



جامعة آل البيت  
كلية الشريعة  
قسم الفقه وأصوله

قاعدة: الأصل براءة الذمة  
في التطبيقات القضائية الكويتية  
**Rule: Original patent clearance  
In Kuwaiti judicial applications**

إعداد

بدر غانم دابس الرشيد

الرقم الجامعي: (١٣٧٠١٠٤٠٢٠)

المشرف

الأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

م٢٠١٨

قاعدة: الأصل براءة النمة

في التطبيقات القضائية الكويتية

إعداد

بدر غانم دابس الرشيدى

الرقم الجامعي: (١٣٧٠١٠٤٠٢٠)

المشرف

الأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة

التوقيع

.....

.....

.....

.....

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة؛ مشرفاً

الاستاذ الدكتور انس مصطفى ابو عطا؛ عضواً

الدكتور عروة ناصر الدويري؛ عضواً

الأستاذ الدكتور محمد خلف بني سلامة؛ عضواً خارجياً

جامعة العلوم الاسلامية العالمية

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أمي وأبي...

وإلى إخوتي وأخواتي وزوجتي...

وإلى كل من وجهني وأرشدني في هذه الرسالة...

## الشكر والتقدير

أشكر الله جل جلاله أولاً وأخراً على ما مَنَّ به وتفضل.

ثم أشكر كلية الشريعة على اهتمامها بالعلم الشرعي، ثم أشكر أستاذي فضيلة الأستاذ الدكتور/ أحمد ياسين القرالة حفظه الله الذي قدر الله أن يكون مشرفاً على رسالتي، فتلقيت عنه وجلست بين يديه فلم يدخر وسعاً في نصحي وإرشادي، وقد استفدت من توجيهاته في كل ما قرأت، والحمد لله أنني تلقيت العلم على يد عالم متخصص، ومن دخل في طلب العلم بلا شيخ، خرج منه بلا علم، إذ العلم صنعة، وكل صنعة تحتاج إلى صانع، فلا بد إذاً لتعلمها من معلمها الحاذق، وكان أستاذي نعم العالم والشيخ المحقق المدقق، ولا يخفى على أحد دماثة أخلاقه، وتواضعه، فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء.

ثم أشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة في كتابة هذه الرسالة فجزى الله الجميع خير الجزاء.

## قائمة المحتويات

ج	الإهداء	.....
د	الشكر والتقدير	.....
هـ	قائمة المحتويات	.....
ز	الملخص باللغة العربية	.....
١	المقدمة	.....
١	أهمية الدراسة:	.....
١	أهداف الدراسة:	.....
٢	مشكلة الدراسة:	.....
٢	منهج الدراسة:	.....
٢	الدراسات السابقة:	.....
	الفصل الأول : مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة، والموقف الشرعي عند تعارضها مع غيرها من المرجحات	.....
٥		.....
٥	المبحث الأول: مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة	.....
٥	أولاً: مفهوم القاعدة الأصل لغة واصطلاحاً:	.....
٦	ثانياً: مفهوم البراءة لغة واصطلاحاً:	.....
٧	ثالثاً: مفهوم الذمة لغة واصطلاحاً:	.....
٨	رابعاً: معنى القاعدة:	.....
٩	المبحث الثاني: الموقف الشرعي عند تعارض قاعدة الأصل براءة الذمة مع غيرها من المرجحات	.....
١٢	الفصل الثاني : أصل القاعدة، ومشروعيتها، وعلاقتها بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وفروعها	.....
١٢	المبحث الأول: أصل القاعدة ومشروعيتها	.....

المبحث الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة اليقين لا يزول بالشك:.....	١٥
المبحث الثالث: القواعد المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك:.....	١٩
الفصل الثالث: بعض التطبيقات لقاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، وأثر القاعدة في أحكام المحاكم.....	٢٢
المبحث الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النصوص والقواعد القانونية الكويتية.....	٢٢
المطلب الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النص القانوني.....	٢٢
المطلب الثاني: القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة.....	٢٢
المبحث الثاني: بعض تطبيقات قاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي.....	٢٦
المطلب الأول: عطايا الخاطب لخطيبته.....	٢٦
المطلب الثاني: إثبات النسب.....	٢٩
المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في قدر المهر المسمى.....	٣٠
المطلب الرابع: سماع دعوى الزوجية.....	٣٢
المطلب الخامس: زواج زوجة المفقود.....	٣٣
المطلب السادس: النشوز وأثره في براءة الزوج من النفقة.....	٣٥
المطلب السابع: دخول العنين بزوجه وإنكارها.....	٣٦
المبحث الثالث: أثر القاعدة في أحكام المحاكم.....	٣٩
الخاتمة والنتائج والتوصيات.....	٤٠
أولاً: النتائج:.....	٤٠
ثانياً: التوصيات:.....	٤١
قائمة المصادر والمراجع.....	٤٢
Abstract.....	٥٠

