهو الأكثر حاجة للرعاية والحماية القانونية في آن واحد.

أسباب إختيار البحث:

تتمثل الأسباب في الآتي:

١. الطفل أكثر حاجة للحماية القانونية.
٢. الطفل اللبنة الأولى التي يتكون منها المجتمع.
٣. تناغم الحماية الدولية والمحلية للطفل.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

١. بيان مفهوم الطفل لغة واصطلاحاً.
٢. إيضاح مفهوم الحماية لغة اصطلاحاً.
٣. ايضاح الأجهزة الرئيسية لحماية الطفل.
٤. معرفة الحماية الإجرائية والموضوعية للطفل.
٥. تحصيل الفائدة العلمية المرجوة من البحث.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في الآتي:

١. يعتبر الطفل نواة المستقبل لذلك أولت التشريعات المختلفة حماية خاصة للأطفال فكان لا بد من الوقوف على أوجه هذه الحماية.
٢. تعدد الإتفاقيات الدولية والمواثيق التي تولت حماية حقوق الأطفال لا سيما من الناحية الإجرائية والموضوعية وإزالة الإلتباس حول بعض تلك الاتفاقيات.
٣. يعطي البحث نظرة عامة حول كيفية الإجراءات في محاكمات الأطفال.

٤. إثراء البحث بالمفاهيم القانونية والإتفاقات الدولية الخاصة بالطفل.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

١. ما مفهوم الحماية الإجرائية والموضوعية في القانون والإتفاقات الدولية.

٢. ما الحماية الإجرائية للطفل في مرحلة التحري والمحاكمة والتنفيذ.

٣. ما الحماية الموضوعية للطفل في الإتفاقات الدولية.

٤. ماهي مظاهر الحماية الموضوعية للطفل في المجتمع.

٥. ما السياسة الجنائية التجريمية للطفل.

منهج البحث:

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الإستقرائي والوصفي والتحليلي ذلك المنهج الذي يقوم على جمع الأفكار والمادة العلمية وتحليلها والوقوف على أحكامها وتحليل الأقوال المتضاربة لإستنتاج حقيقة علمية مبرهنة مبنية على أساس معيار البحث العلمي المتعارف عليه.

حدود البحث:

الموضوعية: القانون السوداني والإتفاقيات الدولية ذات الصلة.

هيكل البحث:

المبحث الأول: **مفهوم الحماية والطفل فى اللغة والإصطلاح الفقهي والقانوني.**

المطلب الأول: **تعريف الحماية فى اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني.**

الفرع الأول: **تعريف الحماية في اللغة.**

الفرع الثاني: **تعريف الحماية في الإصطلاح الفقهي.**

الفرع الثالث: **تعريف الحماية في الإصطلاح القانوني.**

الفرع الرابع: **حماية الطفل في الإتفاقيات الدولية.**

المطلب الثاني: **تعريف الطفل فى اللغة والإصطلاح الفقهي والقانوني.**

الفرع الأول: **تعريف الطفل في اللغة.**

الفرع الثاني: **تعريف الطفل في الإصطلاح الفقهي.**

الفرع الثالث: **تعريف الطفل في الإصطلاح القانوني.**

المبحث الثاني: **الحماية الإجرائية للطفل.**

المطلب الأول: **الحماية الإجرائية في مرحلة التحري.**

الفرع الأول: **دور شرطة الطفل في مرحلة التحري.**

الفرع الثاني: **دور نيابة الطفل في مرحلة التحري.**

المطلب الثاني: **الحماية الإجرائية في مرحلة المحاكمة.**

المطلب الثالث:**الحماية الإجرائية في مرحلة التنفيذ.**

الفرع الأول: **الإشراف القضائي على التنفيذ.**

الفرع الثاني: **إعادة النظر في التدبير.**

الفرع الثالث: **أماكن تنفيذ التدابير.**

المبحث الثالث: **الحماية الموضوعية للطفل.**

المطلب الأول: **الإتفاقيات الدولية التي قررت الحماية الموضوعية للطفل.**

المطلب الثاني: **حقوق الطفل المحمية بصفة عامة.**

المطلب الثالث: **الحقوق المحمية للطفل.**

المطلب الرابع: **مظاهر الحماية الموضوعية للطفل.**

الفرع الأول: **رفع الحد الأدنى لسن المسؤولية الجنائية.**

الفرع الثاني: **التمييز بين الطفل الجانح والمعرض لخطر الجنوح.**

الفرع الثالث: **حظر العقوبات الجنائية على الطفل.**

خاتمة: وتشتمل علي نتائج وتوصيات.

المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم الحماية و الطفل فى اللغة والإصطلاح الفقهي والقانوني

المطلب الأول

تعريف الحماية فى اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني.

الفرع الأول

تعريف الحماية في اللغة

هي الرعاية والحفظ والاهتمام والمنع والاتقاء. ويقال حماه حماية، وحامى عليه، وهو يحمي أنفه وعرضه محمية ومحمية، وهو حميٌّ الأنف، وله أنف حميٌّ. وحميت المكان: منعته أن يقرب، فإذا امتنع وعزّ، قلت أحميته أي صيرته حمًى: فلا يكون الإحماء إلا بعد الحماية، ولفلان حمًى لا يقرب. واحتمى الرجل من كذا: اتقاه. ومن المجاز: حميته أن يفعل كذا إذا منعته، وحميَ عليه إذا غضب، ولا تكلمه في حميّا غضبه، وإنه لشديد الحميّا إذا كان عزيز النفس أبياً[1].

وفي مختار الصحاح: وردت الحماية بمعنى الدفاع، "(حَمَاهُ) يَحْمِيهِ (حِمَايَةً) دَفَعَ عَنْهُ وَهَذَا شَيْءٌ (حِمًى) أَيْ مَحْظُورٌ لَا يُقْرَبُ. وَ(أَحْمَيْتُ) الْمَكَانَ جَعَلْتُهُ حِمًى. وَ (الْحَامِي) الْفَحْلُ مِنَ الْإِبِلِ الَّذِي طَالَ مُكْثُهُ عِنْدَهُمْ. وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]، قَالَ الْفَرَّاءُ: إِذَا لَقِحَ وَلَدُ وَلَدِه فَقَدْ حَمَى ظَهْرَهُ فَلَا يُرْكَبُ وَلَا يُجَزُّ لَهُ وَبَرٌ وَلَا يُمْنَعُ مِنْ مَرْعًى. وَفُلَانٌ (حَامِي الْحَقِيقَةِ)[2].

الفرع الثاني

تعريف الحماية في الإصطلاح الفقهي

لقد كرم الله الانسان وسخر له ماشاء من هذا الكون الفسيح كما فضل علي كثير من الخلائق باعطائه عقلا يفكر فيه ،كما فضله علي القيام دون الحيوانات التي تمشي علي اربع ،كما سخر له كثير من الحيوانات حيث يستفيد الانسان من منافعهم من ماكل ومشرب ومركب، والعقل هو

مناط التكليف وعليه اصبح الانسان مكلفا بما يطيقه اي يقدر عليه لان الله تبارك وتعالي عالم باحوال من خلقهم ﴿ألا يعلمُ من خَلق وهو اللّطيف الخبيرُ﴾ [الملك: ١٤]، يقول تبارك وتعالي في محكم كتابه الكريم واصفا ومثبتا كرامة الانسان وموضعهم ن بقية الخلائق ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ [الإسراء: ٧٠].

فالحماية في القران الكريم بمعنى حماية الطفل من النار، والتعليم والتأديب، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ [التحريم: ٦].

القول في تأويل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ [التحريم: ٦]، يقول تعالى ذكره: يا أيها الذين صدقوا الله ورسوله (قُوا أَنْفُسَكُمْ) يقول: علموا بعضكم بعضا ما تقون به من تعلمونه النار، وتدفعونها عنه إذا عمل به من طاعة الله، واعملوا بطاعة الله. وقوله: (وَأَهْلِيكُمْ نَارًا) يقول: وعلموا أهليكم من العمل بطاعة الله ما يقون به. أنفسهم من النار. وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل، عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه في قوله: (قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ) قال: علّموهم، وأدّبوهم[٣]. وفي تأويل (قوا أنفسكم وأنفسكم وأهليكم نارا) ثلاثة أوجه: أحدها: معناه قوا أنفسكم ، وأهلوكم فليقوا أنفسهم ناراً، قاله الضحاك. الثاني: قوا أنفسكم ومروا أهليكم بالذكر والدعاء حتى يقيكم اللَّه بهم، رواه ابن أبي طلحة عن ابن عباس. الثالث: قوا أنفسكم بأفعالكم، وقوا أهليكم بوصيتكم ، قاله علي وقتادة ومجاهد. وفي الوصية التي تقيهم النار ثلاثة

أقاويل: أحدها: يأمرهم بطاعة اللَّه وينهاهم عن معصيته، قاله قتادة. الثاني: يعلمهم فروضهم ويؤدبهم في دنياهم ، قاله علي. الثالث: يعلمهم الخير ويأمرهم به ، ويبين لهم الشر ، وينهاهم عنه. قال مقاتل: حق ذلك عليه في نفسه وولده وعبيده وإمائه[٤].

ومن هنا يتضح أن الحماية بمثابة التأديب والتعليم والإرشاد بالنسبة للشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث

تعريف الحماية في الإصطلاح القانوني

تحظى كلمة الحماية بتعريفات لغوية واصطلاحية عديدة إلا أنها تشترك في مركزية"الإنسان أفرادا أو جماعات"من علاقة أو فعل الحماية. وأيضا، تشترك في طبيعة الفعل كفعل استباقي أو وقائي لوقوع الضرر على حياة الفرد أو جسده أو كرامته. ففي المعجم الوسيط (احتمى من الحرب) أي حميت نفسه، والمريض حمية أي منعه عما يضره من الطعام أو الشراب. بلغة أخرى عني المثالان السابقان الحماية كضمان لحياة الفرد وسلامة جسده. وفيما يخص معنى الحماية كضمان لكرامة الفرد، جاء في معجم الرائد (الحمي) أي الذي لا يحتمل الضيم وترفع وتنزه عن فعله.

وعند النظر إلى كلمة الحماية اصطلاحاً في القوانين، تعني كلمة (Protection) في القانون الإنكليزي"أمر الحماية من الدعوى"وهو أمر يصدره الملك يختص فيه أحد رعاياه إذا كان مكلفاً بخدمته خارج البلاد بالحصانة من جميع الدعاوى الحقوقية وعدد كبير من الدعاوى العقارية مدة عام واحد.

في الأمثلة السابقة نرى أن التعريف قد وصف المواطنين بالرعايا، كما اقتصر مفهوم الحماية على تنظيم علاقة الرعايا بالدولة وبالقانون بفضل الحقوق التي تمنحها الدولة لرعاياها بسبب انتمائهم إليها، أي بسبب جنسيتهم. أي أن للفرد حقوقاً

معينة كونه يتمتع بجنسية دولة ما. وظل الأفراد في أوروبا يتمتعون بحقوق "الجنسية" ويوصفون بالرعايا على الرغم من تطور مفهوم الدولة من دولة العقد الإلهي مطلقة الصلاحيات إلى دولة العقد الاجتماعي الأكثر تحديداً للصلاحيات نوعاً ما، كون تلك الحقوق اقتصرت على الحقوق المدنية وهي الحقوق التي تنظم علاقة الفرد أمام القانون وليس علاقة الفرد أمام الدولة ككل. فلم يكن من حق الفرد المشاركة السياسية أو الانتقاد للسلطة المطلقة للدولة في الحكم أو المشاركة في إدارة وتطوير برامج الدولة، قوانينها، أو التمتع بالمساواة، إلى أن ظهر مفهوم "المواطن"[٥]، تمتع الفرد المواطن بحقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية بغض النظر عن اللون أو الجنس أو الدين أو المركز الاجتماعي وإن كان رجلا أم امرأة. ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (١٩٤٨) ليضع الفرد في مكانة متميزة عن مكانة الدولة. وكان هدف الإعلان هو حماية الإنسان أو الفرد من كل أنواع السلطة سواء كانت هذه السلطة بيد الدولة أو تنتجها أطراف أخرى كالثقافات التمييزية أو البني الاجتماعية التراتبية. وجاء العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لينظمان علاقة الفرد بالدولة في اتجاهين: عمودي، وهي الحقوق التي تتصف بالمطالبة والاحتجاج كالحقوق المدنية والسياسية، وأفقي، وهي حقوق الأفراد والجماعات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تتطلب من الدولة توفيرها[٦].

الفرع الرابع

حماية الطفل في الإتفاقيات الدولية

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إتفاقية حقوق الطفل (convention on the rights of the child) الذي أعدت مشروعها لجنة حقوق الإنسان،

ودخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في ١٩٩٠/٩/٢م ، بتصديق عشرون دولة عليها، وفي ١٩٩٧/١/٢٤م، بلغ عدد الدول التي صادقت على الإتفاقية١٨٩ دولة.

والإتفاقية تشكل الإطار القانوني العالمي الذي يهدف إلى توفير حماية مصلحة الطفل الفضلى مهما كانت الظروف، وذلك بإتخاذ الإجراءات المناسبة لضمان تنميته بشكل صحي وطبيعي على الصعيد الجسمي والخلقي والعقليو الروحي والإجتماعي دون أي تمييز، وفي إطار إحترام الحرية والكرامة.

وبالرجوع لمحتوى هذه الإتفاقية يمكننا تعريف الطفل بناء على ما جاء في المادة الأولى (يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه) ، وعليه حتى يكون الشخص طفلاً يجب أولاً أن يكون غير بالغ سن الثامنة عشر، وألا يكون القنون الوطني يحدد سناً للرشد أقل من ذلك [٧].

وما يلاحظه الباحث على هذا التعريف أنه أخذ فيه الإتجاه الذي يميل إلى رفع سن الطفولة إلى الحد الأقصى ، بما أن الإتفاقية أوضحت في ديباجتها وجوب مراعاة تقاليد الشعوب وقيمها الثقافية لحماية الطفل، لذلك فقد جعلت الحد الأقصى لسن من يعتبر طفلاً بما ينص عليه التشريع الوطني لأي دولة طرفاً بهذا الخصوص ، فلو إفترضنا أن سن الطفولة في قانون دولة ينتهي قبل تلك السن المحددة في الإتفاقية فإن الإعتبار يكون طبقاً لقانون تلك الدولة، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الإتفاقية ، وفي غير هذه الحالة لا يجوز لأي دولة لم تحدد سن الرشد قبل التوقيع على الإتفاقية أن تحدد سناً أقل مما هو منصوص في الإتفاقية بعد ذلك، وإلا أعتبر إنتهاكاً للإتفاقية.

المطلب الثاني

تعريف الطفل فى اللغة والإصطلاح الفقهي والقانوني

الفرع الأول

تعريف الطفل في اللغة

المولودُ. وولدُ كلِّ وحشيَّةٍ أيضاً طِفْلٌ، والجمع أَطْفالٌ. وقد يكون الطِفْلُ واحداً وجمعاً، مثل الجُنُب. قال تعالى: ﴿أو الطِفْلِ الذين لَمْ يَظْهَروا﴾. يقال منه: أَطْفَلَتِ المرأةُ. والمُطْفِلُ: الظبيةُ معها طِفْلُها وهي قريبة عهدٍ بالنَتاج، وكذلك الناقة. والجمع مَطافِل ومطافيل.(٨)

ومن معاني كلمة"الطفل"في اللغة، الشيئ اللين والرخو من كل شيئ. وقد ورد في تاج العروس:"الطَّفْلُ: الرَّخْصُ النَّاعمُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ، يُقالُ: بَنانٌ طَفْلٌ، وإنَّما جَازَ أَنْ يُوصَفَ البَنانُ وَهُوَ جَمْعٌ، بالطَّفْلِ وَهُوَ واحِدٌ، لأَنَّ كُلَّ جَمْعٍ ليسَ بَيْنَهُ وبَيْنَ واحِده إلاَّ الْهاءُ، فَإِنَّهُ يُوَحَّدُ ويُذَكَّرُ، ونقلَ الأَزْهَرِيُّ عَن أبي الهَيْثَم، قالَ: الصَّبِيُّ يُدْعَى طِفْلاً حينَ يَسْقُطُ مِنْ بَطْنِ أُمِّه، إلى أَنْ يَحْتَلِمَ، وقالَ المُناوِي: ويَبْقَى هَذَا الاسْمُ لَهُ حَتَّى يُمَيِّزَ، ثمَّ لَا يُقالُ لَهُ بَعْدَ ذلكَ طِفْلٌ، بل صَبِيٌّ. وَهَذَا مُنازَعٌ بِما قالَهُ أَبُو الهَيْثَمِ: إِلَى أَن يَحْتَلِمَ، فتَأَمَّلْ.(٩)

ومِنَ المَجاز: الطِّفْلُ: الْحَاجَةُ الصَّغيرَةُ، يُقالُ: هُوَ يَسْعَى لي في أَطْفالِ الحَوائِجِ، أَي صِغارِها، كَمَا في الأَساس. والطِّفْلُ أَيْضا: اللَّيْلُ، يُقالُ: الطِّفْلُ أَيْضا: الشَّمْسُ قُرْبَ الْغُرُوب، ومِنَ المَجاز: الطِّفلُ: سَقْطُ النَّارِ، كَما في المُحْكَم، أَو الجَمْرَةُ، كَمَا في الأَساس، يُقالُ: لَفَفْتُ في الخِرْقَةِ طِفْلَ النّارِ، وَفي التَّهذيب: يُقالُ لِلنَّارِ ساعَةَ تُقْدَحُ طِفْلٌ وطِفْلَةٌ، والجمعُ أَطْفالٌ، وَمِنْه:) تَطايرَتْ أَطْفالُ النَّارِ أَي شَرَرُها،(١٠).

وقد جاء في المعجم الوسيط،"(الطِّفْل) الرُّخص الناعم الرَّقيق وَهِي طفلة وَيُقَال امْرَأَة طفلة الأنامل ناعمتها وطين أصفر يتجمد على هَيْئَة رقائق

بتأثير ضغط مَا فَوْقه من صخور وتصبغ بِهِ الثِّيَاب (مو) (ج) طفول وطفال، (الطِّفْل) الْمَوْلُود مَا دَامَ نَاعمًا رخصا وَالْولد حَتَّى الْبلُوغ وَهُوَ للمفرد الْمُذكر[11].

ومما سبق يستنتج الباحث أنَّ المعنى اللغوي للطفل يتلخص فيما ياتي:

- المولود من الإنسان والوحوش.
- الرخص الناعم من كل شيء.
- الليل.
- الحاجة الصغيرة.
- الشمس قرب الغروب.
- سقط النار.

الفرع الثاني

تعريف الطفل في الإصطلاح الفقهي

بالنسبة لفقه الحنفية الطفل ما كَانَ صَغِيرًا لَمْ يَظْهَرْ عَلَى عَوْرَات النِّسَاء وَلَا يَعْرِفُ الْعَوْرَةَ مِنْ غَيْرِ الْعَوْرَةِ فَلَا بَأْسَ لَهُنَّ مِنْ إِبْدَاء الزِّينَة لَهُمْ لقَوْله جَلَّ وَعَلَا ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١]، مُسْتَثْنَى مِنْ قَوْله عَزَّ شَأْنُهُ ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ [النور: ٣١]، إِلَّا لِمَنْ ذُكِرَ وَالطِّفْلُ فِي اللُّغَة الصَّبِيُّ مَا بَيْنَ أَنْ يُولَدَ إِلَى أَنْ يَحْتَلِمَ وَأَمَّا الَّذِي يَعْرِفُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ الْعَوْرَة وَغَيْرِهَا وَقَرُبَ مِنْ الْحُلُم فَلَا يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُبْدِي زِينَتَهَا لَهُ أَلَا تَرَى أَنَّ مِثْلَ هَذَا الصَّبِيِّ أُمِرَ بِالاسْتِئْذَانِ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ[12] بِقَوْلِه تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾ [النور: ٥٨].

وحد الطفل خمس عشرة سنة، كما قال بعض الفقهاء وقال برهان الدين: "ولا بأس بدخول الصبي على النسوان ما لم يبلغ حد الحلم، وذلك خمس عشر سنة؛ لأنه لا يحتلم"[13].

وفي حد الطفل ومسألة البلوغ اختلف الفقهاء:

قال أبو حنيفة: مدة البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة، وفي الجارية سبع عشرة سنة.

وقال أبو يوسف، ومحمد: في الغلام والجارية خمس عشرة سنة.

وبه قال الشافعي، فأمر الإماء بالاستئذان في كل حال، ومن لم يحتلم بالاستئذان في وقت مخصوص، دل على أن الاحتلام هو حد البلوغ[١٤].

ومما سبق أن حد الطفولة ينتهي عند البلوغ إما بالسن أو بالعلامات.

وفي السطور الآتية تركيز على بعض ما يتعلق بالبلوغ.

علامات بلوغ الذكر:

المراد بالبلوغ وصولُ الصبي إلى مرحلة معينة من الكمال البدني أو وصوله إلى سنّ معيّن، بحيث يكون مكلّفاً بالأحكام الإلزامية ويعاقب على تركها وتكون معاملاته الاقتصادية والتجارية صحيحة، ولا تحتاج إلى إجازة أحد أو إذنه، كما يؤاخذ بالحدود وتؤخذ له.

علامات البلوغ عند أهل السنّة:

قالت الحنفية: يُعرف بلوغ الذكر بالاحتلام وإنزال المني، فإذا لم يتحقق شيء من ذلك فبالسنّ وهو خمس عشرة سنة، وقال أبو حنيفة: لابدّ أن يتم ثماني عشرة سنة.