قاعدة: الأصل براءة الذمة  
في التطبيقات القضائية الكويتية

اعداد:

بدر غانم دابس الرشيدى

إشراف:

الأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة

الملخص باللغة العربية

تناولت هذه الدراسة بيان قاعدة الأصل براءة الذمة في التطبيقات القضائية الكويتية، وقد تم ذلك من خلال مقدمة وثلاثة فصول، تحدثت في الفصل الأول عن مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة، وعن الموقف الشرعي من القاعدة عند تعارضها مع غيرها من المرجحات. وبينت في الفصل الثاني أصل القاعدة، ومشروعيتها، وعلاقتها بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وفروعها. وفي الفصل الثالث تناولت بعض تطبيقات قاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، وبينت أثر القاعدة في أحكام المحاكم.

وظهر من خلال الدراسة مدى اعتماد هذه القاعدة كأصل بني عليه الكثير من أحكام القضاء الكويتي فيما عرض عليها من قضايا، كما تبين مدى كون هذه القاعدة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، فهي تدخل في غالب أبواب الفقه، كما أمكن التعرف على القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة. وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، واقترحت بعض التوصيات.

## المقدمة

الحمد لله حمد الشاكرين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد:

فقد تميزت الشريعة الإسلامية بيسرها وشموليتها، ولعل من أبرز الأمور التي ظهر فيها هذا التميز ما يتعلق بالقواعد الفقهية والتي هي جمع لفروع متعددة فيما تناوله الفقهاء ومن ذلك قاعدة الأصل براءة الذمة وما سوغه الشرع فيها من الصور المختلفة ونود أن نقف على هذه التطبيقات المعاصرة لقاعدة الأصل براءة الذمة في التطبيقات القضائية الكويتية، ومن المعلوم أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وذمته بريئة من كل حق على اعتبار أن الإنسان يولد وذمته بريئة، ثم تشغل هذه الذمة بالمعاملات التي يقوم بها الإنسان خلال حياته، لأن الأصل براءة الذمة، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد العظيمة المأخوذة من قوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"<sup>(١)</sup>، لذا جاءت هذه الدراسة لتبين تطبيقات قاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي.

### أهمية الدراسة:

تهتم هذه الدراسة ببيان الأحكام الشرعية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة في التطبيقات القضائية الكويتية بصورها المختلفة.

أهمية مبدأ الأصل براءة الذمة، باعتباره أصلاً للحكم في الكثير من المسائل، فالأصل براءة ذمة الإنسان من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأقوال كلها والأفعال بأسرها.

بيان ما في الشريعة الإسلامية من مظاهر اليسر ورفع الحرج، وحفظ الحقوق من الاعتداء عليها.

مدى اعتماد هذه القاعدة كأصل بني عليه الكثير من أحكام القضاء الكويتي.

بيان أن قاعدة الأصل براءة الذمة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، فهي تدخل في غالب أبواب الفقه.

### أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على النقاط التالية:

التعرف على مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة، والموقف الشرعي عند تعارضها مع غيرها من المرجحات.

التعرف على أصل هذه القاعدة، ومشروعيتها، وعلاقتها بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وفروعها.

التعرف على القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة.

(١) صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، ورواه الترمذي في سننه، برقم: ١٣٤١، الجامع

الكبير، سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٨م، ج ٣، ص: ١٩.



## مشكلة الدراسة:

تتضح معالم مشكلة الدراسة من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة؟
- ما الموقف الشرعي عند تعارض القاعدة مع غيرها من المرجحات؟
- ما مدى أهمية القاعدة في النص القانوني؟
- ما أثر القاعدة في أحكام المحاكم؟

## منهج الدراسة:

اعتمدت في الجانب النظري على المنهج الوصفي الذي يقوم على الاستقراء والتحليل لقاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، وذلك بالرجوع إلى بعض المصادر والكتب التي تحدثت عن القاعدة، كما اعتمدت في القسم التطبيقي على بعض التطبيقات للقاعدة في القضاء الكويتي، وبعض الأحكام الصادرة من المحاكم الكويتية، وبيان مدى الاستفادة منها.

## سبب اختيار الموضوع:

عدم وجود دراسة تستوعب جميع جوانب هذه القاعدة محل بحثنا وخصوصا فيما يتعلق بالأحكام القضائية الكويتية.

أن قاعدة الأصل براءة الذمة تحل الكثير من المشاكل التي تحتاج إلى التفصيل والتحرير في مواطن الوفاق ومواطن الخلاف في الأحكام القضائية الكويتية، وهذا يؤكد الحاجة إلى دراسته من الجانب النظري والعملي.