وقالت المالكية: يتحقّق البلوغ بإنزال المني في اليقظة أو في الحلم وإنبات شعر العانة الخشن، وبنتن الإبط، وبفرق أرنبة الأنف وبغلظة الصوت وبالسنّ، وهو أن يتم ثماني عشرة سنة، وقيل: بل بمجرّد دخوله فيها، وقالت الشافعية: يعرف بلوغ الذكر بالإمناء وبإتمام خمس عشرة سنة، وأما الحنابلة، فقالوا: يعرف بإنزال المني مطلقاً وبإنبات شعر العانة الخشن وبإتمام خمس عشرة سنة[١٥].

والذي يبدو للباحث هو: أنّ البلوغ يتحقّق بالاحتلام وإنزال المني فهو مما اتفقت عليه المذاهب الإسلامية كلّها.

و دليل من قال بتحقق البلوغ بإتمام خمس عشرة سنة فهو ما رواه نافع عن ابن عمر أنّ رسول الله عرضه يوم أُحُد، وهو ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازني، قال نافع: فقدمت على عمر

بن عبدالعزيز- وهو خليفة- فحدّثته هذا الحديث فقال: إنّ هذا لحدٌّ بين الصغير والكبير، وكتب إلى عمّاله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة سنة[١٦].

الفرع الثالث

تعريف الطفل في الإصطلاح القانوني

وفقا لما ورد في نص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام١٩٨٩، ورد تعريف الطفل كما يلي: "هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من العمر، ما لم يبلغ سن الرشد قبلا"، بموجب القانون الطبق عليه فهذه المادة في الحقيقة حددت معيارين للحكم على مفهوم الطفل:

١- الأول أن الطفل كل من لم يبلغ ١٨ عاما وفقا للقانون الدولي.
٢- الثاني أن الطفل من لم يبلغ سن الرشد وفق القوانين الداخلية[١٧].

المبحث الثاني

الحماية الإجرائية للطفل

تتجلى أول مظاهر الحماية الإجرائية للطفل في إنشاء نظام قانوني جنائي متكامل خاص به، وإفراد ثلاثة أجهزة جنائية له: شرطة، نيابة، محكمة، بما يُنبئ عن توفر أكبر قدر من الحماية طوال فترة الإجراءات القانوني من: تحري، محاكمة، تنفيذ.

المطلب الأول

الحماية الإجرائية في مرحلة التحري

تُعتبر مرحلة التحري من أهم المراحل التي تؤثرفي الطفل ، فالأحكام التي نص عليها القانون في مرحلة تهدف إلى توفير أكبر قدر ممكن من الحماية و الرعاية للطفل، وإنزال هذه الأحكام من إطار النصوص المجردة إلى إطار الواقع لا يتم إلا على أيدي العاملون بإجهزة الضبط القضائي الموكل إليهم مباشرة التحري بإعتبار أن ما يتم في مرحلة التحري يؤثر تأثيراً مباشراً

في نفسية الطفل، وقد يحدث التأثير أثراً إيجابياً أو سلبياً، غير أن تلك الإيجابية أو السلبية تتوقف على مدى إدراك المتعاملون مع الطفل لأبعاد مهمتهم وواجباتهم ، ولعل هذا هو علة مقصد الشرع حين أوجب توخي الدقة في إختيار العاملين بالأجهزة الجنائية الخاصة بالطفل وإعدادهم إعداد خاصاً وتأهيلهم بما يُمكنهم من أداء أدوارهم المناطة بهم والقيام بتلقي البحوث والإحصائيات عن حالات الجنوح والإنهاكات للأطفال ورفعها لجهات الإختصاص مع التوصية [١٨].

الفرع الأول

دور شرطة الطفل في مرحلة التحري

نص قانون الطفل على إنشاء شرطة خاصة بالطفل ثم حدد لها ما يليها من إختصاصات ، لأن إختصاصات شرطة الطفل لا تقتصر على مباشرة التحريات فقط وإنما تمتد للقيام بواجبات أخرى لا تقل من حيث الأهمية من التحري، وهي ذات طبيعة أمنية وجنائية ووقائية بالإضافة إلى الإختصاصات الفنية [١٩].

سأتناول هذه الإختصاصات بشئ من التفصيل:

أولاً: الإختصاصات الأمنية:

تشمل هذه الإختصاصات عدة مهام منها إثبات الحقائق المتعلقة بالجرائم التي اقترفها الطفل أو الشكاوى المقدمة ضده، والقبض عليه وفقاً للقواعد المنصوص عليها والمُنظِمة لعملية القبض، وما يليها من إجراءات الحبس و ضوابطه المُحدَدة في القانون و المتمثلة في فصله عن كبار السن وإداعه دار الإنتظار وكذلك إجراء البحوث الإجتماعية ومن ثم إحالة الطفل إلى النيابة أو المحكمة حسب الحال.

وبصفة عامة يمكن القول أن هذه الإختصاصات تطبيق عملي وتنفيذ لأحكام قانون الطفل واللوائح والقرارات التي تستهدف غالباً حماية

الأطفال المترددين على المرافق العامة، وعلى دور اللهو والملاهي وتحقيق أكبر قدر من الحماية لهم من التعرض للتشرد أو الإنحراف أو إستغلالهم جنسياً، كما يقع على عاتق شرطة الطفل البحث عن الأطفال الهاربين من المؤسسات التربوية والإصلاحية، وتقديم المساعدة والمعاونة للأجهزة المختصة والمُباشِرة للمراقبة الإجتماعية، وهذه الإختصاصات هي ما عبر عنها قانون الطفل (تختص شرطة حماية الأُسرة والطفل بالآتي:

- إتخاذ التدابير الكفيلة بوقاية الأطفال وحمايتهم من كافة أشكال الإنتهاكات وإجراء التحريات ورفعها لنيابة الطفل.
- البحث عن الأطفال المفقودين والمستدرجين والهاربين من أسرهم أو من المؤسسات التربوية والخيرية أو أي مؤسسات أخرى تختص بشؤون الأطفال وذلك بناءً على التبليغ الصادر من تلك المؤسسات)[٢٠]، يرى الباحث أن هذا الإختصاص هو تطبيق عملي وتنفيذ لأحكام قانون الطفل الذي يستهدف غالباً حماية الأطفال.

ثانياً: الإختصاصات الإجتماعية:

عبر عن الإختصاصات الإجتماعية لشرطة الطفل قانون الطفل بنصه:

إجراء التنسيق اللازم مع الجهات ذات الإختصاص لتقديم العلاج الإجتماعي والنفسي للأطفال الضحايا والمُجنى عليهم بناءً على ما توصلت إليه التحريات وحيثيات المحاكمة [٢١].

يقتضي عمل شرطة الطفل تمتين الروابط وتنسيقها مع الهيئات والمنظمات الإجتماعية التي تتعاون معها في مجال رعاية وحماية الأطفال، وإبلاغ الأجهزة الطبية والتعليمية والإجتماعية بكل ما يصل إلى علم الشرطة من أخطار مُحدقة بالطفل أو مُهددة له، وعليها إستغلال الوسايط الإعلامية بقصد توعية الأطفال وأولياء أمورهم بذلك [٢٢].

ثالثاً: الإختصاصات الوقائية:

يتداخل الإختصاص الوقائي لشرطة الطفل مع إختصاصها الأمني والإجتماعي فتسعى للحيلولة دون وقوع الطفل في الإنحراف من خلال مراقبة الأماكن التي من الممكن أن يؤدي إرتياد الطفل لها لإنحرافه، وفرض الرقابة على الباعة الذين يتواجدون في الأماكن المجاورة للمدارس والتأكد من خلو صفحتهم من أية إدانة سابقة، والمعاونة في إجراء التحريات اللازمة للأشخاص الذين يتقدمون لشغل وظائف التدريس بالمدارس.

يرى الباحث أن طلب الصحيفة الجنائية للطفل، والذي تقوم به شرطة الجنايات العامة مع الطفل المتهم من تلقاء نفسها فور القبض عليه، أو بأمر من النيابة العامة عند مباشرتها التحري معه، يفيد القاضي في تكوين عقيدته عن الطفل وظروفه، كما تتيح أيضاً للقاضي الوقوف على ماضي الطفل ومدى درجة خطورة الطفل الإجتماعية، لأن الفلسفة الحديثة في معاملة الأطفال تقوم على أساس النظر إلى ظروف الحدث (الإجتماعية والنفسية والبيئية والعائلية والمكانية) وليس إلى نوع الجريمة المرتكبة.

الفرع الثاني

دور نيابة الطفل في مرحلة التحري

حتى تحقق نيابة الطفل الهدف من تخصيصها، لا بد أن يكون لأعضائها الإلمام التام بعلم الإجرام وأسباب إنحراف الأطفال وطرق الوقائية منه وعلم الإجتماع وعلم النفس وإطلاعهم على كافة مؤسسات الأطفال، ويستلزم على مُباشِر التحري مع الطفل أن يتمتع بالإستقرار العقلي والنفسي والعاطفي وألا يكون حاد الطباع أو أشتهر بالقسوة والعنف ولا يتأتى كل ذلك إلا بحسن إختيار وكلاء النيابة الخاصة بالطفل وتأهيلهم من خلال دورات تدريبية علمية.

يجب على النيابة وهي تباشر التحري مع الطفل أن تنظر إليه بإعتباره ضحية لإهمال المجتمع، فإقدام الطفل على إرتكاب الجريمة يتعلق بسوء التربية أو تردي الأوضاع الأسرية أو الإقتصادية.

لأن "الجريمة في جانب كبير منها من صنع الحدث خاصة بعد أن بهت بريق نظريات التكوين الإجرامي المتمثلة في أن الإنسان يُولد مجرماً"(٢٣).

أولاً: مراحل التحري مع الطفل:

يتم التحري مع الطفل على مراحل تبدأ بالقبض عليه وإحضاره، ثم إستجوابه، ويجوز حبسه إحتياطياً، ومن ثم إحالته إلى محكمة الطفل.

أ/القبض على الطفل:

يقصد بالقبض (حرمان الشخص من حرية التجول ولو لفترة وجيزة، وينطوي هذا الإجراء على المساس بأحد حقوق الإنسان وهو حريته في التحرك ويجوز إتخاذه إذا ما اقتضت ذلك العدالة الجنائية)(٢٤)، وللقبض أحكام عامة ينص عليها قانون الإجراءات الجنائية إلا أن القبض على الطفل له أحكام خاصة نص عليها قانون الطفل يخاطب بها فقط. و لهذا لا يجوز إصدار أمر القبض على الطفل إلا في حالة الضرورة القصوى كأن يكون هارباً أو خارجاً عن سلطة أبيه، أما إن كان الطفل تحت رعاية والديه يجب أن توجه الإجراءات قدر الإمكان نحو متولي أمره فيخاطب بتقديم الطفل إلى نيابة الطفل(لا تتخذ إجراءات القبض أو الحبس في مواجهة الطفل الجانح إلا بعد تكليف ولي الأمر بالحضور، ولا يجوز تنفيذ أمر القبض إلا بواسطة شرطة حماية الأسرة والطفل)(٢٥).

ب/ استجواب الطفل:

يُنظر للإستجواب بإعتباره إجراء من إجراءات التحري يتم من خلاله التثبت من شخية المتهم وتتم مناقشته في التهمة المنسوبة إليه،لأن إستجواب الطفل يختلف عن غيره، لذا نرى أن

أهم مظاهر الحماية الإجرائية للطفل ضوابط إستجوابه الخاصة والمتمثلة في الآتي:

١- عند إستجواب الطفل أو مناقشته في التهمة المنسوبة إليه يجب على المتحري أن يأخذه بالرفق ويعامله بلين، بحيث لا تكون الأسئلة الموجهة للطفل تجريمية بل يجب أن تتم من خلال الحديث العادي بما يجعلة يحس بالأمان والثقة.

٢- يجب أن يتم إسجواب الطفل في الفترة الصباحية وفي أقل فترة زمنية ممكنة، مع مراعاة أن لا يكون الطفل مرهقاً أو مريضاً أو عطشاناً أو جوعاناً.

٣- يجب أن يحضر التحري مع الطفل الوالدين أو الوصي والمحامي، وتظهر أهمية الوالدين من إدراكهما التام بظروف الطفل الإجتماعية مما يساعد في كشف دوافعه الإجرامية.

٤- يجب أن يحضر التحري مع الطفل مندوب من الرعاية الإجتماعية.

٥- يُعفى الطفل من حضور إجراءات التحري بنفسه كلما كان ممكناً، ويتم الإكتفاء بحضور والديه أو الوصي أو مندوب الرعاية الإجتماعية.

٦- يجب أن يحضر التحري مع الطفل محامياً يفضل أن يكون من أقربائه أو جيرانه ، وأهمية هذا الأمر تتمثل من ناحيتين:

الأولى: حتى يشعر الطفل بأن الذي يحضر معه قريبه أو جاره وبالتالي يبعد عن جو الرهبة والخوف.

الثاني: أن المحامي سيكون أكثر دراية بظروف الطفل [٢٦].

وقد نص قانون الطفل على تلك الضوابط:

١- يجب عند التحري مع أي طفل حضور وليه أو من يقوم مقامه أو محاميه أو الباحث الإجتماعي من مكاتب الخدمة الإجتماعية

المشار إليها في المادة (٥٧).

٢- بالغم من أحكام البند (١) يجب عند إستحابة حضور ولي أمر الطفل أو من ينوب عنه أو يقوم مقامه حضور مندوب الرعاية الإجتماعية المختص) [٢٧].

ج/حبس الطفل:

يُقصد بالبحس تقييد حرية الطفل لفترة محددة من الزمن بوضعه في المكان الذي حدده القانون ، ويقصد بامكان الذي حدده القانون دار الإنتظار الذي يقابل حراسة الشرطة بالنسبة لغير الأطفال.

يُعتبر الحبس من أقسى إجراءات التحري لما فيه من تقييد للحرية، إلا أنه إجراء لا يتم الإلتجاء إليه مع الطفل إلا في حالة الضرورة كأن تكون ظروف الطفل الخاصة تستوجب حبستهه أو إذا كان طبيعة الفعل الذي قام به يستوجب ذلك،فموجبات حبس غير الأطفال لا تتوفر في حالة الأطفال بإعتبار أن الطفل لا يمكن له أن يعبث بإدلة الإتهام أو يحاول التأثر على الشهود ترغيباً أو ترهيباً، كما لا يتصور قيامه بتهديد المُجنى عليه، ومراعاة وحماية لكل ذلك فقد حددت ضوابط حبس الطفل في الآتي:

أ- أن يخطر والديه أو القايمين على أمره فور القبض عليه.

ب- أن لا يحبس مع غير الأطفال (كبار السن).

ج- أنه يحبس بدار الإنتظار.

د- أن لا تتجاوز مدة حبس الطفل السبعة أيام.

كما نص قانون الطفل(يجب على شرطة حماية الأسرة والطفل عند القبض على الطفل الجانح أن تخطر واليه أو أحدهما أو أولياء أمره أو القايمين على الإشراف عليه فوراً.

لايجوز:

أ- إبقاء أي طفل عند حبسه إحتياطياًمع أشخاص بالغين.

ب- أن لا تتجاوز فترة بقاء الطفل بدار الإنتظار سبعة أيام) [٢٨]

ونخلص من ذلك بإتباع أربع خطوات أساسية عند التعامل أو التحقيق مع الطفل كالآتي:

خلق علاقة مطمئنة للطفل عن طريق الإستماع الجيد الصادق للطفل.

١- التخاطب بلغة سهلة مفهومة للطفل.

٢- تجنب إعطاء الوعود.

٣- التعامل الودي المحايد مع الطفل من غير التهديد.

٤- تجنب التحقيق مع الطفل في مكتب الشرطة.

٥- تجنب التحقيق مع الطفل باللباس الرسمي للشرطة.

جمع الحقائق:

١- يجب البدء بشعور الطفل بإحساسه.

٢- الإهتمام بالتفاصيل.

٣- إعطاء الطفل الوقت الكافي.

التأكد من المعلومات:

١- يجب مراعاة ما تم في المرحلة السابقة.

٢- تجنب الإسئلة بنعم أو لا ومناقشة الطفل.

٣- تشجيع الطفل على تقديم تفاصيل أكثر بغرض التوضيح.

إنهاء المقابلة (التحقيق):

١- إعطاء الطفل الإحساس بإنه كان متعاوناً وأنك مهتم لما حدث.

٢- تشجيع الطفل على إعطاء معلومات من الممكن أن تفيد أكثر.

رابعاً: إحالة الطفل للمحاكمة:

تملك نيابة الطفل سلطة تقديرية في الإحالة ، فلها أن تحيل الطفل إلى خارج النظام القضائي إن رأت في ذلك مصلحته ، كما لها أن تحيله لمحكمة الطفل إيذاناً ببدء الدعوى ومحاكمة الطفل [٢٩].

المطلب الثاني

الحماية الإجرائية في مرحلة المحاكمة

تُعتبر من أهم مظاهر الحماية الإجرائية للطفل أثناء المحاكمة إيجازية الإجراءات

وسرية المحاكمة وإشتراط وجود محام وإعفاء الطفل من الحضور ومعاملةً الشهود معاملة كريمة.

أولاً: إيجاز وتبسيط الإجراءات:

تتسم محاكمة الطفل بالطبيعة الإيجازية وذلك في الدعاوى ذات الطبيعة البسيطة، وهي الغالب في جرائم الطفل، وتبدو الحمكة من إيجازية المحاكمة في حرص المشرع على عدم تأثر الطفل بالإجراءات المتعلقة بالمحاكمة، فكلما أخذت الإجراءات في التطويل كلما أثر ذلك في نفسية الطفل، وكلما كان أمد الإجراءات قصيراً كلما تم تفادي الضغوط النفسية الواقعة على الطفل والتي قد تهدد مستقبله.

ثانياً: إجراءات سير الجلسة:

نص قانون الإجراءات صراحةً بجواز عدم التقيد بالإجراءات الشكلية المتبعة في المحاكمات العادية (على الرغم ما ورد في هذا القانون بشأن الإجراءات الواجبق إتباعها بواسطة المحكمة، يجوز أن تأخذ الإجراءات شكلاً غير ما هو متبع في إجراءات المحاكمة العادية...)[٣٠]، وإستناداً على ذلك وبحسب ما يعتقد البحثفإن إجراءات سير الجلسة بالنسبة للطفل ينبغي أن تتم كما يلي:

أ- من حيث المناداةعلى الطفل المتهم، يجب أن لا يكون على ذات نسق المناداة العلنية التي تتم في المحاكمة العادية، وذلك لتفادئ الأذى النفسي الذي يمكن أن يقع على الطفل، وأرى أن يوضع الطفل المتهم في غرفة خاصة ويتم إستدعائه منها.

ب- من حيث سؤال الطفل عن اسمه وسنه ومكان إقامته، أرى بعدم جدوى للسؤال إذ أن كل ذلك ينبغي أن يكون مضمناً في الملف الإجتماعي والنفسي الذي يعده مكتب الخدمة الإجتماعية.

ج- يجب على المحكمة ألا توجه الأسئلة بصورة صادمة للطفل،

بحيث أرى أن على القاضي الإستفادة من التأهيل الذي تلقاه في كيفية التعامل مع الأطفال فتأتي الأسئلة في سياق الحديث العادي.

محاكمة الطفل غيابياً:

تتم المحاكمات وفقاً لما قرره الدستور وقانون الإجراءات الجنائية بحضور المتهم، ويجوز إستثناءاً أن تتم غيابياً في حالات أوردها القانون الإجرائي حصراً (يحاكم المتهم حضورياً، ولا تجوز محاكمته غيابياً إلا في الحالات الآتية إذا:

أ- كان متهماً بأي من الجرائم الموجهة ضد الدولة.

ب- قررت إعفاءه من الحضور بشرط أن يقر كتابة بإنه مذنب أو أن يحضر معه محامي أو وكيل.

ج- قدرت المحكمة أن السير في الإجراءات في غياب المتهم لا يلحق أي ضرر بقضية الدفاع) [٣١].

إلا أن المشرع وفي سبيل فرض حماية إجرائية للطفل إرتأى الخروج عن الأصل العام، فأجاز أن يُحاكم الطفل غيابياً (للمحكمة أن تعفي الطفل الجانح أو الشاهد من حضور المحاكمة بذاته إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك) [٣٢].

ويرى الباحث أنَّ هذا الإتجاه من المشرع محمود جدير بالتأييد، فقد جعل الأصل هو حضور الطفل إجراءات المحاكمة وإستثنى للمحكمة إجازة إعفاء الطفل من حضور المحاكمة بنفسه إن رأت أن مصلحة الطفل تقتضي ذلك، وأعتقد أنه كان الأوفق والأجدر بالمشرع أن يجعل عدم حضور الطفل إجراءات المحاكمة بنفسه هو الأصل خاصة في الجرائم التي لا تنطوي على خطورة ،و أن يجعل الإستثناء أن تطلب المحكمة حضور الطفل إجراءات المحاكمة بنفسه إذا رأت أن مصلحته تتوجب وتستلزم ذلك، ومبررنا في ذلك

تفادي ما قد تتركه إجراءات المحاكمة من أثر نفسي سيئ على الطفل، على أن يكون حضور الطفل وجوبياً في حالة الجرائم الخطرة.