## الدراسات السابقة:

وفيما يلي عرض للدراسات السابقة ذات الصلة:

١- دراسة الخضر (١٩٨٣) م بعنوان: الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهية<sup>(١)</sup>، والهدف من الدراسة التعرف على تعريف الاستصحاب وأنواعه، ومذاهب العلماء في حجية الاستصحاب، وأثر الاستصحاب في الفروع الفقهية، وذكر فيه القواعد الفقهية التي بنيت على الاستصحاب ومنها قاعدة الأصل براءة الذمة وأدلتها والأمثلة عليها. ولم يتطرق في رسالته لعلاقة قاعدة الأصل براءة الذمة بالقضاء الكويتي.

٢- دراسة حجازي (١٩٨٩) م بعنوان: البراءة الأصلية و أثرها في الفقه الجنائي<sup>(٢)</sup>، تناولت رسالة الباحث موضوع البراءة الأصلية وأثرها في الفقه الجنائي، وجاءت في خمسة فصول وخاتمة، وذكر قاعدة الأصل براءة الذمة واعتبرها أصلا في براءة الإنسان من أي التزام أو مسئولية طالما لم يوجد نص أو بيان.

(١) الخضر، علي إدريس، الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة،

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

(٢) وفيق حجازي، البراءة الأصلية وأثرها في الفقه الجنائي، اطروحة دكتوراة، جامعة الأزهر، ١٩٨٩.

٣- دراسة النعيمي (١٩٩٦) م بعنوان: الاستصحاب وفماذج من تطبيقاته الفقهية<sup>(١)</sup>، تناولت الدراسة تعريف الاستصحاب، وأنواعه، وأدلته، وفمازجه التطبيقية، وحكمه، وذكر قاعدة الأصل براءة الذمة في استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل في الحكام الشرعية. ولم يتناول علاقة القاعدة بالقانون.

٤- دراسة مصاروة (٢٠٠٣) م بعنوان: الاستصحاب حجيته وأثره في الأحكام الفقهية، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية<sup>(٢)</sup>، تناولت الدراسة حقيقة الاستصحاب، وأنواعه، وحجته، وأثر الاستصحاب في الأحكام الفقهية، وقواعده، وذكر قاعدة الأصل براءة الذمة ضمن قواعد الاستصحاب في المبحث الثالث من الفصل الرابع، ولم يتعرض الباحث لعلاقة القاعدة بالقانون.

٥- دراسة الحصين (٢٠٠٧) م بعنوان: مبدأ الاصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون<sup>(٣)</sup>، تناولت الدراسة مفهوم أصل براءة المتهم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، مع بيان الأدلة والقواعد الحاكمة، ثم بين الآثار المترتبة على أصل براءة المتهم في الشريعة والقانون، وبين التطبيق لأصل البراءة في أحكام المحاكم الجزئية والعامّة وديوان المظالم في مدينة الرياض، وتناول الباحث قاعدة الأصل براءة الذمة من حيث إنها قاعدة من القواعد الحاكمة لقاعدة الأصل براءة المتهم، ولم يتعرض للقاعدة من حيث علاقتها بالقانون الكويتي.

٦- دراسة الحسنات (٢٠١٠) م بعنوان: قاعدة (الأصل في الصفات العارضة العدم) مفهومها -تطبيقاتها - مستثنياتها<sup>(٤)</sup>. تناولت الدراسة معنى القاعدة، وصيغها، وأصلها، وأمثلتها، ومستثنياتها، وهي من القواعد المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ولم تتناول الدراسة قاعدة الأصل براءة الذمة بالتفصيل بل اكتفى بالإشارة إليها.

وبعد الاطلاع على الدراسات السابقة، وبعض الأبحاث المشابهة نجد أن جميع الدراسات السابقة لم تتناول موضوع دراسة الباحث بشكل مباشر، ولم يتطرق أي من الدراسات السابقة إلى موضوع علاقة قاعدة الأصل براءة الذمة بالتطبيقات القضائية الكويتية، وتتميز دراسة الباحث بأنها تناولت علاقة هذه القاعدة ببعض الأحكام القضائية في المحاكم الكويتية، وقد خصصنا فصلاً كاملاً يبحث في بعض التطبيقات لقاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، والقواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة.

(١) محمود رجب محمد ظافر النعيمي، الاستصحاب ونماذج من تطبيقاته الفقهية، اطروحة دكتوراة، جامعة بغداد ١٩٩٦.

(٢) عوني أحمد محمد مصاروة، الاستصحاب حجيته وأثره في الأحكام الفقهية، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٣م.

(٣) يوسف بن حسن الحصين، مبدأ الاصل في المتهم البراءة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية ٢٠٠٧م.

(٤) أحمد إبراهيم الحسنات، قاعدة (الأصل في الصفات العارضة العدم) مفهومها -تطبيقاتها، مستثنياتها، دائرة الإفتاء العام، الأردن، ٢٠١٠م.