نخلص مما سبق أن السير في إجراءات المحاكمة في غياب الطفل قد يكون إبتداءاً ، وقد يأتي لاحقاً أثناء الجلسة ، ويدل ذلك على أن للمحكمة الحق في إخراج الطفل من الجلسة بعد إستجوابه، على أنه لا يجوز بطبيعة الحال إخراج محاميه أو المراقب الإجتماعي، وإن كان لها الحق في إخراج الوالدين أو الأوصياء إن رأت في حضورهم إضرار بالطفل ومصلحته، وهو ما عنته القواعد الدولية الخاصة بالطفل حين قررت (للوالدين أو الوصي حق الإشتراك في الإجراءات، ويجوز للسلطة المختصة أن ترفض إشراكهم في الإجراءات إذا كانت هناك أسباب تدعو إلى إعتبار هذا الإستبعاد ضرورياً لصالح الطفل)[٣٣].

ونخلص من ذلك إلى حرص المشرع على إبعاد الطفل قدر المستطاع من حضور الإجراءات الرسمية للمحاكمة التي قد تؤثر على نفسيته وتعرقل بالتالي سبل إصلاحه وتقويمه.

سرية الإجراءات:

يسود في الماكمات الجنائية مبدأ علنية الجلسات ، ويعني حق الجمهور في حضور المحاكمة، إلا أنه يجوز للمحكمة في حالات معينة أن تقرر سرية الجلسة إذا تعلقت بإمور من شأنها الكشف عن أسرار قد تهدد أمن الدولة أو سمعة الأسرة، وذلك لحصر العلم بجريمته في أضيق نطاق بحيث لا يعلم بها الكافة ، مما قد يف حجر عثرة في مستقبل ايامه، ولا يقف الأمر عند حماية حياة الطفل الخاصة بل يمتد على حماية الاسرة، ونؤيد ذلك لأن علنية جلسات محاكمة الطفل تحرجه أمام الجمهور ويتأذى منها بصورة مباشرة.

وهو ما قرره المشر(يجب إحترام حق الطفل في الخصوصية خلال إجراءات

المحاكمة لتجنب أي ضرر يلحقه ولا يجوز نشر أي معلومات تتعلق بمثوله أمام أي محكمة إلا بإذنها)[٣٤].

يمثل مع الطفل محام:

أوجب المشرع حضورً محام لذلك نص على(لا تجري محاكمةً طفل إلا أو مترافع عنه، بحضورمحام ، ويجوز للمحكمة أن تسمح بحضوًر أي شخص آخر كصديق)[٣٥]، وحتى تتحقق الفلسفة الجنائية التي رمى إليها المشرع من خلال إشتراطه وجود محام للطفل وهي توفير حماية إجرائية للطِفل ، ينبغي ألا يكون حضور المحامي شكلياً بل فعلياً، وهذا بدورة يقتضي أن تتوفر في المحامي جملة سمات منها:

١- أن يكون على معرفة سابقة بالطفل.

٢- أن يباشر واجباته مراعياً وضعية الطفل وظروفة الخاصة.

٣- أن يكون ملماً بمحتويات قانون الطفل.

وقف سير الدعوى لحين فحص الطفل:

قرر المشرع مظهراً حمائياً إجرائياً إفتراضياً للطفل، حين منح محكمة الطفل السلطة التقديرية في وقف سير غجرءات الدعوى متى تبين لها أن حالة الطفل البدنية أو العقلية أو النفسية تستلزم إجراء فحوصات عليهلذلك نص القانون على (إذا رأت المحكمة أن حالة الطفل الصحية أو البدنية أو العقلية أو النفسية تستلزم فحصه قبل الفصل في الدعوى، فيجب عليها إحالته إلى الجهات الطبية الرسمية المختصة، مع وقف السير في الدعوى إلى أن يتم الفحص وإستلام تقرير عنه)[٣٦]، نلاحظ أن المشرع لم يحدد المدة الزمنية التي يستغرقها الفحص، وهذا أمر بديهي لأنه من المتعذر مسبقاً تحديد المدة الكافية للفحص،ونرى ضرورة أن يخضع الطفل لفحص طبي شامل حتى قبل بدء أي إجراءات حيالة، لما في ذلك من أهمية بالغة في

دراسة حالته والتعرف على العوامل التي ساقته إلى الإنحراف ، وهو ما يعين المحكمة لاحقاً في إختيار التدبير الذي يناسب حالته.

فصل محاكمة الطفل:

إذا تبين أن الجريمة أُرتكبت بواسطة أشخاص متعددين وكان من بينهم طفلاً، يجب فصل المحاكمة لأنه يخاطب بقانونه الخاص، وتتخذ في مواجهته إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات التي يخضع لها غيره، ويجب أن يكون فصل المحاكمة وجوبياً لا يملك حياله قاضي المحكمة الجنائية العامة أي خيار أو سلطةتقديرية، بخلاف ما قرره المشرع بجواز محاكمته أمام المحاكم العادية بحضور ممثل له، ونرى في ذلك إهدار للفلسفات التي رمى لها قانون الطفل (إذا إشترك في الفعل الواحد أطفال وبالغون يتعين فصل محاكمته، ولا يجوز إحضار الطفل أمام المحكمة الجنائية فإذا تعذر ذلك يعين ممثل له لحضور جلسات المحاكمة)[٣٧].

المطلب الثالث

الحماية الإجرائية في مرحلة التنفيذ

الحماية الإجرائية في مرحلة التنفيذ تنحصر في ثلاث مراحل:

أولاً: الإشراف القضائي على التنفيذ

ثانياً: إعادة النظر في التدابير لإنهائها أو تعديلها

ثالثاً: أماكن تنفيذ التدبير

الفرع الأول

الإشراف القضائي على التنفيذ

يملك قاضي محكمة الطفل السلطة التقديرية في إختيار التدبير المناسب الذي يتناسب مع الطفل وجرمة وظروفه الخاصةكما نرى أن قرار القاضي بإختيار التدبير المناسب هو بداية وليس نهاية إذ أن المشرع أوجب عليه متابعة أحكامه (تشرف المحكمة على تنفيذ الأحكام الصادرة منها)[٣٨]، ويرى الباحث: أن الإشراف القضائي على التنفيذ ثمرة تبني مبدأ

التدبير غير المحدد المدة، فالتدبير يمكن إعادة النظر فيه وبالتالي فإنه لا يكتسب حجية الأمر المقضي فيه، ولذلك يجب على القاضي أن تبقى رقابته مستمرة حتى يتضح له أن الإصلاح الإجتماعي المنشود للطفل قد تحقق وأن التدبير إنعدمت فائدته. كما يجب أن تكتسي رقابة القاضي وإشرافة على التنفيذ الطابع العلمي، ويقتضي ذلك أن يستعين القاضي بذوي الخبرة من الإختصاصيين النفسيين والإجتماعيين والتربويين في متابعة مدى نجاح التدبير في إصلاح الطفل، ومدى إتفاقه مع ظروفه وحاجاته لإعادة دمجه في الحياة الإجتماعية.

الفرع الثاني

إعادة النظر في التدبير

تتسم الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم بالقوة والإستقرار، متى إستنفذت كافة طرق الطعن فيها، واستثناءاً من هذا الأصل أجاز المشرع إعادة النظر والتغيير في أحكام التدبير الصادرة على الأطفال فيما عدا تدبير التوبيخ لقلة أهميته من ناحية، ولتمام تنفيذه عند النطق به(يجوز للمحكمة في أي وقت وفقاً لحالة الطفل الجانح إيقاف التدابير المتخذة إذا ثبت للمحكمة صلاح الطفل، وعدم الحاجة للمتابعة)[٣٩]، (يجوز للمحكمة بناءً على توصية دار التربية أو أي جهة متخصصة أن تعدل أو تلغي التدابير الإصلاحية التي إتخذتها بشأن الطفل الجانح)[٤٠]، (يعد المراقب الإجتماعي للمحكمة تقريراً دورياً وتقريراً شهرياً عن تطور سلوك الطفل، ويجوز للمحكمة على التقارير المقدمة لها من مكتب الخدمة الإجتماعية تعديل التدابير المتخذة من قبلها كما كان ذلك ضرورياً)[٤١]، كل هذه النصوص رسخت لعدم سريان مبدأ حجية الأمر المقضي فيه على التدابير التي تُقرر على الطفل الجانح، فمتى طرأ على شخصيته تطوراً جعل التدبير الذي أُخضع له غير ملائم وجب أن يُعاد طرح الأمر على المحكمة لتقرير تعديل التدبير بما يتفق

مع هذا التطور، ونرى أن تعديل التدبير يقصد به إنهائه أو إستبداله. تملك المحكمة عند مباشرتها الإشراف على التنفيذ أن تأمر بالآتي:

أ- إيداع الطفل مؤسسات الإصلاح التربوية إذا أثبتت التقارير فشله في المراقبة الإجتماعية

ب- الزام الطفل بواجبات مغايرة عن تلك التي ألزمته بها أول مرة.

ج- تسليم الطفل لأبيه إذا كان خارج البلاد فور عودته لها.

د- إنهاء التدبير إذا ثبت صلاح الطفل وعدم حاجته للتدبير.

الفرع الثالث

أماكن تنفيذ التدابير

يتم تنفيذ التدابير السالبة لحرية الطفل بدار التربية،ولتحقيق هذه الغاية من التدابير ألزم المشرع القاضي ووكيل نيابة الطفل والمراقب الإجتماعي بالمرور على الدور التي تنفيذ فيها التدابير (يجب على كل من وكيل النيابة وقاضي محكمة الطفل حسب الحال حماية الأطفال والمرور على دور الإنتظار ودور التربية ومؤسسات الرعاية الإجتماعية الواقعة في دائرة إختصاصهم بإستمرار للوقوف على وضع الأطفال الموقوفين أو المحكوم عليهم، ويجوز لإي منهم إصدار ما يرونه مناسباً كمن توجيهات)[٤٢]، يتوقف نجاح التدبير السالب لحرية الطفل على مدى تهيئة المكان الذي ينفذ فيه، وذلك يتطلب أن يكون مهيئاً من شتى المناحي الحياتية والغذائية والصحية والتأهيلية، وأن يقوم على أمره المتخصصون المؤهلون للإضطلاع بمهمة إصلاح الطفل وتقويمه وإعادة دمجه في المجتمع[٤٣].

المبحث الثالث

الحماية الموضوعية للطفل

حرصت الإتفاقيات الدولية شأنها شأن التشريعات الوطنية على إسباغ حماية موضوعية للطفل، تجلت من خلال نصوصها.

المطلب الأول

الإتفاقيات الدولية التي قررت الحماية الموضوعية للطفل

تداعت الدول المتمدنة منذ منتصف القرن الماضي لتقرير الحقوق الخاصة بالطفل، توطئة لحمايتها وبالتالي حمايته، فتوالى إبرام العهود والإتفاقيات الدولية بدءاً بإعلان جنيف ١٩٤٨م، ثم إعلان حقوق الطفل ١٩٥٩م، إنتهاءاً بإتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٩٠م، وبين هذه وتلك جملة من المواثيق الدولية الإقليمية كميثاق حقوق الطفل العربي ١٩٨٣م، والميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل الذي أعتمد في عام ١٩٩٠م، ودخل حيز التنفيذ في العام ١٩٩٩م[٤٤].

المطلب الثاني

حقوق الطفل المحمية بصفة عامة

اهتمت كل الإتفاقيات الدولية الخاصة بالطفل بحقوق الطفل وجاءت مبادرتها شاملة عامة مقررة لحقوق الطفل كإنسان أولاً وكشخص ذو طبيعة خاصة ثانيا، فقررت له الحقوق الآتية:

١- حق الطفل في الحياة والبقاء والنماء.
٢- حق الطفل في الهوية.
٣- حق الطفل في معرفة والديه وتلقى رعايتهما.
٤- حق الطفل في التعليم.
٥- حق الطفل في الراحة ووقت الفراغ واللعب.
٦- حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي.
٧- حق الطفل في الإنتفاع من الضمان الإجتماعي.

المطلب الثالث

الحقوق المحمية للطفل

قررت الإتفاقيات الدولية للطفل جملة من الحقوق الحمائية يمكن إيجازها في الآتي:

١- حق الطفل في الحماية من التمييز.

٢- حق الطفل من كافة لأأشكال العنف او الأضرار أو الإهمال.

٣- حق الطفل من الإستغلال الإقتصادي.

٤- حق الطفل من الإستغلال الجنسي.

٥- حق الطفل من الإسترقاق.

وغيرها من الحقوق وقد ألزمت الإتفاقيات الدولية الدول الموقعة و الصادقة عليها بإفراغ محتواها في تشريعاتها الوطنية، فظهرت في التقنينات الداخلية للدول القوانين الخاصة بالطفل، شاملة لكل تلك الحقوق ولعل هذا ما دعى بعض الفقه إلى النظر تلك القوانين بإعتبارها ليست قوانين جنائية مكملة.

فالقاعدة العامة التي تحكم قانون الأحداث الجانحين أنه قانون تربوي وإجتماعي أكثر من كونه قانوناً عقابياً أو قمعياً.

المطلب الرابع

مظاهر الحماية الموضوعية للطفل

الفرع الأول

رفع الحد الأدنى لسن المسؤولية الجنائية

أخذ القانون الجنائي النافذ بمعياري البلوغ والسن كأساس للمسؤولية الجنائية الكاملة (لا مسؤولية إلا على الشخص المكلف المختار)[٤٥] والتي تقرأ مع التفسير التشريعي لكلمتي مكلف وبالغ(مكلف يعني: بالنسبة للشخص الطبيعي البالغ العاقل.....) (بالغ يعني الشخص الذي ثبت بلوغة الحلم بالإمارات الطبيعية القاطعة وكان قد أكمل الخامس عشرة من عمرة ويعتبر بالغاً كل من أكمل الثامنة عشرة ولو لم تظهر عليه إمارات البلوغ)[٤٦]، وهذا ما جوز للمحاكم الجنائية سلطة إصدار أحكامها بإلاعدام والسجن على من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره في جرائم أوردها القانون الجنائي

على سبيل الحصر، ويدل ذلك على قيام المسؤولية كاملة بمجرد بلوغ سن الخامسة عشرة وظهور إمارات البلوغ الطبيعية القاطعة، وبالتالي إنعقاد الولاية القضائية للمحاكم الجنائية العادية وتطبيق أحكام القانون الجنائي. ثم جاء قانون الطفل لسنة ٢٠٠٤م فعرف الطفل بإنه(كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره ما لم يبلغ سن الرشد بموجب القانون المطبق عليه)[٤٧]، فأسفر هذا التعريف عن تعارض وتداخل في الممارسة القضائية وتنازع في الإختصاص ما بين المحاكم الجنائية العادية ومحاكم الطفل وهو ما أشرت إليه سابقاً.

ويتبين لنا أن قانون الطفل تفادى المسالب والعيوب التي إعترت صياغة سالفه، فتولى تعريف الطفل بإنه (يقصد به كل شخص لم يتجاوز سن الثامنة عشر)[٤٨]، فعالج بذلك مشكلات التعارض والتداخل فيما يتعلق بالسن الموجبة للنهوض الكامل للمسؤولية الجنائية وحددها ببلوغ الثامنة عشر، ولم يكتف بذلك و إنما فرض سيادة أحكامه على كافة القوانين التي تتعارض معها (تسود أحكام هذا القانون على أي حكم أو قانون يتعارض معه تأويلاً لمصلحة الطفل إلى المدى الذي يزيل ذلك التعارض)[٤٩]،ويرى الباحث: أنَّ قانون الطفل قد قضى بشكل نهائي على أي تنازع لاحق قد ينشب بين المحاكم الجنائية ومحاكم الطفل بتجريده المحاكم الجنائية من سلطة نظر الدعاوى الجنائية المتعلقة بالطفل وإصدار أحكام ضده. (يجب على المحكمة الجنائية في حالة الإدانة عدم إصدار أي عقوبة أو تدابير على الطفل، وإرسال المحضر إلى محكمة الطفل المختصة أو أي جهة تراها لتقرر ما تراه مناسباً بشأنه)[٥٠].

استجاب قانون الطفل النافذ لما نادت به الإتفاقيات الدولية الخاصة بالطفل في عدم الإنخفاض المبالغ فيه لسن

المسؤولية الجنائية ، وكان قانون الطفل النافذ تسود أحكامه على كافة القوانين الأخرى، بإعتبارة قانون خاص والخاص يقيد العام.

الفرع الثاني

التمييز بين الطفل الجانح والمعرض لخطر الجنوح

ميز قانون الطفل النافذ بينهما معتمداً على السن كمعيار أساسي للتمييز بينهما ، فعرفهما:

الطفل الجانح: (يقصد به كل طفل أتم الثانية عشر من عمره عند إرتكابه فعلاً مخالفاً للقانون).

والطفل المعرض للجنوح: يقصد به (الطفل الذي أتم السابعة من عمره ولم يبلغ الثانية عشر ووجد في بيئة تعرض سلامته الأخلاقية أو النفسية أو الجسدية أو التربوية للخطر)[٥١]، يتضح من التعريفين أن المسؤولية الجنائية تنتفي إنتفاءاً كاملاً قبل بلوغ سن السابعة وتنهض ناقصة ببلوغ السابعة من عمره على ألا تتخذ الإجراءات الجنائية على الطفل إلا بعد سن الثانية عشر وتستمر ناقصة حتى بلوغ الثامنة عشرمن العمر.

إن المشرع الجنائي تعامل بسياسة جنائية معيبة فيما يتعلق بنجوح الأطفال بإجماله الجنوح في صورته القانونية الحقيقية وإغفاله حتى مجرد الإشارة إلى الجنوح القانوني المحتمل، وهو ما تداركه قانون الطفل النافذ بإفراده إحكام خاصة لكل حالة على حدة.

أولاً: الإنحراف القانوني المحتمل:

يقصد به وجود عدد من الدلالات تشير إلى أن الطفل ولئن لم يقع بعد في مستنقع الإنحراف القانوني الحقيقي، إلا أن وقوعه فيه حتمي إذا ما سارت الأمور على نهجها الآني، وقد أطلق قانون الطفل على هذه الحالة، الطفل المعرض للجنوح، وخصه بتدابير تختلف عن تدابير الطفل الجانح وهي كالآتي:

١- التأثير المعنوي أو العدالة الأخلاقية أو أي إسلوب مناسب

وفق ما يوصي به الخبير الإجتماعي أو النفسي المختص.

٢- تسليمه إلى والديه أو أحدهما أو وليه الشرعي أو من يتعهد برعايته.

٣- تسليه إلى جمعية خيرية لتربية الأطفال أو إلى أي جهة خيرية أخرى.

لتنفيذ التدابير المشار إليها في البند(٢) يجب الحصول على إذن مكتوب من محكمة الطفل)[٥٢].

ثانياً: الإنحراف القانوني الحقيقي:

يقصد به إقتراف الطفل فعلاً مخالفاً للقانون يجعله عرض للمسآءلة القانونية، وهو ما أطلق عليه قانون الطفل مصطلح (الطفل الجانح) وأفرد له تدابير مختلفة عن تدابير الطفل المعرض للجنوح،حيث نص على(يجوز للمحكمة أن تصدر أي من تدابير الإصلاح) و(للمدى التي تراها المحكمة ضرورية ومناسبة)[٥٣]، الآتية على الطفل الجانح:

١- التوبيخ والتحذير.

٢- الوضع تحت المراقبة الإجتماعية في بيئته الإجتماعية.

٣- الإلتزام بأداء خدمة إلى المجتمع أو الإلتحاق بدورات تدريبية مهنية أو ثقافية أو رياضية أو إجتماعية مناسبة.

٤- الإيداع بدور التربية.

ويلاحظ الباحث هنا أن المشرع من خلال تمييزه بين الحالتين قد فرض حماية موضوعية للطفل تتفق تماماً مع مرحلتة العمرية، ويظهر أثر ذلك بوضوح من خلال ما أطلق على التدبيرين، فالتدابير المقررة للطفل المعرض للجنوح أطلق عليها تدابير الرعاية، وفي ذلك إشارة واضحة أن الطفل في تلك المرحلة العمرية (٧-١٢) سنة، أحوج ما يكون للرعاية، وأطلق على التدابير المقررة للطفل الجانح مسمى تدابير الإصلاح بما ينبئ عن حاجة الطفل في مرحلته العمرية تلك (١٢-١٨) سنة، للإصلاح وإعادة التقويم.

الخصائص العامة للتدابير:

١- التدبير ليس نهائياً:

تتميز تدابير الطفل عن العقوبات الجنائية في: أن النطق بتدابير الطفل لالا يكسبها صفة الإنتهائية ولو إستنفذت كل درجات التقاضي، بمعنى أن التدابير المقضي بها لا تخضع لمبدأ الحجية، فيجوز في وقت إعادة النظر فيها تعديلاً بالإستبدال أو تعديلاً بالإلغاء، ويتوقف ذلك على ما يرد من تقارير مراقبة ورصد الطفل[٥٤].

٢- فورية التنفيذ:

تعتبر التدابير واجبة النفاذ فور النطق بها، برغم جواز إستئنافها ومرد ذلك أنها تهدف إلى حماية ورعاية الطفل ، ولهذا لا يجوز وقف أمر تنفيذها أو تأجيلها أو تعليق تنفيذها على شرط معين.

إختلف المشرع السوداني مع معظم التشريعات العربية في أخذه بقاعدة العودالتي تطبق على الصغار كما هو الحال في مصر وليبيا والأردن مثلاً، غير أنه برر تطبيقه لأحكام العود بالآتي:

أ- إذا أنطوى فعل الطفل على العودة لإقتراف سلوك مجرم بعد سبق فرض التدبير عليه يجوز حرمانه من حريته الشخصية (لا يحرم الطفل من الحرية الشخصية إلا إذا ثبت إرتكابه لفعل ينطوي على العنف أو العود...)[٥٥].