## خطة الدراسة:

تأتي هذه الدراسة في مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

الفصل الأول: مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة، والموقف الشرعي عند تعارضها مع غيرها من المرجحات؛ وقد اشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة.

المبحث الثاني: الموقف الشرعي عند تعارضها مع غيرها من المرجحات.

الفصل الثاني: أصل القاعدة، ومشروعيتها، وعلاقتها بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وفروعها؛ واشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أصل القاعدة ومشروعيتها.

المبحث الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة اليقين لا يزول بالشك.

المبحث الثالث: القواعد المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

الفصل الثالث: بعض التطبيقات لقاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، وأثر القاعدة في أحكام المحاكم؛ وقد اشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النصوص والقواعد القانونية الكويتية؛ وقد اشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النص القانوني.

المطلب الثاني: القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة.

المبحث الثاني: بعض تطبيقات قاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي؛ ويشتمل على سبعة مطالب:

المطلب الأول: عطايا الخاطب لخطيبته.

المطلب الثاني: إثبات النسب.

المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في قدر المهر المسمى.

المطلب الرابع: سماع دعوى الزوجية.

المطلب الخامس: زواج زوجة المفقود.

المطلب السادس: النشوز.

المطلب السابع: دخول العنين بزوجه وإنكارها.

المبحث الثالث: أثر القاعدة في أحكام المحاكم.

## الفصل الأول : مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة، والموقف الشرعي عند تعارضها مع غيرها من المرجحات

### المبحث الأول: مفهوم قاعدة الأصل براءة الذمة

#### أولاً: مفهوم القاعدة الأصل لغة واصطلاحاً:

الأصل لغة: أصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد، والنهر أصل للجدول، وقيل: أصل كل شيء قاعدته التي لو توهمت مرتفعة ارتفع بارتفاعها سائر، ويطلق على ما يبنى عليه غيره، ويطلق على الحالة القديمة، كما في قولك: الأصل في الأشياء الإباحة والطهارة، والأصل في الأشياء العدم، وعلى ما هو الأولى كما يقال: الأصل في الإنسان العلم أي: العلم أولى وأحرى من الجهل.<sup>(١)</sup>

والأصل: بقاء ما كان على ما كان.<sup>(٢)</sup>

وأصل الشيء: قتله علماً فعرّف أصله، ورأي أصيل: له أصل، ورجل أصيل: ثابت الرأي عاقل.<sup>(٣)</sup> والأصل: العقل.<sup>(٤)</sup> وجمعه أصول.<sup>(٥)</sup>

ولعل المعني المراد هنا أن الأصل هو الحالة القديمة، وبقاء ما كان على ما كان.

---

(١) الزبيدي، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس، ت: مجموعة من المحققين، الدار الهداية ٤٤٧/٢٧

(٢) الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، المؤسسة الرسالة، بيروت، ١٢٢، ١٢٣.

(٣) ابن سيده، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبدالحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٨ / ٣٥٢.

(٤) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الالمكتبة العلمية، بيروت ص ١٦.

(٥) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الدار صادر، بيروت، ط: الثالثة: ١٤١٤هـ.

الأصل اصطلاحاً:

يطلق الأصل على عدة معان:

أحدها: الدليل، يقال: الأصل من هذه المسألة الكتاب والسنة، وثانيها: القاعدة الكلية، وهي التي تجمع تحتها جزئيات، وثالثها: الراجح أي الأولى، والأخرى، يقال: الأصل الحقيقة، ورابعها: المستصحب، يقال: تعارض الأصل والظاهر.<sup>(١)</sup>

وفي التعريفات: هو عبارة عما يبيّن عليه غيره، ولا يبيّن هو على غيره، والأصل: ما يثبت حكمه بنفسه ويبيّن على غيره.<sup>(٢)</sup>

والأصل هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو الدلالة المستمرة، أو استصحاب الحال الأول.<sup>(٣)</sup>

ثانياً: مفهوم البراءة لغة واصطلاحاً:

البراءة لغة: خروج من الشيء ومفارقة له، وأصل البراءة: التباعد من الشيء ومزايته، والبراءة تأتي بمعنى التخلص وبمعنى التنزه والتباعد، وبمعنى الإعذار والإنذار،<sup>(٤)</sup> ومنه قوله تعالى: ﴿بِرَاءةٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾<sup>(٥)</sup> أي أعذار وإنذار.

(١) التهانوي، محمد بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ت: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت ط: الأولى ٢١٣/١، نكري، القاضي عبد ربه النبي بن عبد رب الرسول الأحمّد، دستور العلماء، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عربي: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، ط، الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م، ٨٨/١. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه، ت: صلاح بن محمد بن عويضة الدار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ١١ / ١.

(٢) الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، ت: مجموعة، دار الكتب العلمية، ط، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ م، ص ٢٨.

(٣) مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، ط: السادسة ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢ م، ٢٧٣/٢.