ب- للإستفادة من أوراق المحاكمات السابقة في معرفة الخلفية التاريخية للطفل وظروفه.

(المتهم الذي أتم العاشرة ولم يتم العشرين من عمره، إذا تقررت إدانته بوساطة محكمة قاضي من الدرجة الأولى أو الثانية في أية جريمة لا يحاكم عنها إيجازياً، جاز للمحكمة بدلاً من الحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً، أن تأمر بحجزه في إصلاحية أو مؤسسة أخرى يعينها رئيس المحكمة العليا لهذا الغرض وذلك لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات)[٥٦].فالحدث المجرم بين العاشرة وقبل والعشرين بدلاً من الحكم عليه بإية عقوبة مبينة

في القانون ولإية جريمة حتى ولو كان معاقباً عليها بالإعدام (لإطلاق النص) وتبعاً لتقدير القاضي أو المحكمة يمكن الأمر بحجزه في مؤسسة إخرى يعينها رئيس المحكمة العليا لهذا الغرض على أن تحدد المحكمة في حكمها مدة البقاء في الإصلاحية بما لا يقل عن سنتين ولا يزيد على خمس سنوات[٥٧].

يجوز قانون الطفل النافذ وبرغم أخذه بقاعدة العود كظرف مشدد عند النطق بالتدبير حرمان الطفل من حريته الشخصية إلا أنه عاد وفرض الحماية الموضوعية للطفل حين ألزم بإبادة أوراق القضايا الخاصة بالطفل عند بلوغه سن الثامنة عشر[٥٨].

الفرع الثالث

حظر العقوبات الجنائية على الطفل

إختلفت السياسة الجنائية في القانون النافذ عن تلك السائدة قبله والتي أجازت توقيع عقوبات جنائية على من هم دون الثامنة عشر (الإعدام والسجن)، وعلى من هم تجاوزوا العاشرة (الجلد) فتبنت سياسة حمائية واضحة منعت بموجبها توقيع أي عقوبة جنائية على الطفل، وكذلك حُظر دستورياً(لا يجوز توقيع عقوبة الإعدام على من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره)[٥٩]، وحُظرت في الإتفاقيات الدولية (ولا تفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثمان عشرة سنة)[٦٠]، وألزمت محاكم الطفل بتوقيع التدابير المقررة على الطفل والمُضمنة في القانون بحسب المرحلة العمرية للطفل.

والإعدام: هو من أقدم العقوبات الجنائية التي عرفتها البشرية، ويطلق عليها في الفقه الإسلامي عقوبة القتل[٦١].

والسجن يقصد به: العقوبة السالبة للحرية الصادرة بناء على حكم محكمة[٦٢].

الجلد: يعتبر من العقوبات البدنية، أخذ به القانون السوداني وإستمد تأصيله من الشريعة الإسلامية.

حظر قانون الطفل الجلد ليس كعقوبة وإنما حتى كممارسة تربوية(لا يجوز توقيع أي عقوبة من الجزاءات التالية على الأطفال بالمدارس العقوبات القاسية...)[٦٣].

يتضح للباحث من مما سبق كله أن إصدار قانون للطفل فكرة إيجابية في حد ذاتها، فوجود قانون خاص بالطفل يعبر عن الإرادة الصريحة للمشرع في إقرار معاملة خاصة بالطفل تعزز الحماية الضرورية له لكونه يمثل مستقبل الأمة ومصدر إزدهارها، وتعد الحماية الجنائية أولى سبلها، وهو ما تجسد بالفعل من خلال هذا القانون، ورمى المشرع إلى صون الطفل حتى قبل إرتكابه للجريمة بتنظيه أحكام وحالات الخطر التي قد تعترض الطفل، وكذلك حماية الطفل بعد إرتكابه للجريمة بالنص على إجراءات خاصة بمقتضاها عن الإجراءات العامة نظراً لخصوصية جرائم الأحداث.

خاتمة

تشتمل على عدد من النتائج والتوصيات:

النتائج:

١. وجود قانون خاص بالطفل فكرة إيجابية في حد ذاتها.
٢. قانون الطفل له طابع إجتماعي أكثر منه ردعي.
٣. تعدد أوجه الحماية بنص القانون قبل إرتكاب الجريمة لما فيها من خطر معنوي عليه، وبعد إرتكاب الجريمة، وهنا عزز الحماية بوصفه ضحية بالدرجة الأولى ثم بوصفه مجرماً حيث خصه بإجراءات معينة خلافاً للمجرمين البالغين.
٤. رغم ما للحماية اليوم من أهمية إلا أن ذلك لم يمنع من إنتهاك حقوق الطفل سواء الإجرائية أو الموضوعية.
٥. تُعتبر مرحلة التحري من أهم المراحل التي تؤثرفي الطفل، فالأحكام التي ينص عليها

القانون في مرحلة تهدف إلى توفير أكبر قدر ممكن من الحماية و الرعاية للطفل، وإنزال هذه الأحكام من إطار النصوص المجردة إلى إطار الواقع.

٦. أن طلب الصحيفة الجنائية للطفل ، والذي تقوم به شرطة الجنايات العامة مع الطفل المتهم من تلقاء نفسها فور القبض عليه، أو بأمر من النيابة العامة عند مباشرتها التحري معه، يفيد القاضي في تكوين عقيدته عن الطفل وظروفه.

التوصيات:

١. ضرورة تفعيل المواثيق والإعلانات الدولية والتشريعات الوطنية للحماية الجنائية للأطفال.

٢. نوصي بحماية إجرائية خاصة تتفق مع ضعف قدرات الطفل الجسمانية والعقلية.

٣. ضرورة أن تكون مسؤولية الحماية الإجرائية أو الموضوعية للطفل مشتركة بين الأجهزة العدلية الوطنية والدولية.

٤. توفير حياة آمنة للأطفال تكفل لهم الأمن على حياتهم وسلامتهم البدنية وتحمي حقوقهم القانونية.

٥. أدعو فقهاء القانون الى إجراء المزيد من الأبحاث والدراسات المتعمقة في هذا الجانب.

الهوامش

- أستاذ مساعد – جامعة البطانة – السودان.

١. محمود بن عمرو الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٩هـ، ج١، ص٢١٧

٢. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط٥، ١٩٩٩م، ص٨٢.

٣. الطبري، تفسير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م،ج٢٣، ص٤٩١

٤. أبو الحسن الماوردي، تفسير الماوردي، النكت والعيون،دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٤٤

٥. عادل الشرجبي،مفهوم الجنسية والمواطنة، ورقة عمل.

٦. ترجمات في الحماية الدولية لحقوق الإنسان، محمد الميداني، مركز المعلومات للتأهيل والتدريب على حقوق الإنسان، ٢٠٠٠.(مقال).

٧. سمر خليل محمود عبدالله، حقوق الطفل في الإسلام والإتفاقيات الدولية، -دراسة مقارنة- رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية فلسطين،٢٠٠٣م، ص١٥٩.

٨. أبونصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة ، دار العلم للملايين بيروت، ط٤، ١٩٨٧م، ج٥، ص١٧٥١ .

٩. محمد بن محمد الزبيدي،تاج العروس ، دار الهداية، ص٣٧١ .

١٠. محمد بن محمد الزبيدي،تاج العروس ، دار الهداية، ص٣٧١ .

١١. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط،دار الدعوة، ص٣٦١ .

١٢. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط٢، ١٩٨٦م،ج٥ص١٢٣ .

١٣. أبو المعالي برهان الدين محمود، المحيط البرهاني في القه النعماني، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ٢٠٠٤،ج٥، ص٣٣٨

١٤. القدوري، التجريد، مسألة ٧١٧، ج٦ ، ص٩٠٣

١٥. عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٠.٣٥٢.

١٦. صحيح البخاري ٣: ١٥٨ .١٥٩، وتجد الاستدلال به في المجموع للنووي ١٣: ٣٥٩ فما بعد.

١٧. شوقي أسماء، الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جيل حقوق الإنسان،العدد٢٥، ص١١٥

١٨. عباس سليمان علوان، مسؤولية الطفل الجنائية وإجراءات المحاكمة فقها وتشريعا وقضاء، ط٢، ٢٠١٩م،ص١٥٨.

١٩. بهاء الدين عباس محمد،الحمائية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية،ط٢٠١٦،١م ،ص٢٥٠.

٢٠. المادة(٥٥\ج\د) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

٢١. المادة (٥٥/ه)قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

٢٢. بهاء الدين عباس محمد،الحمائية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية،ط٦،٢٠١٠م ،ص٢٥٤.

٢٣. عبد العظيم مرسي وزير، علم الإجرام وعلم العقاب، ج١، دار النهضة العربية ١٩٩١، ص٦٣.

٢٤. أحمد فتحي سرور،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية،ط١٩٨١م،ص٣٦٤.

٢٥. المادة(١/٥٨) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م

٢٦. بهاء الدين عباس محمد،الحمائية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية،ط٢٠١٦،١م ،ص٢٥٦

٢٧. المادة (٥٦) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

٢٨. المادة (٤/٣/٥٨) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م

٢٩. حميد إمام محمد ، السياسة الجنائية لقضاء الأحداث في السودان، ص٣٧٢.

٣٠. المادة(٢/٦٥) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م

٣١. المادة (١٣٤) قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م.

٣٢. المادة (٥/٦٥) قانون الطفل لسنة ١٩٩١م.

٣٣. المادة (٢/١٥) قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث ١٩٨٥م.

٣٤. المادة (٧٩) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

٣٥. المادة (٤/٦٥) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

٣٦. المادة (٧/٦٥) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٣٧. المادة (٨/٦٥) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٣٨. المادة (١/٧٨) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٣٩. المادة (٧٣) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٤٠. المادة (٢/٧٤) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٤١. المادة (٢/٨٧) من قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٤٢. المادة (٦٦) من قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.
٤٣. محمود سليمان موسى، قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤م، ص٧٦ .
٤٤. بهاء الدين عباس محمد، الحماية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية، ط١، ص٢٧٢.
٤٥. المادة (١/٨) القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م.
٤٦. المادة(٣) القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م.
٤٧. المادة(٤) قانون الطفل لسنة ٢٠٠٤م.
٤٨. المادة (٤) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.
٤٩. المادة (٣) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.
٥٠. المادة (١/٦٧)) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.
٥١. المادة (٤) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.
٥٢. المادة(٦٨) قانون الطفل ٢٠١٠م
٥٣. المادة(٦٩) قانون الطفل ٢٠١٠م
٥٤. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر، ط٤، ١٩٧٩م، ص٨٠٦.
٥٥. المادة(٧٧/ج) قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٥٦. المادة (٦٧) من قانون عقوبات السودان لسنة ١٩٨٣م
٥٧. محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه ،مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٩م، ص١٢٤.
٥٨. بهاء الدين عباس محمد، الحماية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية، ط١ ٢٠١٦م، ص٢٨٩.
٥٩. المادة(٢/٣٦) دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة٢٠٠٥م.
٦٠. المادة(٣٧/أ) إتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٩٠م.
٦١. أحمد علي إبراهيم ، عقوبة الإعدام، المطبعة العالمية الخرطوم بحري، ط٥، ٢٠٠٥م، ص١.
٦٢. أحمد علي إبراهيم حمو، عقوبة السجن والمنشآت العقابية في السودان، ص٢٦-٢٧.
٦٣ المادة(٢٩/١/أ)قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م.

المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. أبو الحسن الماوردي، تفسير الماوردي، النكت والعيون،دار الكتب العلمية، ج٦.
٣. أبو المعالي برهان الدين محمود، المحيط البرهاني في القه النعماني، دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ٢٠٠٤،ج٥.
٤. أبونصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين بيروت، ط٤، ١٩٨٧م، ج٥.
٥. إتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٩٠م.
٦. أحمد علي إبراهيم ، عقوبة الإعدام،المطبعة العالمية الخرطوم بحري، ط٥، ٢٠٠٥م.
٧. أحمد علي إبراهيم حمو، عقوبة السجن والمنشآت العقابية في السودان.

٨. أحمد فتحي سرور،الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية،ط١٩٨١م.
٩. احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب ط ٢٠٠٨م.ج١.
١٠. بهاء الدين عباس محمد، الحماية الجنائية للطفل في التشريعات السودانية والإتفاقيات الدولية، ط١ ٢٠١٦م.
١١. ترجمات في الحماية الدولية لحقوق الإنسان، محمد الميداني، مركز المعلومات للتأهيل والتدريب على حقوق الإنسان، ٢٠٠٠.
١٢. حميد إمام محمد ، السياسة الجنائية لقضاء الأحداث في السودان.
١٣. دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة٢٠٠٥م.
١٤. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، ط٥، ١٩٩٩م.
١٥. سمر خليل محمود عبدالله، حقوق الطفل في الإسلام والإتفاقيات الدولية، –دراسة مقارنة– رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية فلسطين،٢٠٠٣م.
١٦. شوقي أسماء، الحماية الدولية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جيل حقوق الإنسان،العدد٢٥.
١٧. الشيخ حسن حسين البشيري، بلوغ الذكر، دراسة مقارنة، ٢٠١٧م.
١٨. صحيح البخاري ٣: ١٥٨ - ١٥٩، وتجد الاستدلال به في المجموع للنووي،ج١٣.
١٩. الطبري، تفسير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط١، ٢٠٠٠م،ج٢٣.
٢٠. عادل الشرجبي،مفهوم الجنسية والمواطنة، ورقة عمل.

٢١. عباس سليمان علوان، مسؤولية الطفل الجنائية وإجراءات المحاكمة فقها وتشريعا وقضاء، ط٢، ٢٠١٩م.
٢٢. عبد العظيم مرسي وزير، علم الإجرام وعلم العقاب، ج١، دار النهضة العربية ١٩٩١م.
٢٣. عبدالرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ج٢.
٢٤. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط٢، ١٩٨٦م،ج٥.
٢٥. قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م.
٢٦. القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م.
٢٧. قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م
٢٨. قانون عقوبات السودان لسنة ١٩٨٣م
٢٩. القدوري، التجريد، مسألة ٧١٧، ج٦.
٣٠. قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث ١٩٨٥م.
٣١. قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة قضاء شئون الأحداث ١٩٨٥م.
٣٢. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط،دار الدعوة.
٣٣. محمد بن محمد الزبيدي،تاج العروس، دار الهداية.
٣٤. محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه ،مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٩م.
٣٥. محمود بن عمرو الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٩هـ، ج١.
٣٦. نجوان الجوهري ، الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الطفل على المستوى الدولي والإقليمي، دار النهضة العربية،٢٠١٠م.

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السودانية

د. جودة إبراهيم محمد النور*

مستخلـص

تكمن أهمية أن دراسة هذا القانون وموضوعاته تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروفها السياسية والاجتماعية ومن زمن إلي آخر وحسب حاجة الدولة إلي بقية الدول الأخرى، حيث تتمثل مشكلة البحث الأساسية في الإجابة عن التساؤل الرئيسي ما الاختصاص القضائي الدولي للماكم السودانية؟ لذا يهدف البحث إلى التعرف على مفاهيم الموطن، والأجنبي وأنواع الموطن وتنازع القوانين، والتعرف على اختصاصات المحاكم فيما يخص الموطن. اتبع البحث المنهج التاريخي التحليلي. توصل البحث لعدة نتائج من أهمها: أجاز المشرع السوداني تمتع الشخص بأكثر من موطن وذلك على حسب نص المادة ٢/٢١ من قانون المعاملات،، وقد أوضح البحث أنه يبرز اختصاص المحاكم السودانية عادة في الأمور المدنية والتجارية يتحدد بمكان وجود المدعى في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م في المواد ٧ إلى ١٥ حيث ساوى بين التوطن والإقامة،، كما تختص المحاكم السودانية بتنفيذ الأحكام الأجنبية. يوصي البحث بالآتي: العمل على إيجاد مفاهيم محددة للموطن أو على الأقل اصطلاح متعارف عليه وبمعايير تتفق عليها الدول وفقاً لأحكام القانون الدولي، وعلى المشرع السوداني مراجعة بعض نصوص ومواد القوانين التي تختص بتحديد الوطن والمواطن.

Abstract

This study is important for this law and its topics are different from one country to another according to their political and social conditions, and also from one time to another, moreover according to the state's need for other countries, thus the fundamental problem of this study represents in the answer of the basic question which is « what is the international jurisdiction of Sudanese court?». Therefore, the research aims to identify the concepts of domicile, the foreigner, the types of domicile, and conflict of laws, and also knowing the jurisdictions of the courts with regard to domicile. The research followed the historical-analytical method. The research reached several results, the most important of which are: The Sudanese legislator allowed persons to have more than one domicile, according to the text of Article 212/ of the Transactions Act. The research shows clearly the jurisdictions of Sudanese courts regarding commercial and civil transactions, the domicile is defined according to the defendant>s whereabouts, the civil proceedings law 1983 AD, articles 7 to 15, it equated citizenship with residence, and also Sudanese courts are competent to implement foreign judgments. The research recommends the following: specific concepts of domicile must be set, or at least a universal acceptted term accordance with the provisions of the International Law, and the Sudanese legislator should review provisions of laws that are concerned with defining domicile and citizen..

مقدمـــة

لا يخفى على أحد في وقتنا الحاضر بأن المجتمعات الدولية لا يستطيع الاستغناء عن التعايش بتعاون فيما بينها، وهذه الحاجة تدعو لنشوء روابط قانونية جديدة لتنظيم الحياة القانونية الخاصة للأفراد وعلاقاتهم المختلفة عبر الحدود الدولية لكل دولة من الدول، وأن أثر هذه العلاقات لا شك أنه واصل لكل دولة لذا لابد من تنظيم هذا النشاط المشوب بعنصر أجنبي على وجه يحقق احترام سيادة الدولة على تنظيم إقليمها ويؤدي في نفس الوقت إلي استمرار التعاون والتعامل الدوليين ما بين الأفراد[١].

اهمية البحث:

١. يواجه تنظيم القانون الدولي الخاص يواجه مشاكل متعددة بعضها يعود إلى اختلاف مصادره وموضوعاته
٢. أن دراسة هذا القانون وموضوعاته تختلف من دولة إلي أخري حسب ظروفها السياسية والاجتماعية ومن زمن إلي آخر وحسب حاجة الدولة إلي بقية الدول الأخرى.
٣. تتزايد أهمية هذا الفرع من القانون بسبب تطور التجارة الخاصة الدولية في هذه البلاد.
٤. ظهور الأسواق المشتركة مما دفع بهذه الدول إلي الاهتمام بإبرام المعاهدات المنظمة للحياة الخاصة الدولية لتكون نبراساً إلى بقية دول العالم لتحذو حذوها في الاهتمام بموضوعات هذا الفرع من القانون.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث الأساسية في الإجابة عن التساؤل الرئيسي ما الاختصاص القضائي الدولي للماكم السودانية؟ والذي تتفرع منه الأسئلة التالية:

١- ما مفهوم الموطن والأجنبي.
٢- ما هي أنواع الموطن وأنواع تنازع القوانين.

٣- ما هي أهم اختصاصات المحاكم فيما يخص الموطن وفق قاعدة تنازع القوانين.

اهداف البحث:

١- التعرف على مفاهيم الموطن، والأجنبي وأنواع الموطن وتنازع القوانين.

٢- التعرف على اختصاصات المحاكم فيما يخص الموطن.

منهج الدراسة:

يسعى البحث لاتباع المنهج التاريخي التحليلي الاستقرائي.

هيكل البحث:

يشتمل هذا البحث على ثلاث مباحث تسبقها مقدمة وتليها خاتمة تحتوي على النتائج والتوصيات:

المبحث الأول: **تعريف القانون وبيان طبيعته وموضوعاته وتتبع تطوره التاريخي.**

المبحث الثاني: **الموطن.**

المبحث الثالث: **الإختصاص القضائي السوداني وفقاً لقاعدة تنازع القوانين.**

المبحث الأول

ماهية الموطن والمصطلحات المرتبطة به

المطلب الأول

ماهية الموطن

لكل دولة من الدول تشريع خاص وفكرة يختص بها وذلك لتمتع المشرع الوطني في هذه الدول بسلطة واسعة في تنظيم احكامه وكذلك بسبب اختلاف اسس تعيينه و صوره. وجرى العر على ان الانسان يتمتع بحرية الحرية أينما شاء وكيفما شاء، وهذا مانصت عليه المادة (١٣) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ بأنه: (لكل انسان حق التنقل الحر و له ان يجعل محل اقامة في أية دولة يختارها[٢]. لذلك نجد في كل دولة قسمين من السكان وطنيين واجانب بحيث يعد اقليم الدولة وطناً للوطنيين و موطنا دولياً للأجانب وبهذا عد الموطن اساساً لتوزيع الأفراد دولياً الى جانب عامل الجنسية. وانطلاقاً

لهذه الأهمية للموطن فإن القواعد القانونية التي تنظم احكامه في تشريعات الدول،قد اقرت في مجال العلاقات الخاصة الدولية، بأن لكل شخص الحق في موطن معين تتركز فيه مصالحه. ونظراً لذلك، فأن دراسة ماهية الموطن بوجه عام تستلزم تعريفه من خلال بيان مفهومه والتوقف عند مزاياه وعيوبه ومن ثم معرفة طبيعته القانونيةومكانه في النظام القانوني. ولما تقدم فأنه ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول لمفهوم الموطن، فيما نتناول في المطلب الثاني مكان الموطن في النظام القانوني وطبيعته القانونية.

الفرع الأول

التعريف اللغوي والعلمي للموطن

ورد في بعض المعاجم بأن الموطن هي منطقة إيكولوجية أو بيئية تعيش فيها أنواع معينة من الحيوانات أو النباتات. وهي البيئة الطبيعية التي يعيش فيها الكائن الحي أو البيئة المحيطة بالنوع (التي يؤثر ويتاثر بها هذا النوع)[٣].

أما في النظام الأنجلوسكسوني فإن الموطن يجئ مرادفاً لاصطلاح وطن الشخص الدائم[٤] (Person's permanent home).

يعتبر الموطن الأساس الثاني لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم، وهو المكان الذي يعيش فيه الشخص ويتصل بمجتمعه ويتخذه مكاناً له بحكم عمله وصلاته العائلية، وتترتب عليه نتائج قانونية هامة لاسيما في تنازع القوانين حيث يطبق قانون المكان في بعض المسائل على المتوطن فيه، ويعرف الموطن في القوانين الداخلية بأنه المحل أو الجهة التي يعتبر الشخص مقيماً فيها أو بها مركز أعماله،أما في القانون الدولي الخاص فهو إقليم الدولة الذي يقيم فيه الشخص بنية الاستقرار النهائي، أي أن للموطن علاقة بين فرد ودولة محددة الإقليم

لذا لا يعتبر موطناً انتماء فرد لجماعة من الجماعات السياسية[٥].

الفرع الثاني

تعريف الموطن قانوناً

ان التنظيم القانوني لحقوق الشخص و التزاماته يقتضي تركيز الفرد في مكان معين، ويعد بذلك موطناً فعلياً له ومكاناً للوفاء بالتزاماته تجاه الغير.فقد يرتبط الفرد روحياً و سياسياً بدولة ويستقر و يعمل في دولة اخرى، فتكون له جنسية الدولة الاولى و تكون الثانية موطناً له، فبعض الاشخاص في تنقل دائم بين اقاليم الدول المختلفة لأغراض تجارية وثقافية و سياسية، وقد يؤدي بهم الامر الى التوطن والاستقرار في اقليم دولة غير دولتهم الاصلية التي يتمتعون بجنسيتها، لأن تمتعهم بجنسية دولة معينة قد لايعني بقاءهم في اقليم تلك الدولة مدى الحياة[٦]. بل يكون لهم حق مغادرته الى اقليم دولة اخرى لغرض الاستقرار فيه بصورة عرضية أو دائمة او مؤقتة[٧].

فالموطن في القانون الخاص يقصد به: (المكان الذي يباشر منه الشخص اعماله و نشاطه القانوني ويخاطبه الغير فيه بالنسبة لكل مايتعلق بهذا النشاط [٨].

وعليه فالموطن هو المكان المعين الذي تكون للشخص صلة به بحكم استقراره فيه أو بحكم اتخاذه مركزاً لأعماله ومصالحه وصلاته العائلية.

وقد اختلف الفقهاء حول تعريف الموطن الدولي إذ عرفه الفقيه (سافيني) بأنه المحل الذي يختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائيا وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأعماله[٩].

وعرفه الفقيه (ستوري) بأنه:(الجهة التي اتخذها الإنسان مأوى له بصفة حقيقية وثابتة و مستمرة و جعل فيه مركز اشغاله و اذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه)، وعرفه الفقيه (دايسي) بأنه: (الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي

للشخص، ولكنه يجوزان يكون في بعض الاحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيماً فعلاً ام لا[١٠].

وهكذا فأن الافراد الذين يتمتعون بجنسية دولة معينة ويتوطنون في اقليم دولة اخرى يهتم القانون الدولي الخاص بموضوع تحديد موطنهم لحل مشاكل تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي لتعيين القانون الواجب تطبيقه على تصرفاتهم القانونية أو أحوالهم الشخصية و المحكمة المختصة في ذلك، فالقانون يعتد بصلة الموطن ويرتب عليها الآثار القانونية في المنازعات الخاصة بالنسبة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، عندما يعطى الاختصاص التشريعي او القضائي لقانون أو لمحكمة الموطن[١١].

فالاستقرار المكاني (الموطن) يعد ظرف اسناد ضروري و مهم لتنظيم العلاقات القانونية ولذلك يعتد به القانون و يجعل منه حالة واقعية مبنية على اساس ارتباط الفرد بأقليم دولة ولاتقل اهميته في الحياة القانونية الدولية الموطن ليس له مفهوم واحد في كافة الدول[١٢]، فالموطن بالنسبة للنظام اللاتيني يعني مكان السكن المعتاد(Habitualoresidence) ولعل القانون السوداني أخذ بهذا المعني حيث عرف الموطن في المادة ١/٢١ من قانون المعاملات المدنية بأنه: (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة[١٣]، وفي المقابل اعتبر القانون الشخص بلا موطن إذا لم يكن له مكان يقيم فيه عادة).

الخاصة عن اهمية الجنسية كرابطة بين الفرد والدولة، حيث يؤدي ايضاً الى حل مشكل تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي[١٤].

وعليه يكون التمييز فيما بين الجنسية والموطن باعتبارهما ضابط للاسناد لاعمال قواعد التنازع يكمن في ان التنظيم القانوني يقتضي تركيز

الفرد في مكان معين يعتبر موطناً فعلياً له أو يعتبر متوطناً فيه ولو لم يكن مقيماً فيه بالفعل، ويكون لمحاكمه عليه اختصاص ضمن دائرة الاختصاص الاقليمي، بحيث يمكن مخاطبته فيه بالنسبة لكل ما يتعلق بشؤونه القانونية و يعتبر مكاناً للوفاء بالتزاماته تجاه الغير و الاستيفاء بماله من حقوق على الغير. فالموطن حالة واقعية في الاصل و فكرة قانونية لها اهميتها في التنظيم القانوني من حيث توزيع الافراد دوليا على اساس غير الجنسية، ويمتد دوره الى ايجاد حلول للمشاكل التي تثار في نطاق موضوعات القانون الدولي الخاص في الجنسية الى المركز القانوني الاجانب في الدولة وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي لأنه رابطة قانونية بين الشخص و الدولة ومقر للشخصية القانونية يباشر فيه الشخص اعماله الاعتيادية[١٥]. ولكن هذا لايعني ضرورة انحصار النشاط القانوني للشخص في مكان معين، لأن الاصل ان للشخص الحرية الكاملة في ان يباشر تصرفاته القانونية في اي مكان يشاء ولو لم يكن هذا المكان هو موطنه أو محل اقامته، فلا يشترط لصحة التصرفات القانونية ان تتم دائماً في موطن الشخص أو في محل اقامته. وينبغي ملاحظة ان التوطن امر خاص اصلا بالشخص الاجنبي في صلته بالدولة التي يروم التوطن فيها، بينما صلة الوطني بدولته اوثق من ان تقتصرعلى الارتباط المكاني بها، وحتى مع تحققه فيها، فهي وطنا له، لامجرد موطن.

ولذلك قلما تحدث مشكلة في امر توطن الشخص الوطني في دولته، بينما كثيرا ما يعرض امر تحديد محل اقامة الاجنبي فيها الى وجود الاذونات الخاصة بالاقامة. ويختلف مفهوم الموطن الدولي عن مفهوم الموطن الداخلي فبالرغم من ان القانون الدولي الخاص، قد استمد

فكرة الموطن من احكام الموطن في القانون الوطني والداخلي.

ويحتم علينا التعريف بالموطن، ان نشير الى ان المشرع السوداني عرف الموطن بأنه: إقامة شخص في مكان يشمل تحديداً الموطن الداخلي أو الموطن الدولي خارج إقليم الدولة الذي هو أن يقيم الشخص في دولة من الدول على وجه الاعتياد وبنية دائمة، أي لابد من توفر عنصرين: عنصر السكن أو الإقامة أو المعيشة، وعنصر النية (Intention)، بالاضافة إلي الاختيار وهو أن يكون التوطن بإرادة حرة واختيار سليم، فمثلاً لا يكون المقيم من السجناء في دولة أجنبية أو الهارب من وجه العدالة أو اللاجئ أو أعضاء السلك الدبلوماسي لا يعتبر هؤلاء مواطنين لانتفاء نية البقاء لديهم، نص القانون بأنه: (يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن)[١٦].

المطلب الثاني

أنواع الموطن

وجاءت فقرات المادة المذكرة من ٤-٩ والمادة ٢٤ مبينة لأنواع الموطن وهي لا تخرج عن أقسام الموطن المعروفة[١٧].

أخذ القانون السوداني بفكرة تعدد الموطن كغيره من القوانين العربية كالقانون المصري العرفي، العراقي، السوري واتبع بصفة عامة تقسيمات القانون الانجليزي[١٨].

بجانب الموطن الأصلي هناك أنواع للموطن طبقاً لقانون المعاملات المدنية على النحو التالي:

الفرع الأول: مكان تجارة أو حرفة الشخص بالنسبة لإدارة هذه الأعمال.

الفقرة ٤: (يعتبر المكان إلي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة العمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحِرفة).

وهذا الموطن مخصص لأغراض خاصة بجانب الموطن الأصلي

فالشخص الذي يخصص كل نشاطه التجاري أو المهني في إقليم معين فيعتبر هذا المكان موطناً له بخصوص كل ما يتعلق بهذه الأعمال، فإذا كان لشخص مثلاً موطن أو إقامة دائمة في المملكة العربية السعودية (مهما كانت المدة التي يقيم فيها) وله مصنع لإنتاج العلف الحيواني في السودان، فإن السودان يعتبر موطناً له في كل ما يتعلق بشؤون هذا المصنع كعلاقاته مع العاملين فيه ومع الغير وللسلطات المختصة بجانب موطنه الدائم في السعودية، وهذه المسألة مهمة خاصة في تطبيق قانون الإجراءات المدنية بشأن اختصاص المحاكم والتنفيذ والخضوع إلي القوانين الداخلية كقوانين الضرائب بالإضافة إلى الخضوع لجميع القوانين العقابية فيما يتعلق بهذه الأعمال. تنص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م النافذ بأنه: ١/ب (يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إقامة المدعى عليه أو مكان عمله وقت رفع الدعوى).

الفرع الثاني: الوطن المختار:

أفرد القانون موطن منفصل لتنفيذ عمل قانوني معين أسماه الموطن المختار وذلك بالفقرة ٨ بالنص (يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين).

ولعل المشرع بإفراده للموطن المختار بفقرة منفصلة من فقرة الأعمال التجارية والحِرف أراد توسيع مفهوم الموطن لتغطية الأعمال القانونية كاختيار المحاكم والقوانين ولا سيما في مسائل التحكيم، إذ يعتبر مجال التحكيم مجال رحب يختص بأعمال الشركات التجارية الدولية.

الفرع الثالث: الموطن بالنص:

أعطي القانون السوداني للشخص الاعتباري موطن بالنص في المادة ٢/٢٤ (د) يكون للشخص الاعتباري الذي يكون مركزه الرئيسي في

الخارج وله نشاط في السودان يعتبر مركز إدارته بالنسبة للقانون الأصلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

وأوضحت الفقرة الأولي تمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق المتصل ة به (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي يقرها القانون).

ويسري على النظام التأسيسي لهذه الشخصيات الاعتبارية القانون السوداني، فمثلاً إذا كانت شركة تؤسس وفقاً لقانون الشركات لسنة ١٩٢٥م السوداني وكذا إذا كانت هنالك جمعية أو مؤسسة فالقانون المختص هو القانون السوداني إذا كانت هذه الشركة أو المؤسسة أو الجمعية إدارتها بالسودان أو تمارس نشاطها في السودان، وهذا ما تقضي به المادة ٢/١١ من قانون المعاملات بالنص على:

(يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها من قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيس الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في السودان فإن القانون السوداني هو الذي يسري).

وأوضح أن القانون السوداني يقرر أن المواطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة المنشأة خلافاً لبعض القوانين إذ يكون الموطن هو مكان تأسيس أو تسجيل المنشأة، والبعض يجعل للمكان الذي فيه الاستثمار التجاري أو الصناعي موطناً للمنشأة.

الفرع الرابع: الموطن بالتبعية:

وعرف القانون الموطن بالتبعية بالنسبة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب بجعل موطن قانوني لهؤلاء قائم على التبعية على الشخص الذي ينوب عنهم وذلك بالنص في الفقرة ٥ بأن: (يكون موطن القاصر أو المحجور عليه المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً).

واستثني القانون القاصر المأذون له بالتصرف في بعض الأعمال كما جاء في الفقرة ٦: (يجوز أن يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها)، وهذا يعني أن موطن القاصر المأذون له بالتصرفات من إدارة أعمال وتجارة يكون مستقلاً عن موطن وليه أو وصيه في حدود إدارة هذه الأعمال التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها بمفرده. عليه إذا كان موطن ولي القاصر السودان مثلاً يجوز لهذا القاصر أن يتخذ من دولة سوريا مكاناً لإدارة الأعمال الخاصة به.

أما إذا بلغ القاصر سن الرشد[١٩] يصبح له كامل الأهلية في اختيار محل إقامته ومباشرة كامل حقوقه المدنية، تنص المادة ١/٢٢ بأن: (كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)[٢٠].

المطلب الثاني

أركان الموطن

يتكون الموطن من ركنين هما: (الركن المادي) و(الركن المعنوي)، ويتجسد الركن المادي بالإقامة المعتادة في مكان (اقليم) معين وان كانت ابتداءاً للتوطن وثم يستقر فيه، والركن الثاني (الركن المعنوي) يتجسد في نية البقاء في هذا المكان لمدة غير محدودة.

الفرع الأول: الركن المادي:

يتحدد هذا الركن بالوجود المادي في المكان المعين، اي الاقامة في اقليم دولة معينة، حيث تختلف عن تسميتها موطناًلأنها محددة بوقت أو زمن أو إقامة معلومة، لأن فكرة الموطن لاتحتم ان يكون للشخص مأوى أو مسكن خاص في البلد الذي يعتبر موطنه[٢١]، رغماً من أن فعنصر مسكن الشخص أو الإقامة الإعتيادية في دولة معينة يمثل الركن المادي للموطن، اذ افترض المشرع وتسهيلاً لإثبات الموطن على ان الشخص الذي

يسكن في اقليم دولة معينة فإن هذه الدولة تكون موطنه، وعلى الرغم من ان طول او قصر مدة الاقامة في اقليم الدولة لاتفيد بالضرورة بأن هذه الدولة هي مقره الثابت أو محل سكن معين له في جزء معين من اجزاء هذا الاقليم، فمن الممكن ان يكون متنقلا اليه كالبدوا والرحل، وطالما يكون موجوداً داخل حدود تلك الدولة [٢٢]، وحيث تعد صفة الاستقرار من الامور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع [٢٣]. اما فيما يتعلق بطول مدة الاقامة واعتباره دليلا على التوطن فهناك رأيان: يذهب الأول: الى القول بأن [٢٤] طول المدة أو الزمن الذي يستمره الوجود المادي للشخص على اقليم الدولة يعد قرينة [٢٥] كافية على نية الإستقرار [٢٦].

ويذهب الرأي الثاني: الى ان طول مدة اقامة الشخص على أقليم الدولة لايعني بالضرورة ان هذه الدولة هي موطنه، وان عد افتراضاً هكذا، ذلك لأنه دليل قابل لإثبات العكس، بحيث يمكن ان تكون مدة الاقامة قصيرة جدا و مع ذلك يمكن اعتبارها دليلاً على التوطن اذاً فمن الممكن اعتبار الاقامة القصيرة جداً دليلاً على التوطن [٢٧].

كما في حالة الشخص الذي ينتقل للإقامة في مكان آخر صحبة افراد عائلته، الا انه يترك هذا الموطن الجديد الذي اقام فيه ساعات معينة و يرجع الى موطنه الاصلي لحضوره لمراسيم خاصة لتوديعه وصدفة يموت اثناء ذلك، فهنا يمكن اعتبار المكان الجديد الذي توطن فيه واتخذه مكاناً لإقامته، موطناً له بغض النظر عن مدة اقامته القصيرة فيه، وذلك بإعتبار ان الركن المادي هنا تحقق في وجوده المادي في الموطن الجديد الذي توطن فيه واتخذه مكاناً لاقامته، موطنا له بغض النظر عن مدة اقامته القصيرة فيه،لأنه متصفاً هنا بصفة الاستقرار، و يبقى هنا مدى توافر الركن المعنوي لاتمامه. كما ان هذا الوجود المادي

كركن للموطن، يختلف عن محل وجود الشخص، على اساس ان الوجود المادي حقيقة تتطلب استقرار الشخص مقاماً أو عملاً في اقليم دولة معينة ولو لم يوجد فيه فعلاً بصورة دائمة أو في وقت من الاوقات، بينما محل وجود الشخص هو الجهة التي يوجد فيها فعلا في وقت من الاوقات على غير استقرار وبدون نية (٣٠) البقاء[٢٨]. وعلى سبيل المثال، اقامة شخص في اقليم دولة معينة كتركيا أو ايران لمدة شهر لغرض الاصطياف أوالمعالجة أو الدراسة لمدة سنة أو اكثر. فلولا هذا الفرق بين الموطن و بين محل وجود الشخص لكان الموطن يفقد منقبل الفرد، بمجرد مغادرته لأي سبب من الاسباب ولو بصورة مؤقتة. ومع ان العنصر المادي للموطن يتمثل في الوجود المادي للشخص على اقليم الدولة، وجوداً متصفاً بصفة الاستقرار والاعتياد، ولو تخللتها فترات غيبة منقطعة(٣١)، لانه لاجدال فيه على حق الانسان وحريته في التنقل[٢٩].

وهنا نقول ايضا: ان اهمية استمرار الاقامة تكمن في كونه من الوقائع التي يمكن ان يستدل منها على نية الاستقرار حيث لابد للشخص الذي يجعل من مكان ما موطنا له ويباشر فيه اعماله ويجعله مقرا لصلاته وروابطه العائلية والاجتماعية، ان يستمر على الاقامة فيه أو ان تتوفر في اقامته من السمات والمظاهر مايدل على قابليتها لا فلا يمكن للاقامة ان تفي بالغرض باعتبارها العنصر للأستمرار، وان تخللتها فترات انقطاع متقاربة أو متباعدة، والمادي المكون للموطن، ذلك لأنه لولم تتم الاقامة بالاستمرار لاصبح من الصعب التفرقة بين الموطن وبين محل الاقامة العرضية.اذاً فان للشخص ان ينتقل منمكان الى آخر دون ان يفقد موطنه الاصلي، مادامت إقامته فيه مستمرة وبنية العودة اليه، وهذا يعني ان الركن المادي للموطن

لايتحقق بمحل الوجود للشخص أو بالإقامة العرضية مالم يقترن بالاقامة الاعتيادية لمدة غير محددة،وان الشخص اذا اكتسب موطناً فأنه يستمر عليه، الى ان يتغير ذلك الموطن بالفعل[٣٠].

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

يتمثل بنية بقاء الشخص في اقليم الدولة لمدة غير محدودة اي ان الشخص يسكن في اقليم الدولة بنية البقاء وحتى اذا تركه لفترة معينة أو لسبب عارض فإنه سوف يعود اليه[٣١].

ولاتعتبر الفترة التي يقضيها الشخص في الدولة توطناً بمجرد اقامته على اقليم تلك الدولة بل لابد من توافر هذه النية لديه بعد قيام وجوده المادي فيه وان تخللتها فترات انقطاع، لأن نية البقاء هذه لاتعني ضرورة وجود الشخص في موطنه على وجه الدوام، ففترات الغياب المؤقت عنه لا تؤثر فيه ويبقى محتفظاً به على الرغم من تركه له بعض الوقت طالما كانت لديه نية العودة اليه، كذلك فإن طول الإقامة لا يعتبر دليلاً أو مسبباً لقيام الموطن لهذا الشخص مالم يقترن بنية البقاء فيه مدة غير محدودة، بينما قد تعتبر الاقامة لمدة عدة اشهر أو سنة واحدة أو اكثر كافية لبقاء الموطن اذا توفرت عند التوطن نية البقاء مدة غير محدودة على وجه الاستقرار، فإن تحديد البقاء يبقى رهيناً بنية البقاء هذه، وهي التي تكشف عن طبيعة الوجود المادي للشخص في المكان الذي يقيم فيه من حيث انه هل هو وجود مادي مؤقت لمدة محدودة أم وجود مادي مستمر لمدة غير محدودة بنية البقاء والتوطن فالمرضي والسائحين وكل من له فترة محددة للإقامة في البلد المعني، لايعدون متوطنين في اقليم الدولة التي هم فيه مهما طالت مدة اقامتهم هذه، بسبب نيتهم العودة لموطنهم الدائم، فضرورة نية البقاء في قيام الموطن لا تعني ان يلازم الشخص

موطنه على وجه الدوام، لأن فترات الغياب المؤقتة لا تؤدي الى فقدانه فلا يكفي اذاً لقيام الموطن الدولي أن يقيم الشخص مدة طويلة أو قصيرة في مكان معين، بل لابد من ان يقترن ذلك بنية البقاء في ذلك المكان لمدة غير محدودة.اي لابد من ان يتوفر الركن المعنوي الى جانب الوجود المادي في مكان معين، لكي يعد ذلك المكان موطنا بالمعنى المطلوب، وهذه النية قد تكون صريحة أو ضمنية، وتستخلص من واقع حال الشخص أو من تصريحه القانوني، بالرغم من انه نرى: بأن الاقامة تعد قرينة على نية البقاء، وكلما طالت مدة الاقامة قويت القرينة، الا انها قرينة غير قاطعة وقابلة لاثبات العكس، لأن الزمن بحد ذاته لايمكن ان يؤخذ كدليل على التوطن ولكن السؤال هو: كيف يمكن اثبات هذه النية؟وفي اي وقت يجب ان تحدد نية البقاء؟اي الحالة الواقعية للشخص والمستمدة من افعاله و تصرفاته دون الاقوال و الكلمات. وللاجابة نقول كما اشرنا سابقا:تستخلص هذه النية من افعال و وقائع يستدل منها على الاقامة الفعلية بنية البقاء دون الاخذ بنظر الاعتبار المدة التي استغرقتها هذه النية.واخيراً يترتب على تحليل اركان الموطن الاثرين الآتيين[٣٢]:

الأثر الاول: ان جوهر الموطن هو الاقامة الاعتيادية و النية، وهذين الامرين يتوقف توافرها على ارادة الشخص الحرة و الاختيار السليم، دون اجبار.