(٤) ابن بطال، محمد بن أحمد بن محمد بن سليمان بن بطلال الركبّي، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهدب، دراسة وتحقيق وتعليق: مصطفى عبدالحفيظ سالم، المكتبة التجارية مكة المكرمة سنة: ١٩٨٨ م. ٣٠٩/٢، القزويني الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، الدار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ م، ٢٣٦ / ١.

(٥) التوبة: ١.

البراءة اصطلاحاً: ولا يختلف المعني الاصطلاحي للبراءة عن المعني اللغوي، فإن الفقهاء يطلقون لفظ البراءة في الطلاق ويريدون به: المفارقة، ويطلقونه في الديون والمعاملات والجنايات ويريدون به التخلص والتنزه، ولذا تردد على ألسنة الفقهاء كثيراً قولهم: الأصل براءة الذمة أي تخلصها وعدم انشغالها بحق آخر.<sup>(١)</sup>

وقيل هي: إظهار التخلص من وصلة أو اشتباك.<sup>(٢)</sup>

ثالثاً: مفهوم الذمة لغة واصطلاحاً:

الذمة لغة: العهد والكفالة، والأمان، ولهذا سمي المعاهد ذمياً، لأنه أعطى الأمان على ذمة الجزية التي تؤخذ منه.<sup>(٣)</sup>

والذمة اصطلاحاً: نفس ورقبة لها ذمة وعهد، أو هي صفة يصير الشخص بها أهلاً للإيجاب له وعليه.<sup>(٤)</sup>

(١) منلا خسرو، محمد بن فراموز بن علي، حاشية الشرنبلالي، مع درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، ٣٩٢/١. محمد بن أحمد المالكي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للشيخ الدددير، الدار الفكر، ٤١١/٣، النووي، المجموع شرح المهذب، الدار الفكر، معها تكملة السبكي والمطيفي. ١٠٦/١٧، ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ٣٥٢/٧، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ت: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آوام باغ، كراتشي، ص١٧. ابن جزوي، محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله ابن جزوي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص١٩٧، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ط: الأولى: ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م. ص٥٠.

(٢) الحدادي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، العالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت-القاهرة ط: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص٩٠.

(٣) ابن سيده، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ت: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ٥٨/١٠، الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ت / مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان -، ط: الثامنة ١٤٢٦، ٢٠٠٥ م، ١/١١١٠.

(٤) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م، ص١٠٠، السنكي، زكريا محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنكي، الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، ت /مازن المبارك، دار الفكر المعاصر بيروت ط: الأولى، ١٤١١ هـ، ص٧٢.

## رابعاً: معنى القاعدة:

ومعنى هذه القاعدة: أن الله عز وجل خلق الذمم بريئة من المطالبة بأي حق سواء من حقه سبحانه أو من حقوق الأدميين التي تجرى بينهم، فذممهم بريئة من كل مطالبة، ثم أعمرها عز وجل بما أعمرها به من الحقوق الواجبة له علينا، كحق توحيدته وأفراده بالعبادة وهكذا إن فالأصل أننا لا نطالب بأي عبادة، إلا بما دل عليها دليل شرعي صحيح، ويبقى ما لم يدل عليه الدليل على أصل البراءة من المطالبة منه، فلا تعمر الذمة بشيء إلا ببينة، وكذلك حقوق الأدميين التي بينهم فالأصل أن ذممنا بريئة منها فلا أحد من المخلوقين يطالبها بشيء إلا بما ثبتت به البينة، فالذمة بريئة من كل حق بيقين فلا تعمر بمجرد الدعاوي التي لا مستند لها ولا بالأحاديث الموضوعة والضعيفة الواهية التي لا تقوم بها حجة، بل لابد من يقين آخر يزيل يقين براءتها وهو البينة والبرهان، لأن اليقين لا يزول إلا باليقين.<sup>(١)</sup>

والقاعدة المستمرة أن الإنسان بريء من وجوب شيء أو لزومه وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل. ولأن الأصل براءة ذمة الإنسان، فالمتمسك بالبراءة متمسك بالأصل، والمدعي متمسك بخلاف الأصل، ولذلك لا يقبل في دعوى شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بشاهد آخر أو يمين المدعى عليه، ولذلك كان القول للمدعى عليه مع يمينه عند عدم البينة، لأنه متمسك بالأصل، وتعليل ذلك: أن المتمسك بالأصل متمسك بالظاهر، والمتمسك بخلاف الأصل متمسك بخلاف الظاهر، وكل من يتمسك بخلاف الظاهر ويريد إثبات أمر عارض فهو مدع والمدعي تجب عليه البينة، كما نص الحديث لأنه مثبت وكل من يتمسك بالظاهر منكر للأمر العارض فهو مدعى عليه فعليه اليمين، لأنه نافٍ ولا سبيل لإقامة البينة على النفي،<sup>(٢)</sup> وقد عبر عن ذلك أبو الحسن الكرخي في أصوله بقوله (الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله والبينة على من يدعي خلاف الظاهر).<sup>(٣)</sup>

(١) السعيدان، وليد بن راشد السعيدان، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية راجعه وعلق عليه الشيخ سلمان بن فهد العودة، ٤٦/١.

(٢) الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغربي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان ط: الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، ١٧٩/١ وما بعدها.

(٣) الكرخي، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي، أصول الكرخي، طبع صمن: أصول البزدوي، كنز الوصول إلي معرفة الأصول، لعلي البزدوي، المطبعة جاويد بريس، كراتشي ص ٣٠٨.

## المبحث الثاني: الموقف الشرعي عند تعارض قاعدة الأصل براءة الذمة مع غيرها من المرجحات

من المعلوم أنه عند تنازع الخصمين تتخالف مزاعمهما نفيًا وإثباتًا، فيحتاج في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به، في مبدأ الأمر، زعم أحدهما على زعم الآخر. ولدى تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية، وفي تقديم أحد المرجحات على الآخر إذا تعارضت، بعد ذلك يظهر أن الترجيح، في مبدأ الأمر، يكون بأحد شيئين، هما: الأصل، والظاهر

أما الأصل (القاعدة المستمرة والحكم الثابت) فأنواعه كثيرة:

- منها: هذه القاعدة، وهي براءة الذمة.

- ومنها: كون اليقين لا يزول بالشك.

- وكذا: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

- وكون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

وكون الأصل في الصفات والأشياء العارضة العدم، والصفات الوجودية الوجود... إلى غير ذلك من الأصول التي يعسر استقصارها. ولا يخفى أن هذه الأصول يتداخل بعضها في بعض، لأن بعضها فرع عن الآخر، كفرعية بقاء ما كان على ما كان عن اليقين لا يزول بالشك وفرعية براءة الذمة عن الأصل في الصفات العارضة العدم. فأى واحد من المتنازعين يشهد له أصل من هذه الأصول يترجح قوله حتى يقوم دليل على خلافه، لقولهم: إن القول قول من يشهد له الأصل. وأمثلة كل من هذه الأصول تعلم من كلامنا عليها فيما تقدم من المواد وفيما سيأتي.

وأما الظاهر: وهو الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور فهو قسمان:

القسم الأول: هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين. والقسم الثاني: هو الذي وصل فيه إلى درجة اليقين، وهو غير مراد هنا في هذا التقسيم، لأن الكلام الآن في المرجحات الأولية غير اليقينية.

القسم الأول: الظاهر، الذي جعلناه قسيم الأصل ويقع به الترجيح في الابتداء، وتحت نوعان:

النوع الأول: هو تحكيم الحال الذي يتوصل به إلى الحكم بوجود أمر في الماضي، بأن يجعل ما في الحاضر منسحباً على الماضي، وهو الاستصحاب المعكوس، ومعناه: جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي.

والنوع الثاني: هو دلالة الحال التي ليس فيها سحب ما في الحاضر على الماضي، بل يستأنس بها ويعتمد عليها في ترجيح أحد الزعمين على الآخر. وذلك: كوضع اليد فيما لو ادعى شخصان ملك عين وهي في يد أحدهما، فإن القول قول ذي اليد.

فهذه مقتضيات الترجيح الأولية التي يتقوى بها زعم أحد المتنازعين على الآخر، والتي يجمعها كلمتا: الأصل والظاهر، ثم إن هذا الأصل والظاهر إذا تعارضا مع بعضهما تقدم جهة الظاهر، لأنه أمر عارض على الأصل يدل على خلافه، وقدمنا أن الأصل إذا اعترض عليه دليل خلافه بطل. وذلك: كالقضاء بالنكول فإن اعتبره في الأحكام ليس إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة.



القسم الثاني: وأما وجوه الترجيح الثانوية فهي حجج الشرع الثلاثة: البينة، والإقرار، والنكول عن اليمين، وكذا القرينة القاطعة، فهذه الأربعة إذا تعارض أحدها مع أحد المرجحات الأولية، التي هي الأصل والظاهر، يتقدم عليها ويتك الأصل والظاهر، لأن الترجيح بهما إنما كان استثناساً حتى يقوم دليل أقوى على خلافهما، فإذا قام عليه أحد الأدلة الأربعة القوية التي هي في نظر الشرع تعتبر بمنزلة اليقين، يتبع ويحكم بمقتضاه دون الأصل والظاهر. هذا ثم البينة إنما تترجح على القسم الأول من قسمي الظاهر المتقدمين، أما القسم الثاني: الذي ذكرنا أنه وصل في الظهور إلى درجة اليقين القطعي فإنه يترجح على البينة، حتى لا تقام على خلافه. والحاصل: أن ترجيح زعم أحد المتخاصمين على زعم الآخر، في الابتداء، يكون بشهادة الأصل والظاهر حتى يقوم دليل من المرجحات الثانوية على خلافه، فإذا كان الأصل شاهداً لجهة والظاهر لجهة يرحح زعم من يشهد له الظاهر. ثم إذا عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليهما، وهذا في النوع الأول من الظاهر، أما النوع الثاني فإنه لا تقام بينة على خلافه لأن احتمال خلافه معدوم. وهذا البيان والتفصيل الذي أتينا به يقرب المسائل من الأذهان ويسهل معرفة الوجوه والعلل، وتطبيق الفروع على قواعدها بصورة معقولة. إذا علمنا ذلك ظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته لأنه يشهد له الأصل، وهو عدم شغلها، حتى يقوم دليل على خلافه<sup>(١)</sup>.