الاثر الثاني: ان استقرار الاقامة في مكان معين، يدل على نية الشخصفي البقاء والتوطن، الذي يمكن الاستدلال عليه من الظروف المادية للشخص (واقع حال الشخص).

اسس تعيين الموطن: لم تلتزم الدول، ومنها العراق، مفهوما موحدا وعاما لفكرة الموطن، حيث اختلفت في تصويرها له وذلك بسبب الاختلاف في التوارث القانوني فيما بينها واختلافها

لضرورات الحياة القانونية ومدى الحاجة اليها[٣٣]، هذا بالرغم من ان فكرة الموطن هي اساسا لاتخرج عن كونها تعبيرعن فكرة واقعية تحولت الى فكرة قانونية استجابة لمقتضيات تنظيم الحياة القانونية، الا انه لابد من اساس يعتمد عليه في تعيين اساس هذه الفكرة. وعليه فقد وجد اتجاهان اساسيان في شأن تصوير فكرة الموطن في تشريعات الدول المختلفة

المطلب الثالث

الموطن وتنازع القوانين

الفرع الأول: وفق القواعد المنظمة:

من المعلوم بأن الدول تختلف فيما بينها بالنسبة لقواعد المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية[٣٤] ولا سيما فيما يتعلق بضابط الإسناد فالقانون المصري، العراقي والفرنسي يأخذون بقانون الجنسية، أما في القانون الأمريكي والكندي والنرويجي فيأخذون بقانون الموطن. ويلاحظ أن القانون السوداني يأخذ بقانون الموطن في بعض مسائل الأحوال الشخصية، وبهذا يكون للمواطن علاقة قوية بتنازع القوانين بل يعتبر مقدمة لازمة لمعرفة القانون المختص والمحكمة المختصة، فإذا ثار نزاع في إحدى مسائل الأحوال الشخصية أمام محكمة ما فإن أول نقطة تواجهها هذه المحكمة هي تحديد القانون الشخصي للخصوم، فإذا كان القانون الشخصي هو قانون المواطن فيجب الرجوع إليه وتطبيقه في النزاع ما لم يكن في تطبيق ذلك القانون مخالفة للنظام العام في الدولة[٣٥]. واستناداً للموطن فإن القانون السوداني يكون هو المختص في بعض المسائل منها الشروط الشكلية للزواج حيث تنص المادة ١١/٤ بأنه: (يعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وسوداني من حيث الشكل صحيحا إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه). فإذا ثار نزاع بين زوجين متوطنين في انجلترا أمام المحاكم السودانية فانه بموجب

قاعدة الإسناد المشار إليها ترجع المحكمة إلى القانون الشخصي وهو قانون الموطن.

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي:

أولاً: الاختصاص المكاني:

اختصاص المحكمة عادة في الأمور المدنية والتجارية يتحدد بمكان وجود المدعى عليهم أعمالاً لمبدأ (إن المدعي يتبع المدعى عليه) خاصة في الدعاوى المدنية ونجد تنظيم هذه المسألة في الباب الأول الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تحت عنوان " الاختصاص الدولي "[٣٦] حيث تختص المحاكم السودانية وفقاً لقانون الإجراءات المدنية في المواد ٧ إلى ١٥ إذا كان المدعى عليه متوطناً أو له محل إقامة في السودان، ويلاحظ أن القانون السوداني ساوى بين التوطن والإقامة التي لا تصل إلى درجة الموطن والدعاوى وهي:

أ/ الدعاوى التي ترفع على السودان ولم يكن له موطن أو محل إقامة في السودان ما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار في الخارج.

ب/ الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في السودان.

ج/ الدعاوى التي ترفع على الأجنبي في دعوى متعلقة بعقار أو منزل موجود في السودان حتى إذا لم يكن للأجنبي موطن أو محل إقامة في السودان.

د/ الدعاوى التي ترفع على الأجنبي في دعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو واجب التنفيذ في السودان حتى إذا لم يكن لهذا الأجنبي موطن إقامة في السودان.

هـ/ قضايا الإفلاس إذا اشتهر هذا الإفلاس في السودان أو كان الإفلاس بسبب أفعال وقعت في السودان حتى إذا لم يكن الأجنبي متوطن أو مقيم في السودان.

و/ الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية على الأجنبي مثل:

- دعاوى طلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال إذا كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في السودان، وكان السودان موطن الزوج ثم هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو تم إبعاد الزوج من السودان.
- دعاوى نفقة الصغير الذي يقيم في السودان.
- دعاوى نفقة الزوجة أو الأبوين إذا كانا يقيمان في السودان.
- الدعاوى المتعلقة بمسائل الولاية على المال إذا كان للقاصر أو المحجور عليه موطن أو محل إقامة في السودان أو كان السودان آخر موطن له.
- الدعاوي المتعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى سودانياً أو أجنبياً وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون السودانى هو المختص.

ز/ تختص المحاكم السودانية في الدعاوي التي يتعدد فيها المدعى عليهم الأجانب إذا كان لأي منهم موطن أو محل إقامة في السودان.

ح/ كذلك تختص المحاكم السودانية في دعاوي الإرث والتركات متى كان السودان آخر موطن للمتوفى أو كان الموروث سودانياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في السودان.

ط/ وينعقد الاختصاص للمحاكم السودانية في حالة قبول الاختصاص من قبل أطراف النزاع.

ي/ ويمتد اختصاص المحاكم السودانية للمسائل الأولية والطلبات العارضة أو المستعجلة إذا كان اختصاص الدعوى لها.

ثانياً: حالة الأجانب:

يقصد بالأجنبي في القانون الدولي الخاص كل من لا ينتمي إلى جنسية الدولة[٣٧] سواء كان الشخص منتمياً إلى جنسية دولة أخرى أو كان متجرداً من الجنسية ولكن لا يعتبر من كان متعدد الجنسية من ضمن هذه الجنسيات الوطنية إذ تعتبر الجنسية الوطنية حالئذٍ هي الراجحة. لأن القاضي الوطني يأمر بأوامر تشريعية وبالتالي إذا حصل تنازع فإن القانون الوطني هو الذي يطبق، ونجد هذا في نص المادة ١٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني الذي يقرأ: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية السودانية وجنسية دولة أجنية أخرى فإن القانون السوداني هو الذي يجب تطبيقه).

وكما ذكرنا من قل أن حالة الأجانب تعد مسألة أولية بالنسبة لمشكلة التنازع كالجنسية والموطن، لأن نشوء التنازع يفترض استعمال حق معين واستعمال هذا الحق يفترض ثبوت أهلية الوجوب بالنسبة لهذا الحق فلو أن المشرع السوداني قرر مثلاً حرمان الأجانب من تملك العقارات فإن التنازع لا ينشأ بشأن أي تعامل يقصد به تملك أجنبي لعقار في السودان (استعمال الحق يفترض التمتع به مقدماً) وهذه مسألة متعلقة بأهلية وجوب يرجع فيها القاضي للقانون الوطني. ماذا يعني هذا ؟ يعني هذا أن الدولة تتمتع بسلطان مطلق في شأن تنظيم حالة الأجانب وبيان حقوقهم ما دام أن هنالك معاهدة دولية تلزمها. ولكن هنالك ما يعرف بالحد الأدنى من الحقوق للأجانب يمكن أن تقف الدول عندها، أو أن تضيف إليها حقوقاً أخري أو امتيازات وذلك حسب ظروفها

وسياستها العامة، بل لها أن تؤثر هذه الحقوق أو الامتيازات الإضافية على طائفة معينة من مواطني دول معنية أو دول معينة (كالحقوق المقررة لمواطني دول مجلس التعاون الخليجي) وبعض الدول مثل ليبيا والعراق التي تقرر حقوق خاصة لمواطني الدول العربية. وهنالك حقوق مقررة للأجنبي تعتبر ضمن الحد الأدنى كحق الاعتراف بالشخصية القانونية للفرد وحق حرية العبادة وحرية المسكن، وحق الملكية وعدم المصادرة بدون تعويض وحقوق أخرى[٣٨].

ولا شك أن الدولة تضع في بالها وهي تحدد لهذه الحقوق عدة اعتبارات أولي هذه الاعتبارات كونها عضو في المجتمع الدولي ولها مصالح مشتركة متبادلة[٣٩]. وهنالك اعتبارات اجتماعية واقتصادية تؤثر في تحديد مثل هذه الحقوق كحاجة الدولة مثلاً لأعضاء جدد أو لاً، واعتبارات الأمن والسلامة للدولة وغيرها من الاعتبارات. وإذا تطرقنا إلى مفهوم الأجنبي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وكيفية تعامل المسلمين مع غيرهم من معتنقي الديانات الأخرى. في البدء نقرر أن تنظيم العلاقات بين المسلمين وغيرهم يقوم على أساس قانون العدل والفضيلة لا على أساس من الفتح[٤٠].

يتجه جانب من الفقه الشرعي إلى القول بأن الأجانب هم غير المسلمين الذين يقيمون داخل حدودها، وغير المسلم المقيم أو الموجود في دار الإسلام إما أن يكون مستأمناً[٤١]، أي أن الأجنبي هو ذلك الشخص إلي يستوطن داخل الدولة الإسلامية أياً كانت نوع الإقامة دائمة أو مؤقتة. وأكد البعض نفس المعني بأن " غير المسلمين هم الذين يقيمون في دار هذه المنظمة إقامة دائمة أو مؤقتة على أساس عقد الذمة أو على أساس عقد الأمان"[٤٢].

ويري البعض أن اصطلاح الأجنبي ينطبق شرعاً على المستأمن فقط وهو

الذي يقيم في الدولة لمدة قصيرة لا تتجاوز سنة على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي[٤٣]، وبالتالي فإن مفهوم الأجنبي لا يتعلق باعتناقه ديانة أخرى، أو وجوده في ديار أخرى إنما العبرة بفكرة الولاء والتبعية التي هي أصل الجنسية في العصر الحديث، فإذا كان الشخص تابعاً لديار ليس بينها وبين ديار الإسلام ولاء أو تبعية أُعتبر أجنبي. وعليه يترجح أن مفهوم الأجنبي في الفقه الإسلامي يجب أن ينظر إليه خلال إقرار الإسلام للمبادئ المستقرة المثالية كالاعتراف بالحضارات والثقافات والمجتمعات الأخرى.

وعليه يجب على الدول الإسلامية في العصر الحديث بناء علاقاتها الدولية على أساس هذه المبادئ وأولي هذه المبادئ الاحترام المتبادل لا سيما ونحن نجد في مرجعيات الإسلام مبادئ مستقرة تقوم على أساس التعامل الإنساني من وفاء بالعهود والمواثيق واحترام لآدمية الإنسان وإبقاء حقوقه مصونة ومحفوظة.

الفرع الثالث: حالة الأجانب وتنازع القوانين:

الثابت أن للاجئ حقوق وواجبات تختلف عن حقوق وواجبات الوطني، وأهمية دراسة حالة الأجنبي من الناحية العملية في مجال التنازع تثور بالنسبة للتمتع بالحقوق أكثر مما تثور بالنسبة لتحمل الواجبات.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السودانية

أفرد المشرع السوداني الفصل الثاني من الباب الأول من قانون الإجراءات المدنية لهذا الاختصاص في المواد (٧الي١٥) بجانب نصوص أصول الأحكام القضائية وقانون السلطة القضائية. ونظام الاختصاص على النحو التالي:

المطلب الأول

الدعاوى التي ترفع على السوداني والمقيم

أولاً: الدعاوى التي ترفع على السوداني:

نصت المادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م على: (يجوز بموافقة المحكمة إقامة الدعوى على السوداني أمام المحاكم السودانية ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في السودان ما عدا الدعاوى يتبع المدعى عليه ويسعي اليه، بالاضافة الي اعتبارات السيادة إذ أن الدولة تباشر نفوذها على كاف مواطنيها، لذا بمجرد أن يكون المدعى عليه سودانياً وقت رفع الدعوى يجوز مقاضاته أمام المحاكم السودانية سواء أكان المدعى سودانياً أم أجنبياً، ويتساوى كذلك إذا كانت الواقعة المنشئة لمحل النزاع حدثت في السودان أو في الخارج، استثني القانون الدعاوى المتعلقة بعقار يقع خارج السودان.

ثانياً: الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أومحل إقامة في السودان:

تنص المادة ٨ من القانون (تختص المحاكم السودانية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في السودان وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار خارج السودان).

هذا اختصاص عام للمحاكم السودانية لكل الدعاوى التي يمكن أن ترفع على الأجنبي الذي يستوطن في السودان أو يقيم فيه عدا الدعاوى العقارية ويلاحظ أن القانون السوداني ساري بين المتوطن والمقيم العابر أي مجرد وجود الأجنبي (المادي) وقت رفع الدعوى يكفي لانعقاد الاختصاص للمحاكم السودانية.

ثالثاً: تعدد المدعى عليهم الأجانب وإقامة أحدهم في السودان:

وتختص المحاكم السودانية كذلك إذا كان هنالك عدد من المدعى عليهم ولهم

مواطن متعددة بينما لأحدهم موطن أو محل إقامة بالسودان، كما جاء في نص المادة ١١: (تختص المحاكم السودانية بنظر الدعاوى المقامة على عدد من الأجانب إذا كان لإحداهم موطن أو محل إقامة في السودان)

رابعاً: الدعاوى المتعلقة بأموال موجودة في السودان أو متعلقة بالتزامات نشأت أو واجبة التنفيذ في السودان والدعاوى المتعلقة بالافلاس:

تنص المادة ٩: (تختص المحاكم السودانية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في السودان وذلك في الأحوال التالية:

أ/ إذا كان موضوع النزاع متعلقاً بعقار أو منزل موجود في السودان

ب/ إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو واجب التنفيذ في السودان، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر أو عن أفعال وقعت في السودان أي لا يهم هنا جنسية الخصم ولا مكان موطنهم لن الدعوى مرفوعة بسبب وجود عقار أو منزل في السودان قضت المحكمة العليا في حكم لها[٤٤](بأنه ينعقد الاختصاص للمحاكم السودانية في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في السودان إذا كان موضوع الدعوى داخل السودان) يتمثل الطعن في أن المدعون (المطعون ضدهم) ورفعوا دعوى مدنية يطلبون إلزام الطعن (المدعى عليهم) بوصفهم موكليهم لانجاز بعض العمليات الإنشائية المتعلقة بمصنع أبي نعامة بموجب اتفاق ألزمهم بدفع محدد عبارة عن عمولات. تقدم الطاعنون (المدعى عليهم) بدفع مبدئ لمحكمة الموضوع مؤداه أن المحاكم

السودانية غير مختصة بنظر الدعوى حيث أن الطرفين يقيمان في الخارج، المدعية بالإسكندرية والمدعى عليها بجنوه بإيطاليا. رد المطعون ضدهم (المدعون) على الدفع المبدئي متمسكين بالمادة ٩ من القانون بأن النزاع نشأ بموجب عقد واجب التنفيذ في السودان وهو يتعلق بمعدات وآلات موجودة فعلاً بالسودان، وعن أعمال تمت داخل السودان.

محكمة الموضوع: استناداً للفقرة الثانية من العقد المبرم بين الطرفين قررت أنها مختصة بنظر النزاع وشطبت الدعوى.

محكمة الاستئناف: ألغت قرار محكمة الموضوع وضد قرارها كان الطعن.

قررت المحكمة العليا: بأن النزاع لا يدور حول المعدات والآلات ولا حول المصنع إنما موضوعه عمولات يدعى بها المدعون بموجب التزام ورد في فقرات العقد (الوكالة) والعمولات (موضوع النزاع) متعلقة بعقار أو منقول موجود في السودان ومن ثم يحكمه نص المادة ٩ من قانون الإجراءات المدنية (لسنة ١٩٨٤م).

وكذلك موضوع النزاع متعلق بالتزام نشأ ونفذ أو واجب التنفيذ داخل السودان أيضاً تحكمه الفقرة ٢ من نفس المادة.

وبموجب هذه المادة تكون المحكمة السودانية مختصة، ويلاحظ أن هذا الاختصاص يقوم حتى ولو كان المدعى في الخارج وقت رفع الدعوى وسواء كانت الدعوى متعلقة بمال أو دعوى دين في وقت واحد.

وتشمل المادة ٩ الإفلاس[٤٥] حيث تختص المحاكم السودانية التي يقع في دائرتها مركز معاملات التاجر

بكل المنازعات المتعلقة بالإفلاس وذلك رعاية لمصلحة الدائنين. وتشمل المادة كذلك الأفعال التي تقع في السودان كأن يقود سوري سيارته في إحدى مدن السودان فإن ارتضم بسيارة سوداني أو أجنبي فان المحكمة السودانية تختص بنظر دعوى التعويض.

خامساً: دعاوى الأحوال الشخصية على الأجنبي:

تنص المادة ١٠: (تختص المحاكم السودانية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في السودان وذلك في الأحوال الآتية:

أ/ إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ زواج أو بالتطبيق أو الانفصال وكانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في السودان، على زوجها الذي كان له موطن فيه، متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أُبعد عن السودان.

ب/ إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة الصغير المقيم في السودان أو لأحد الأبوين أو للزوجة متى كان لهما موطن فيه.

ج/ إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في السودان أو لطلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.

د/ إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى سودانياً أو كان أجنبياً وذلك إذا لم يكن المدعى عليه مواطن معروف في الخارج أو كان القانون السوداني هو الواجب التطبيق في الدعوى

هـ/ إذا كانت متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، متى كان القاصر أو المطلوب الحجر عليه مواطن أو محل إقامة في

السودان أو كان السودان آخر موطن أو محل إقامة للمطلوب الحجر عليه.

وتنص المادة ١٢: (تختص المحاكم السودانية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كان السودان آخر موطن للمتوفى أو كان المورث سودانياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في السودان).

خضوع قضايا الأحوال الشخصية للمحاكم السودانية، تتناسب طبيعة هذه القضايا التي تحتاج إلى تسهيل إجراءاتها وتقليل النفقات خاصة إن حل هذه القضايا هدفها الحصول على نفقات الزوجة أو القصر، لذا نجد أن القاعدة العامة في الدعاوى الشرعية إن الإختصاص يكون لمحاكمة مواطن فتقام الدعوى أمام المحكمة التي تقع في دائرتها محل الدعوى كدعاوي الطلاق والنفقة والنسب ودعاوي الإرث والشركات.

سادساً: قبول الاختصاص:

تنص المادة ١٣: (ينعقد الاختصاص لمحاكم السودان ولو لم يكن موضوع الدعوى داخلاً في اختصاصها، إذا قبل المدعي عليه ذلك صراحة أو ضمناً ولا تقضي المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها).

وتعطي معظم القوانين هذا الاختصاص للمحاكم الوطنية بنصوص صريحة كالقانون المصري[٤٦] والانجليزي وغيره من القوانين.

المطلب الثاني

المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية وتنفيذ الأحكام الأجنبية

الفرع الأول: المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى:

تنص المادة ١٥: (إذا رفعت المحكمة السودانية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحكمة مختصة بالفصل في كل طلب يرتبط بتلك الدعوى ويقتضي حسن سير

العدالة أن ينظر فيها).

وهذه المادة تعالج المسائل المتعلقة بالإجراءات وخضوع المحاكم لقانون المرافعات الوطني وهي قاعدة عامة في معظم قوانين الدول العربية[٤٧] حيث تعتبر القوانين الإجرائية من القوانين الإقليمية.

ويمتد هذا الاختصاص إلي الطلبات العارضة والأمور المستعجلة ومسائل التقادم وغيرها.

ونجد الكثير من التطبيقات القضائية في شأن الاختصاص منها ما جاء في حكم[٤٨] لمحكمة الاستئناف في قضية تتلخص وقائعها بأن المستأنفة (المدعية) أقامت دعوى مدنية ضد زوجها مطالبة بتعويض، وادعت أن المستأنف عليه (المدعى عليه) أشان سمعتها عندما أخطر أحد أصدقائه في لندن بأنه بعد الزواج وعند دخوله بها في المملكة وجد المستأنفة غير بكر.

دفع محامي المستأنف عليه بسقوط حقها في الدعوى بمضي المدة لمرور أكثر من عام على نشوئه عند إقامة الدعوى.