فعند التعارض يقدم الدليل الذي يكون أقرب للاحتياط وبراءة الذمة؛ لأنه يتفق مع تحصيل المصالح ودفع المضار. والتعارض والترجيح بين الأدلة باب واسع اختلفت فيه الأنظار وكثر فيه الجدل. وهو يتناول دعوى التأويل والتعليل والجمع والتوفيق والنسخ وعدمه. والتعارض إما بين النصوص أو بين الأقيسة مع بعضها، والتعارض في السنة قد يكون في الأقوال أو في الأفعال، أو في الإقرارات، وقد يكون الاختلاف بسبب وصف تصرف الرسول سياسة أو إفتاء، ويزال التعارض بأسباب من أهمها: الاحتكام إلى مقاصد الشريعة، وإن اختلفت النظرة إلى ترتيب المقاصد. وبهذا يعلم أن اجتهادات أئمة المذاهب جزاهم الله خيراً لا يمكن أن تمثل كلها (شرع الله المنزل على رسوله صلى الله عليه وسلم) وإن كان يجوز أو يجب العمل بأحدها، والحق أن أكثرها مسائل اجتهادية وآراء ظنية تحترم وتقدر على السواء، ولا يصح أن تكون ذريعة للعصبية والعداوة والفرقة الممقوتة بين المسلمين الموصوفين في قرآنهم بأنهم إخوة، والمأمورين بالاتفاق والاعتصام بحبل الله. وقد كان المجتهد من الصحابة يتحاشى أن يسمى اجتهاده: حكم الله أو شرع الله، وإنما كان يقول: هذا رأيي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريء. وكان مما يوصي به النبي صلى الله عليه وسلم أمير الجيش أو السرية قوله: وإذا حاصرت حصناً فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري، أتصيب حكم الله فيهم أم لا<sup>(٢)</sup>. وهو يدل على أن الأصح في قضية الإصابة والخطأ في الاجتهاد في الفروع الفقهية، هو مذهب المخطئة، وهم جمهور المسلمين، منهم الشافعية، والحنفية على التحقيق، الذين يقولون بأن المصيب في اجتهاده واحد من المجتهدين، وغيره مخطئ؛ لأن الحق لا يتعدد. ويقولون أيضاً: إن الله تعالى في كل واقعة حكماً معيناً، فمن أصابه فهو المصيب، ومن أخطأه فهو المخطئ. لكن بالنظر إلى العمل بثمره الاجتهاد.

(١) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [١٢٨٥هـ - ١٣٥٧هـ] شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى

أحمد الزرقا، الدار القلم - دمشق / سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ٨٧، ٨٩، ١٠٥، ١١٣.

(٢) رواه أحمد ومسلم والترمذي وابن ماجه عن سليمان بن بريدة عن أبيه.

لاشك أن حكم كل مجتهد هو حكم الله، لتعذر معرفته بيقين. وأخيراً تظل عقدة المسلمين الجاثمة فيهم في عصرنا هي العمل، العمل بشريعتهم عقيدة وعبادة والتزاماً وتطبيقاً لأحكام الإسلام في العبادات والمعاملات والجنایات والعلاقات الخارجية على حد سواء<sup>(١)</sup>.