رد محامي المستأنفة بأن الحق يسقط بعد مرور ست سنوات وفقاً للقانون الانجليزي الواجب التطبيق في هذه الحالة على أساس أن الفعل الضار وقع في انجلترا.

وأصبحت نقطة النزاع تنصب حول القانون الواجب التطبيق: هل هو قانون التقادم الانجليزي الذي يسقط الحق بموجبه بعد مرور ست سنوات أم القانون السوداني والذي يسقط الحق بموجبه بعد عام واحد من نشوء الحق، قضت المحكمة بإعمال المادة ١٥ باختصاص القانون السوداني بشأن التقادم باعتبار أن الدعوى أقيمت أمام محكمة سودانية وأن مسألة التقادم من المسائل الإجرائية، وطبقاً لقواعد تنازع القوانين المسائل الإجرائية يحكمها القانون الداخلي وهو في هذه الحالة القانون السوداني.

الفرع الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية:

تختص المحاكم السودانية بتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنظيم المادة ٣٠٦ من قانون الإجراءات المدنية متطلبات تنفيذ هذا الحكم، حيث تنص المادة بأنه: (لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التحقق من استيفائه للشروط التالية:

أ/ أن الحكم أو الأمر صادر من جهة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه وأنه أصبح انتهاجياً وفقاً لذلك القانون.

ب/ أن الخصوم في الدعوى التي يصدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

ج/ إن الحكم لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم السودان.

د/ أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الأدب في السودان.

هـ/ إن الحكم أو الأمر يصدر بناء على غش.

و/ إن الحكم أو الأمر لم يتضمن طلباً أساسه الإخلاء بقانون من القوانين المعمول بها في السودان.

ز/ البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل أحكام المحاكم السودانية في أراضيه.

والملاحظ أن القانون السوداني لم يشترط اختصاص المحاكم السودانية بنظر النزاع الذي صدر فيه الحكم على عكس القانون المصري (المادة٩٨مرافعات) وإنما اشترط القانون صدور الحكم من جهة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه وأنه أصبح حكماً نهائياً وفقاً لذلك القانون ومن ثم تتحقق المحكمة من بقية الشروط ومن ثم تأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي[٤٩].

خاتمة

وتحتوي على النتائج والتوصيات

النتائج:

١. الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وفي المقابل اعتبر القانون الشخص بلا موطن إذا لم يكن له مكان يقيم فيه عادة.

٢. أجاز المشرع السوداني تمتع الشخص بأكثر من موطن وذلك على.

٣. ميز القانون السوداني الموطن لعدة أقسام وقد أفرد القانون موطن منفصل لتنفيذ عمل قانوني معين أسماه الموطن المختار وذلك بالفقرة ٨ بالنص (يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين).

٤. يقرر القانون السوداني أن المواطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة المنشأة خلافاً لبعض القوانين إذ يكون الموطن هو مكان تأسيس أو تسجيل المنشأة، والبعض يجعل للمكان الذي فيه الاستثمار التجاري أو الصناعي موطناً للمنشأة.

٥. للمواطن علاقة قوية بتنازع القوانين بل يعتبر مقدمة لازمة لمعرفة القانون المختص والمحكمة المختصة.

٦. يبرز اختصاص المحاكم السودانية عادة في الأمور المدنية والتجارية يتحدد بمكان وجود المدعى عليهم أعمالاً لمبدأ (إن المدعي يتبع المدعى عليه) خاصة في الدعاوى المدنية في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م في المواد ٧ إلى ١٥ حيث ساوى بين التوطن والإقامة التي لا تصل إلى درجة الموطن والدعاوى

٧. تختص المحاكم السودانية بتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنظيم المادة ٣٠٦ من قانون الإجراءات المدنية متطلبات تنفيذ هذا الحكم، حيث تنص المادة بأنه: (لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التحقق من استيفائه للشروط المنصوص عليها.

التوصيات:

١. العمل على إيجاد مفاهيم محددة للموطن أو على الأقل اصطلاح متعارف عليه وبمعايير تتفق عليها الدول وفقاً لأحكام القانون الدولي.

٢. على المشرع السوداني مراجعة بعض نصوص ومواد القوانني التي تختص بتحديد الوطن والمواطن

٣. على المشروع عدم التقيد بقانون الموطن في بعض مسائل الأحوال الشخصية، فإذا كان القانون الشخصي هو قانون المواطن فيجب الرجوع إليه وتطبيقه في النزاع ما لم يكن في تطبيق ذلك القانون مخالفة للنظام العام في الدولة.

٤. إذا حصل تنازع فإن القانون الوطني هو الذي يطبق، ونجد هذا في نص المادة ١٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني الذي يقرأ: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية السودانية وجنسية دولة أجنية أخرى فإن القانون السوداني هو الذي يجب تطبيقه).

٥. لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التحقق من استيفائه للشروط وهذا ما نص عليه القانون السوداني مع الإلتزام المستمر بذلك في كل القضايا.

الهوامش

- استاذ مشارك – رئيس قسم القانون الخاص – كلية القانون – جامعة الجزيرة – السودان.

١. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الثانية دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٧م ، ص٥ .

٢. البيركومبي، م، هيكمان، وجونسون، معجم الأحياء، منشورات بنجيون المرجعية، لندن، ١٩٦٦م

3. cheshire's private intemational law ، p . p 155،20d London ، 1970

٤. د. عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ص ١٥٤ وما بعدها .

٥. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦ (لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، .٢١٣ ص، ٢٠١٢

٦. د. حسن الهداوي ، د.غالب الداوودي، النظرية العامة للموطن والمركزالقانوني للاجانب واحكامهما في القانون العراقي، ط١ ،جامعة بغداد، .٢٠٦ص، ١٩٧٦

٧. شار اليه د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج١ ،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ ،ص٤٥٦

٨. شار اليه د. عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٢٤ ،ص٨

٩. شار اليه د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، منشأة المعارف، ط ٢منقحة ومزيدة، الاسكندرية، ١٩٧٦ ،ص٦٩٩

١٠. د. عبد الحميد ابو هيف، مصدر سابق، ص٨٢

١١. المرجع السابق

١٢. يعرف الموطن بأنه : (رابطة قانونية بين الشخص والسلطة التي تمارس اختصاصها على الاقليم الذي يسكن فيه هذا الشخص) ، أنظر حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ١٩٧٠م ، ص ٤٥ .

١٣. د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٦ ،ص١٩٨

١٤. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج١ ،ط١ ،بلا دار نشر، بغداد، ١٩٤٩ ،ص٢١٠

١٥. المادة ٢/٢١ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م

١٦. يقسم الفقهاء الموطن الأصلي الي عدة أقسام : فمن حيث طبيعته القانونية هنالك موطن أطلسي وموطن مكتسب والنسبة للعمل الي موطن عام وموطن خاص لبعض الأعمال .

١٧. يعرف في القانون الانجليزي أربعة أنواع للموطن: الموطن الأصلي ، الموطن المختار ، الموطن بالتبعية وموطن الأشخاص المعنوية أنظر G. Revision Th Conflict of law 5th ed . 1p . 165 ، London 1965.

١٨. سن الرشد هي ثمانى عشرة سنة قمرية كاملة (المادة ٢/٢٢) .

١٩. تنص المادة ٤/١٥ من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" بأنه : " تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم " يلاحظ اتفاق القانون السوداني مع الاتفاقية المذكورة ولكن لا يستقيم بالطبع أن نذهب بأن حق المرأة في اختيار محل سكنها وإقامتها حق مطلق لها لدرجة تتعارض مع إحكام الشريعة الإسلامية التي تحدد مسكن الزوجة وما للمرأة من إقامة وطاعة وحضانة .

٢٠. د. غالب الداوودي، النظرية العامة، مصدر سابق، ص١١.

٢١. فؤاد عبد المنعم رياض، دروس في القانون الدولي الخاص، ج١ ،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥ ،ص٢٧٢.

٢٢. د. عوض احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠١ ،ص٤٢١.

٢٣. عرف المشرع العراقي القرينة القانونية في المادة (٩٨ (من قانون الاثبات ذي الرقم (١٠٧ (لسنة ١٩٧٩على انها:(استباط المشرع امر ا ٢٦ غير ثابت من امر ثابت.) وكذلك عرف القرينة القضائية في المادة (١٠٢ (منه على انها:(استنباط القاضي امر غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعاوى.) وايضا اشار المشرع في

المادة (١٠٠ (من هذا القانون الى انه : (يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي مالم ينص القانون على غير ذلك

٢٤. د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص٢٧٩

٢٥. يث حكمت غرفة اللوردات البريطانية سنة (١٨٨٥ (في قضية (ليشنس) لتمتعه ببعض الحقوق، والتي تتلخص وقائعها بأنه : كان ٢٨ موطنه الاصلي اسكتلندا، ثم التحق بالجيش البريطاني، وخدم خارج البلاد سنين عدة، وبعد تسريحه من الخدمة، قضى حياته متنقلا بين الفنادق والشقق المفروشة في انكلترا، لحين وفاته في احداها، وعلى اثره حكمت المحكمة ان هذا الشخص لم يكتسب موطنا في انجلترا، وان موطنه لايزال في اسكتلندا، بأعتبار ان اقامة الشخص مدة طويلة في بلاد ما لاتجعل له موطنا فيها مادام لم يتخذ منها موطنا . د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢١٥.

٢٦. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط١ ،دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣ ، ص١٦٣

٢٧. د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ١٧٥

٢٨. د. هشام خالد، توطن المدعي عليه الاجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية، منشأة ٣١ المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢ ،ص٧٤.كذلك ينظر:د. جابر ابراهيم الراوي، مباديء القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي والمقارن، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٢ ،ص٢٧.

٢٩. لابد ان ننوه ان هناك نوعا من انواع الموطن، وهو الموطن الحكمي الذي لايتوافر فيه العنصر المادي المتمثل بالاقامة، لان القانون ٣٢ يعده موطنا ولو لم يقم فيه الشخص عادة، والذي يتم تحديده حكميا (بموجب نص القانون) لا واقعيا، وهو موطن خاص بعديمي الاهلية وناقصيها، بسبب صغر السن وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الاهلية، وبالمفقودين والغائبين، وهؤلاء موطنهم حكمي الزامي بموجب القانون، ويكون موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا في مباشرة التصرفات القانونية، من ولي ووصي او قيم . تنظر الفقرة (١/ م٤٣ (من القانون المدني العراقي رقم (٤٠ (لسنة ١٩٥١

٣٠. د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٨

٣١. د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٦

٣٢. د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، بلا دار نشر، بيروت، ١٩٦١ ،ص ٢١

٣٣. إن مسائل الأحوال الشخصية هي شروط انعقاد الزواج ، تحديد الأهلية وسن الرشد ، حقوق وواجبات الزوجية ، الأقارب ، الطلاق ، الانحلال، اثبات النسب ، التبني ، النظام المالي للزوجين ، الوصية ، الميراث ، الوقف .

٣٤. تنص المادة ٢/١٦ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م : " لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان "

٣٥. سوف نقوم بتفصيل موضوع الاختصاص القضائي في فصل مستقل .

٣٦. محمد كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

٣٧. حاول الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في سنة ١٩٦٦م تحديد هذه الحقوق على وجه الدقة ، أنظر د. فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

٣٨. كمبدأ المعاملة بالمثل the condition of Reciporcit وهو مبدأ في غاية الأهمية بالنسبة لحالة الأجانب وهو مبدأ غير ملزم للدول عادة إلا إذا أرادت الدولة أن تتقيد به ، وهذا التزام يكون إما على شكل معاهدة أو تشريع داخلي أو بالواقع العملي التطبيقي .

٣٩. الشيخ محمد أبو زهرة ، العلاقات الدولية في الإسلام ، القاهرة ، الدار القومية للطباعة والنشر ١٩٦٤م ، ص٥٢ .

٤٠. د. مصطفى أحمد فؤاد ، مفهوم إنكار العدالة ، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٦م ، ص ٢٧ ، أشار إلي د.حازم عبد المتعال الصعيدي ، النظرية الإسلامية

في الدولية مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث ، القاهرة ، طبعة ١٩٧٧م .

٤١. حامد سلطان أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص ٢٦٨ .

٤٢. د.مصطفى أحمد فؤاد ، المرجع السابق ، ص ٣٠ .

٤٣. طعن م٤/ط م/١٩٧٨/٨٦م مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٨م (قضية أورياتو قارديلا "طاعن" ضد شركة اسكندرية للأدوات والتصنيع "مطعون ضدها".

٤٤. دعوى الإفلاس هي الدعوى المتعلقة بمعاملات التاجر وتوقفه عن أداء الديون مما يسبب هذا التوقف إعلان المحكمة إفلاس ذلك التاجر وتعين وكيلا لتفليسه يسمى بالسنديك .

٤٥. المادة ٣٢ من قانون المرافقات .

٤٦. د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ١٩٦٤م ، ص ٢٩ .

٤٧. استئناف م أ/م س م /١٢/١٩٨٠م (قضية م.م.ع) مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٠م .

٤٨. انظر د. حيدر أحمد دفع الله ، تنفيذ الأحكام في قانون المرافعات القطري ، الطبعة الأولي ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

المصادر والمراجع

١. البيركومبي، م، هيكمان، وجونسون، معجم الأحياء، منشورات بنجيون المرجعية، لندن، ١٩٦٦م

٢. حامد سلطان أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية القاهرة،

٣. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية ١٩٧٠م، ص ٤٥.

٤. د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ط١ ،منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٤

٥. د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، بلا دار نشر، بيروت، ١٩٦١ ،ص ٢١

٦. د. جابر ابراهيم الراوي، مباديء القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي والمقارن، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٢ ،ص٢٧

٧. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ١٩٦٤م، ص ٢٩.

٨. د.جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج١ ،ط١ ،بلا دار نشر، بغداد، ١٩٤٩ ،ص٢١

٩. د. حسن الهداوي، د.غالب الداوودي، النظرية العامة

للموطن والمركزالقانوني للاجانب واحكامهما في القانون العراقي، ط١، جامعة بغداد،.٢٠٦ص، ١٩٧٦

١٠. د. حيدر أحمد دفع الله، تنفيذ الأحكام في قانون المرافعات القطري، الطبعة الأولي ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م.

١١. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب، مكتبة السنهوري، بغداد،.٢١٣ ص، ٢٠١٢

١٢. د.عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٢٤،ص٨

١٣. د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج١،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦،ص٤٥٦

١٤. د. عوض احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠١،ص٤٢١.

١٥. د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج١،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٦،ص١٩٨

١٦. د. مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٦م،

١٧. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الثانية دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٧م، ص٥.

١٨. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط١،دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص١٦٣

١٩. د. هشام خالد، توطن المدعي عليه الاجنبي كضابط

للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية، منشأة ٣١ المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٢

٢٠. د.حازم عبد المتعال الصعيدي، النظرية الإسلامية في الدولية مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، القاهرة، طبعة ١٩٧٧م.

٢١. د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وتنازع القوانين، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٦٩

٢٢. الشيخ محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، القاهرة، الدار القومية للطباعة والنشر ١٩٦٤م، ص٥٢.

٢٣. فؤاد عبد المنعم رياض، دروس في القانون الدولي الخاص، ج١،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥،ص٢٧٢.

المواد والقوانين:

١. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٨م

٢. قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م

٣. قانون المرافقات.

٤. قانون الإثبات العراقي لسنة ١٩٧٩م

٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

٦. مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٠م.

المراجع الأجنبية:

1. cheshire's private intemational law ، p. p 155،20d London ، 1970
2. G. Revision ، Th Conflict of law 5th ed. 1p. 165 London 1965.

الاتفاقيات الدولية:

١. الاتفاق الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن هيئة الأم المتحدة في سنة ١٩٦٦م

المعاهدات والتنظيمات الدولية في الشريعة الإسلامية

أ. صفاء أبو عادل محمد إسماعيل** / د. التوم محمد المشرف الزين*

مستخلص

يهدف هذا البحث الى التعرف علي طبيعة المعاهدات من حيث مفهومها ومدى مشروعيتها كما يهدف الى التعريف بالمنظمات الدولية غير الإسلامية و مدى مشروعية التحاق الدول الإسلامية بها و قد اتبع الباحث في ذلك المنهج الاستقرائي والتحليلي من خلال الرجوع الى النصوص الشرعية و اراء الفقهاء و فقه الواقع، وذلك بغية الوصول الى نتائج صحيحة. وقد بينت نتائج البحث ان المعاهدات من المعاملات، وأن المعاملات الأصل فيها الاباحة إلا ما ورد الشرع بحظره، ولكن علي الدول الإسلامية الا تنخرط في الاتفاقيات التي تسلبهم حقوقهم و عزتهم كما اثبتت النتائج ان انضمام الدولة المسلمة الى المنظمات الدولية غير الإسلامية والتي يغلب عليها الطابع السلمي جائز بشرط أن يكون فيه نصرة للمظلوم على الظالم و ان يتخذها المسلمون منبراً لإعلاء كلمة الإسلام و رفع شأن المسلمين.

Abstract

This research aims to identify the nature of treaties in terms of concept and legality, and also aims to define international non-Islamic organizations and legality of Islamic States entry to these organizations. The researcher followed the inductive and analytical method through Islamic Holy texts and opinions of Islamic scholars and jurisprudence of reality to reach a better results. The results of this research shows that treaties are transactions, and transactions in terms of origin are permissible, except of what has been restrained by jurisprudence, and Islamic States shall not engage in agreements which may deprive them of their rights and honor, and also the results

and Muslims should be a role model by following Islamic texts in their transactions to praise Islam all over the world.

shows that the entry of Islamic States to non Islamic pacifist international organizations is permissible , provided that all oppressed shall be supported

مقدمة

إقتضت طبيعة الاجتماع البشري مجموعة من العلاقات التي ما لبثت أن تناسلت و تطورت إلا ان وصلت الى درجة عالية من التعقيد والتشابك فإذا كانت العهود والمواثيق بين الأفراد شكلا قديما من العلاقات التي تجري في المجتمعات البشرية فإن ما يسمى بالمعاهدات و التنظيمات الدولية علي مستوى الدول والشعوب هو شكل متطور عن تلك الإتفاقيات الفردية و ان كان تابعا متولدا منها بالضرورة، ولما كانت المعاهدات والتنظيمات الدولية أداة لتحقيق نوع من الثبات في الحياة بإعتبار أن الدول عندما تتعاقد تستهدف تنظيم أمور معينة على نحو خاص يعبر عن مصلحها فأنه من الطبيعي أن تحتل قاعدة الوفاء بالعهود مكانة عالية في الشرائع السماوية عامة و في الشريعة الإسلامية خاصة وعبر عصور طويلة مارست الدول الإسلامية توقيع الاتفاقيات والمعاهدات و المواثيق الدولية مع دول غير إسلامية و تضمنت تلك الاتفاقيات التزامات و شروطاً و مبادئ عديدة بشكل يمثل تطورا في القانون الدولي الإسلامي وبشكل يفرض على الدول المسلمة الدخول في اتفاقيات وتنظيمات دولية مع دول غير إسلامية وفما مدى مشروعية الدخول في مثل هذه المعاهدات و التنظيمات الدولية و هذا ما سنحاول تناوله في هذا البحث.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في أهمية المعاهدات في الإسلام و علاقة الدول

الإسلامية بغيرها من الدول غير المسلمة حيث أنها تشمل عدة جوانب سياسية ، اجتماعية و اقتصادية كما تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال القاء الضوء على مدى مشروعية دخول الدول الإسلامية في تنظيمات دولية غير إسلامية (مثل هيئة الأمم المتحدة ، وما تفرع عنها ممن منظمات أخرى).

أهداف البحث:

١/ بيان أهمية المعاهدات و ما مدى مشروعيتها وأهميتها للدولة الإسلامية.

٢/ بيان مدى مشروعية دخول الدول الإسلامية في تنظيمات دولية غير إسلامية.

٣/ بيان إهتمام الإسلام بضرورة الإلتزام والوفاء بالعهود والمواثيق ما دام الطرف الآخر ملتزماً بها.

مشكلة البحث:

تمثلت مشكلة هذا البحث في تبيين موقف الإسلام من المعاهدات والتنظيمات الدولية وذلك من خلال الأسئلة الأتية:

١- ما مفهوم المعاهدات في الإسلام؟

٢- ما مدى أهمية المعاهدات في الإسلام؟

٣- ما هي شروط صحة المعاهدات في الإسلام؟

٤- ما هي التنظيمات الدولية؟

٥- ما مدى مشروعية الدخول في تنظيمات دولية غير إسلامية؟

منهج البحث:

إستخدم الباحث في هذا البحث المنهج الإستقرائي التحليلي الذي يقوم على إستقراء النصوص و تحليلها للحصول على نتائج صحيحة.

المبحث الأول

المعاهدات

المطلب الأول

المراد بالمعاهدات

المعاهدات في اللغة جمع معاهدة وهي مأخوذة من العهد وهو الأمان والذمة

ورعاية الحرمة وحفظها. والعهدة: كتاب الحلف والشراء واستعهد عليه من صاحبه أي اشترط عليه وكتب عليه عهده ومعاهدة الذمي، مبايعته لك على إعطاء الجزية[١]. فالمعاهدة اذن هي اتفاق بين طرفين.

والمعاهدة عند الفقهاء هي بمعنى الهدنة بل هي من اسمائها فهي بمعنى الإتفاق على ترك القتال لمدة معينة[٢].

أما المعاهدة في العصر الحديث فقد اخذت معنى اوسع وأشمل مما قال به فقهاؤنا، فقد عرفها بعض أهل الاختصاص بقوله اتفاقيه تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[٣]

وجاء في المعجم الوسيط: المعاهدة في القانون الدولي إتفاق بين دولتين او اكثر لتنظيم علاقات بينهما[٤].

إذن فالمعاهدة هي الاتفاق على تنظيم علاقة معينة سواء كانت سياسية أو ثقافية أو أمنية... الخ. ويرجع وجود مثل هذه المعاهدات إلى تشابك المصالح العامة وترابطها وعدم قدره الدولة على أن تعيش منعزلة عن العالم.

المطلب الثاني

حكم المعاهدات في الشريعة الإسلامية

المعاهدات بين المسلمين وبين غيرهم لا تخلو: إما عقده ذمة، فهذه جائزة بالإجماع كما تقدم وإما أن تكون معاهدة هدنة فقط وتقدم الكلام عنها أيضاً، وإما ان تكون معاهدة صلح مع إشتمالها على الإتفاق على تنظيم شؤون الحياة التجارية والعلمية دار والاعلامية والصحية ونحوها أو لتصفية العلاقات من الخلاف مع الجيران بعقد ما يسمي (معاهدة حسن الجوار) فهذا النوع الأخير من المعاهدات لم يكن معروفاً من قبل ولا تعرض له الفقهاء فما حكم الإسلام فيها؟.

أولاً: الذي يظهر ان ما كان منها وتبق الصلة بأمور الدنيا كالتجارة والزراعة

والصناعة والصحة والعلوم التجريبية والأمور التنظيمية والإدارية ، وكذلك ما كان مصلحة للمسلمين كمعاهدة حسن الجوار مع المجاورين فذلك لا بأس به وعلى المسلمين إن يقدروا ذلك بقدره[٥] وهنالك أكثر من دليل على ذلك أول هذه الأدلة هو أن هذه المعاهدات من المعاملات والمعاملات الأصل فيها الإباحة الا ما ورد الشرع بحظره[٦].

كما انها من العادات وليست من العبادات المحضة والعادات. هي ما اعتماده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه والأصل فيه عدم الحظر فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى[٧].

ثانياً: أن أصول هذه المعاهدات كانت موجودة كالتجارة مثلاً فإن المسلمين مازالوا يتعاملون مع غيرهم لكن بشكل فردي[٨].

وكالعلوم التجريبية ونحوها فإن المسلمين استفادوا من تجارب غيرهم وآرائهم، هذا فيما يختص بشئون الحياة الدنيا أما معاهدة حسن الجوار فإنها قد تباح ولا سيما إذا رأت الدولة الإسلامية في ذلك مصلحة راجحة إما للمسلمين أو للإسلام إذا كان ذلك يرغبهم فيه ويقربهم منه ودرجة الإباحة هو فعل النبي صل الله عليه وسلم، مقد عقد معاهدات حسن الجوار في غير مده فقد عقد معاهدة مع اليهود القاطنين في المدينة ولم يخرجهم إلا بعد نقضهم العهد[٩] وعقد معاهدة مع يهود وخير واستمروا على العهد حتى اخرجهم الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأمرين: أولهما ما سمعه من رسول الله صل الله عليه وسلم في قوله لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتي لا ادع إلا مسلماً[١٠].

وثانيهما: أنهم غشوا المسلمين والقوا عبد الله بن عمر الذي كان يبعثه والده لخرج الثمار، رموه بالقوة من فوق بيت وقيدوا يديه[١١].

وإذا قلنا إن هذه المعاهدات الأصل فيها الاباحة فذلك لا يقتضي الاباحة المطلقة بدون قيد او شرط بل لابد أن تتوفر فيها الشروط التالية:

١. ألا تحتوى على أمر محظور مثل: الإتفاق على تنفيذ ما تمليه الدولة الكافرة وأخذه بإطلاق أو أن تؤخذ منهم قضايا التشريع أو على المتاجرة بالأمور المحرمة كالمخدرات وكتب الالحاد ونحوها، او على تبادل المعلومات السرية المهمة، وما إلى ذلك وبرهان هذا قوله صلي الله عليه وسلم (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائه شرط فشرط الله أحق واوثق)[١٢].

٢. إلا تكون مؤبره بل تكون مؤقته أو مطلقة[١٣] طيله مده الهدنة او الصلح ذلك لأن التأييد يقتضي تعطيل الجهاد والركون إلى الدنيا.

٣. ألا تكون مع دولة محاربه فقد مضي أن العلاقة مع الحربين قائمة على المقاطعة والعداء والحرب والمعاهدة نقيص ذلك.

٤. ان تتم المعاهدة بالرضا دون أن يكون فيها إجبار أو إكراه[١٤].

٥. ان تبقي الشخصية الإسلامية عزيزة مهيبة فإن كان يترتب على عقد المعاهدة إخلال بذلك من ذل أو موالاة للكفار او نحوهما لم يصح.

٦. ان تكون ثمة حاجة او مصلحة تدعو لعقد المعاهدة.

المبحث الثاني
التنظيم الدولي

المطلب الأول
المراد بالتنظيم الدولي

التنظيم الدولي إصطلاح جديد يعني تجمع الدول أو بعضها تحت هيئات ومنظمات ووكالات للتعاون على حل الازمات والمشكلات العالمية سواء كانت سياسية أم اقتصادية أم

صحية أم غيرها، وكمثال على ذلك ما يسمي الآن بهيئة الأمم المتحدة التي انشئت عقب الحرب العالمية الثانية لحفظ السلام وحل المنازعات الدولية وتحقيق التعاون الاقتصادي والاجتماعي حسب ما جاء في بنودها وقد تفرع عنها عده منظمات ووكالات متخصصة مثل منظمة الأغذية والزراعة، ومنظمة اليونسكو، وانشئت لدعم التعاون بين الأمم في مجال التربية والعلوم والثقافة، ومنظمة الصحة العالمية، وصندوق النقد الدولي، ووكالة الطاقة الذرية الدولية هذا بالإضافة إلى مجلس الامن الدولي وغيرها[١٥] وتلك الهيئة تعتبر دولية، وهناك هيئات أخري تعتبر إقليمية مثل منظمة الوحدة الإفريقية وجامعة الدول العربية.

المطلب الثاني

موقف الإسلام من التنظيم الدولي

إن مما لا جدال فيه إن الإسلام دين عالمي وليس اقليمياً ولكن هل مقتضي ذلك أن الإسلام يحيز أن تشترك دولة الإسلام في مثل هذا التنظيم؟ إن الإجابة تكاد تكون عسيره لولا قدمناه من قواعد عامة تستطيع من خلالها استنتاج رأي نحسبه يمثل وجهه النظر الإسلامية فقد تقدم من القواعد والأسس ما يلي:

١. عالمية الإسلام.
٢. وإنه الدين الوحيد صحة وشمولاً كمالاً.
٣. وإنه بتسامح إلى حد بعيد مع غير الحربيين.
٤. وهو في الوقت نفسه بنهي عن موالاه المحاربين لله ورسوله ومولاتهم ويأمر بجهادهم.
٥. كما أنه لا يجعل الحرب هي الإتصال الأقرب والا وحد وكذلك ليس السلم قاعده عامة بإطلاق.
٦. الكفار في حكم الإسلام أما محاربون فيحب حربهم بحسب القدرة ومقتضيات المصلحة وإما

ذميون خاضعون لسلطنة مقيمون بداره، ومثلهم المستأمنون وإما أهل هدنة تتوقف الحرب معهم لوقت محدد او مطلق وإما أناس ليس لهم عهد ولا ذمة ولم يحاربون، وهؤلاء من الجائز أن يعقد معهم معاهدة أمن وسلام إما مطلقة او مؤقتة إذا كانت في ذلك مصلحة.

تلك أبرز القواعد العامة التي تقدمت فهل من حكم واضح لمسألة يقوم على تلك القواعد؟. والواقع أنه لا يوجد في تلك القواعد ما يصطدم مع جواز الاشتراك في الجملة فإن مثل تلك الهيئات وإن اختلط فيها المحارب للإسلام والمسالم له واختلفت الأغراض والأهداف، إلا أنه يغلب عليها الطابع السلمي والأغراض الإنسانية العامة ومن هنا نقول أنه لا مانع[١٦] من اشتراك الدولة المسلمة في الأصل في مثل هذه الهيئات والمنظمات بالشروط التالية:

١. ألا يكون الاتفاق على شيء محرم مثل ترويج المخدرات ونحوها.
٢. الا يكون تحيز ضد المظلومين والمستضعفين او ضد جنس من اجناس البشر، أو دولة ضعيفة في سائر بقاع الأرض.
٣. الا يعرض على الدولة المسلمة ، تطبيق محتوى الاتفاق في الهيئة المخالف لنص شرعي أو لقاعده عامة من قواعد الشريعة او لمصلحة الدولة المسلمة نحو توقيف الجهاد وتعطيله وتعميم الانظمة الاقتصادية غير الإسلامية وخلع حجاب المرأة ونحو ذلك.
٤. أن تبقي الشخصية الإسلامية عزيزه رائده فإن تعرض لها خدش أو كان هذا التنظيم سيؤدي بها إلى الذوبان فإنه يجعل الاشتراك أمراً ومحظوراً بلا جدال.
٥. فمتي أختل شرط من الشروط السابقة فالاشتراك غير جائز بل متي رأت الدول الإسلامية أن تلك الهيئات تملي عليها آراءها وخططها دون أن

ترعي للدولة الإسلامية فعلي الدولة حينئذ أن تقاطعها لان في البقاء ذله وهو أن على الإسلام وأهله.

أما الادلة على ما نقول فهي:

١. روى الإمام مسلم يستهده عن حبير بن مطعم قال: قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا حلف في الاسلام. واي حلف كان في الجاهلية لم بذوه الإسلام الا شدة[١٧].

قال الحافظ ابن حجر موفقا بين نفي الحلق واثباته في الحديث يمكن الجمع بان المنفي ما كانوا يعتبرونه في الجاهلية في نصر الحليف ولو كان ظالما ومن أخذ الثأر من القبلية يسبب قتل واحد منها والمثبت ما عدا ذلك من نصر المظلوم والقيام في امر الدين ونحو ذلك من المستحبات كالمصادفة والواردة وحفظ العهد[١٨] وقد حضر النبي صلي الله عليه في الجاهلية حلف الفضول[١٩] الذي ضم القبائل التي تعاقدت على نصره المظلوم.

٢. أن الاشتراك في هذه الهيئات يعد في المعاملات والمعاملات الأصل فيها الإباحة إلا ما ورد الشرع بحظره كما ذكرنا سابقاً.

المطلب الثالث

الوفاء بالعهود والمواثيق

كثيراً ما يحصل بين الناس معاهدات و اتفاق على أمور شتى، سواء أكانت بين أفراد أو بين أفراد و دول أو بين دول و دول. والعقل – دون شك – يقتضي لزوم الوفاء بهذه المعاهدات طالما كانت متمشية وفق المصالح العامة ووفق منهج الله و شرعه، إذ أن نقضها يفضي الى الفساد والخراب وإنتهاك الحقوق والحدود وانعدام الأمن والإستقرار كما أن النقض في ذاته يعد مكراً و خداعا و تلاعبا بعقول البشر وكل ذلك غير مقبول ، لا فطرة ولا عقلا و لا شرعا ولا عرفاً.

من هنا..جاء الإسلام ليؤصل هذا المبدأ و يرسي قاعدته فجعل الإلتزام بهذه

العهود والوقوف عندها واحترامها أمراً ضروريا و فرضاً لازماً.

- يقول جل شأنه: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ [النحل: ٩١].
- و يقول تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤].
- ويصف الله عباده المؤمنين الصادقين بقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].
- ونقض العهود سبب لمقت الله و غضبه و لعنته: ﴿وَالَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾ [الرعد: ٢٥].
- ونقض العهد من صفات المنافقين لا من صفات المؤمنين قال صل الله عليه وسلم: (أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيهه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، و إذا حدث كذب، و إذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)[٢٠].

وليس هذا الحكم خاصاً بالمسلمين فيما بينهم بل هو عام لكل الناس مطلق في كل العهود، إذا كانت لا تحل حراما و لا تحرم حلالاً و العهد لفظ عام لجميع ما يعقد باللسان و يعتزمه الانسان من بيع او صلة أو مواثقة في أمر موافق للديانة[٢١].

إذا فالعلاقة مع غير المسلمين قائمة على احترام العهود والمواثيق التي تتم بينهم.

أما ما ثبت في السنة من أن الحرب خدعة[٢٢]. ، فالجواب عنه ما قاله النووي رحمه الله تعالى:

إتفق العلماء على جواز الكفار في الحرب و كيف أمكن الخداع إلا أن يكون فيه نقض عهد أو امان فلا يحل[٢٣]

فالخدعة الجائزة هي التي تكون مع الحربيين الذين لا حرمة لهم ولا ذمة ولا عهد، أما إن وجد عهد و نحوه فلا تجوز عندئذ.

خاتمـــة

من المسلمات في واقع العلاقات الدولية أن الدولة بين الدول كالفرد وسط المجتمع فكما أن الفرد لا يسعه الإستغناء عن بني جنسه فكذلك الدولة وسط المجموعة الدولية لا يمكنها الاستغناء عن بقية الدول، والدولة الإسلامية كغيرها من الدول لا يمكنها العيش بمعزل عن العالم من حولها لذلك تلجأ إلى خارج حدودها كي تحقق مصالحها بالتعاون مع الدول الأخرى، ولأن الوسيلة الصالحة و المفضلة لذلك هي المعاهدات والمنظمات الدولية. لذلك جاء اهتمامنا بهذا الموضوع الحيوي الذي يشكل جزءاً من الاهتمام العالمي في عصرنا هذا، و بذلت قصارى جهدي و غاية وسعي لإصابة الحق المنشود، فإن وفقت فذلك من فضل الله، وإن كان غير ذلك فأستغفر الله..

نتائج البحث:

١- المعاهدات بين المسلمين وغيرهم لا تخلو من أنها عقد ذمة او معاهدة هدنة أو معاهدة صلح مع إشتمالها على تنظيم شئون الحياة التجارية والعلمية والصحية ونحوها.

٢- أن المعاهدات من المعاملات والمعاملات الأصل فيها الإباحة إلا ما ورد الشرع بحظره.

٣- أنه لا مانع من إشتراك الدول المسلمة في الهيئات والمنظمات الدولية والتي يغلب عليها الطابع السلمي و الأغراض الإنسانية العامة لكن بشرط أن تبقى الشخصية الإسلامية عزيزة ، رائدة فإن تعرض لها خدش أو كان هذا التنظيم سيؤول بها إلى الذوبان فإنه يجعل الإشتراك أمراً محظوراً دون جدال.

٤- أكدت الشريعة الإسلامية على الوفاء بالعهود والإلتزام بالمواثيق ، وجعلت ذلك من أهم صفات المؤمنين.

التوصيات:

١- يجب على الدول الإسلامية ألاّ تنخرط في إتفاقيات تسلبهم حقوقهم.

٢- على الدول الإسلامية عند الإشتراك في المنظمات الدولية التأثير عليها وإتخاذها منبراً لإعلاء كلمة الله و بيان محاسن الإسلام وفضائله والإستنصار للمظلومين.

٣- على المسلمين الوفاء بالعهود و الإلتزام بالمواثيق الدولية شريطة أن يلتزم الطرف الآخر بذلك.

الهوامش

- باحث بكلية الآداب – قسم الدراسات الإسلامية – جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – السودان.
- أستاذ مشارك بكلية الآداب – قسم الدراسات الإسلامية – جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – السودان

١. الزبيدي تاج العروس ، باب الدال فصل العنب مادة عهد (٨، ٤٥٤)
٢. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ١٠٠/٨٠ وابن قدامه في المعني ٥١٧/١٠.
٣. على صادق ابو هنب الهيف ، القانون الدولي العام ص ٥٢٥.
٤. المعجم الوسيط، إخراج مجموعة من الأساتذة إصدار وجمع اللغة العربية القاهرة، المكتبة العلمية ٦٤٠/٢ مادة عهد.
٥. وقد نجد بعض الباحثين المعاصرين من يجعل ذلك واجب (انظر تنظيم الإسلام للمجتمع، محمد ابو زهره ، ص ٤٦ فما بعدها وذلك مبني على أن الأصل هو السلام).
٦. ابن تيمية ، مجموع الفتاوي ٣٨٦/٢٨.
٧. المرجع السابق، ١٧/١٦/٢٩.
٨. ابو يوسف، الخراج ص ١٤٢.
٩. الامام الندوي ، شرح النووي على مسلم ٩٠/١٣، دار الفكر ، بيروت، ١٣٩٨
١٠. الحديث رواه الامام مسلم في صحيحة كتاب الجهاد ج ١٧٦٧.
١١. الشوكاني ، نيل الاوطار ١٥٨/٨ / ٨١ مطبعة مصطفي الياسب ، مصر.
١٢. متفق عليه عن عائشة رضي الله عنها، صحيح البخاري البيوع الباب ٦٧ / ٢١٠٠ وصحيح مسلم – العنق ج رقم ٨ ١٥٠٤.
١٣. ابن القيم، أحكام اهل الذمة ص ٤٧٧ على صادق ابو الهيف القانون الدولي العام ص ٥٨٥.
١٤. ابن تيمية ، مجموع الفتاوي ١٥٥/٢٩.
١٥. احمد عطيه الله، القاموس السياسي ص ١٧٠٥ الطبعة الرابعة ١٩٨٠ وعلى صادق ابو الهيف القانون الدولي العام ص ٦٠١.
١٦. محمد ابو زهره، تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٤٦ دار الفكر العربي.
١٧. صحيح مسلم فضائل الصحابة حديث رقم ٢٥٢٩ ، ابو داوود كتاب الفرائض باب في الحلف ١٢٩/٣ والترمذي كتاب السير الباب ٣٠ برقم ١٥٨٥.
١٨. ابن حجر العسقلاني فتح الباري ٥٢٠/١٠ ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي تصحيح بن باز نشر ادارة البحوث العلمية السعد .
١٩. محمد عبد الملك ابن هشام، سيرة النبي ١٤٣/١ مكتبة الجمهورية.
٢٠. البخاري كتاب الإيمان ٣٤/٢٤ و صحيح مسلم – الإيمان ٥٨
٢١. القرطبي الجامع لأحكام القران ١٦٩/١٠
٢٢. البخاري كتاب الجهاد باب ١٥٧، ٣٠٣٠ و صحيح مسلم الجهاد ١٧٣٩
٢٣. شرح النووي على صحيح مسلم ٤٥/١٢

المصادر والمراجع

١. محمد عبد الملك ابن هشام، سيرة النبي ١٤٣/١ مكتبة الجمهورية.

٢. محمد ابو زهره، تنظيم الاسلام للمجتمع ص ٤٦ دار الفكر العربي.

٣. متفق عليه عن عائشة رضي الله عنها، صحيح البخاري البيوع الباب ٦٧ / ٢١٠٠ وصحيح مسلم – العنق ج رقم ٨ ١٥٠٤.

٤. على صادق ابو الهيف ، القانون الدولي العام ص ٥٢٥.

٥. صحيح مسلم فضائل الصحابة حديث رقم ٢٥٢٩ ، ابو داوود كتاب الفرائض باب في الحلف ١٢٩/٣ والترمذي كتاب السير الباب ٣٠ برقم ١٥٨٥.

٦. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ١٠٠/٨٠ وابن قدامه في المعني ٥١٧/١٠.

٧. شرح النووي على صحيح مسلم ٤٥/١٢

٨. المعجم الوسيط، إخراج مجموعة من الأساتذة إصدار وجمع اللغة العربية القاهرة، المكتبة العلمية ٦٤٠/٢ مادة عهد.

٩. المرجع السابق، ١٧/١٦/٢٩.

١٠. الشوكاني ، نيل الاوطار ١٥٨/٨ / ٨١ مطبعة مصطفى الياسر ، مصر.

١١. الزبيدي تاج العروس ، باب الدال فصل العنب مادة عهد (٨، ٤٥٤)

١٢. الحديث رواه الامام مسلم في صحيحة كتاب الجهاد ج ١٧٦٧.

١٣. البخاري كتاب الجهاد باب ١٥٧، ٣٠٣٠ و صحيح مسلم الجهاد ١٧٣٩

١٤. البخاري كتاب الإيمان ٣٤/٢٤ و صحيح مسلم – الإيمان ٥٨

١٥. الامام الندوي ، شرح النووي على مسلم ٩٠/١٣، دار الفكر ، بيروت، ١٣٩٨

١٦. احمد عطيه الله، القاموس السياسي ص ١٧٠٥ الطبعة الرابعة ١٩٨٠ وعلى صادق ابو الهيف القانون الدولي العام ص ٦٠١.

١٧. ابو يوسف، الخراج ص ١٤٢.

١٨. ابن حجر العسقلاني فتح الباري ٥٢٠/١٠ ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي تصحيح بن باز نشر ادارة البحوث العلمية السعد.

١٩. ابن تيمية ، مجموع الفتاوي ١٥٥/٢٩.

٢٠. ابن تيمية ، مجموع الفتاوي ٣٨٦/٢٨.

٢١. ابن القيم، أحكام اهل الذمة ص ٤٧٧ على صادق ابو الهيف القانون الدولي العام ص ٥٨٥.

٢٢. القرطبي الجامع لأحكام القران ١٦٩/١٠