وقد اتفق العلماء على تغليب الأصل على الغالب في الدعاوى، فإن الأصل: براءة الذمة، والغالب: المعاملات ولا سيما إذا كان المدعي من أهل الدين والورع<sup>(٢)</sup>، واتفقوا على تغليب الغالب على الأصل في البيئة، فإن الغالب صدقها والأصل براءة الذمة. واعلم أن طرق الترجيح لا تنحصر فإنها تلويحاً تتجول فيها الإجهادات ويتوسع فيها من توسع في فن الفقه<sup>(٣)</sup>. وقد يختلف اجتهاد المجتهدين في النصوص إذا تعارضت فمنهم من يسلك طرق الترجيح ومنهم من يسلك طريق الجمع والصواب تقديم الجمع على الترجيح ما أمكن إلا أن يفضي الجمع إلى تكلف يغلب على الظن براءة الشرع منه ويبعد أنه قصده فيتعين الترجيح ابتداءً إذا علم هذا فاعلم أن الترجيح الواقع في الألفاظ إما أن يكون من جهة المتن أو السند أو القرينة أما من جهة السند فيقدم المتواتر على الآحاد القطعية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) عبارة المصنف في كتابه الفروق (٤ / ٧٦) أوضح مما هاهنا، إذ يقول: ((بل اجتمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدّين ونحوه، فالقول قول المدّعى عليه، وإن كان الطالب أصلح الناس وأنقاهم الله تعالى، ومن الغالب عليه ألا يدعي إلا ماله...)). وانظر: حكاية الاتفاق في: المنثور في القواعد للزرکشي ١ / ٣١٥، تقرير القواعد لابن رجب ٣ / ١٦٢، تبصرة الحکام ١ / ١٠٦، ويراجع جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول ٢ / ٥٢٤ المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) إعداد الطالب: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي (رسالة ماجستير) إشراف: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ حمزة بن حسين الفعر الرسالة علمية، كلية الشريعة - جامعة أم القرى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

## الفصل الثاني : أصل القاعدة، ومشروعيتها، وعلاقتها بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وفروعها

ويشتمل على ثلاثة مباحث، المبحث الأول أصل القاعدة ومشروعيتها، والمبحث الثاني علاقة القاعدة بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، المبحث الثالث: القواعد المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

### المبحث الأول: أصل القاعدة ومشروعيتها

تندرج هذه القاعدة من القاعدة الفقهية الكبرى: اليقين لا يزول بالشك، والتي تعد من أكثر القواعد تطبيقاً، حيث قال عنها السيوطي إن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر<sup>(١)</sup>، وتعني هذه القاعدة أن الأصل في ذم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت ذلك بدليل، لأن الناس يولدون وذمهم فارغة. والتحمل والالتزام صفة طارئة، فيستصحب الأصل المتيقن به، وهو فراغ الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

أدلة القاعدة: ويدل على مشروعيتها الكتاب والسنة والاستصحاب.

أما الكتاب:

١- فقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يَنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>(٣)</sup>، ووجه الدلالة يتجلى في قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾؛ بناءً على أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فهذا النص بعمومه يقتضي أن الأصل في حال كل مسلم براءة ذمته، وعدم توجه مطالبة الغير عليه في نفسه وماله، فيدل على أن الأصل في نفسه حرمة القتل، إلا لدليل منفصل، والأصل في ماله حرمة الأخذ، إلا لدليل منفصل، وأن لا يتوجه عليه شيء من التكاليف، إلا لدليل منفصل، فتصير هذه الآية بهذا الطريق أصلاً معتبراً في الشريعة، في تقرير أن الأصل براءة الذمة<sup>(٤)</sup>.

(١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ-)، الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمي، ج ١، ص: ٥٥.

(٢) شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، عمان: دار النفائس، ٢٠٠٧، ص: ١٤٧.

(٣) التوبة: ٩١.

(٤) الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين النيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: ٦٠٦هـ-)، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، ط ٣، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج ١٦، ص: ١٢١-١٢٢.

٢- قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّى يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ﴾<sup>(١)</sup>، ووجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لما استغفر لعمه أبي طالب، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين، وأنزل الله ﴿مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ﴾<sup>(٢)</sup>؛ ندموا على استغفارهم للمشركين فبينت الآية أن استغفارهم لهم قبل التحريم على البراءة الأصلية لا إثم عليهم فيه ولا حرج حتى بين لهم الله ما يتقونه كالاستغفار لهم مثلاً<sup>(٣)</sup>.

٣- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾<sup>(٤)</sup>، ووجه الدلالة: أن الله لما أنزل تشديده في تحريم الربا كانت عندهم أموال مكتسبة من الربا، اكتسبوها قبل نزول التحريم - بين الله تعالى لهم في هذه الآية أن ما فعلوه من الربا على البراءة الأصلية قبل نزول التحريم لا حرج عليهم فيه، إذ لا تحريم إلا ببيان<sup>(٥)</sup>.

وأما السنة:

فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"<sup>(٦)</sup>، وفي لفظ لمسلم: ولكن اليمين على المدعى عليه<sup>(٧)</sup>.

(١) التوبة: ١١٥.

(٢) التوبة: ١١٣.

(٣) الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ٧/٤٩٧.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت، لبنان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ٧/٤٩٨.

(٦) حديث حسن، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج ١٠/ص ٢٥٢، (٢٠٩٩٠). وفي البخاري بمعناه - كتاب: التفسير، باب: (إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا)، (٤٥٥٢). ومسلم - كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، (١٧١١) ورواه ابن ماجه ٢/٧٧٨، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه ٢/٢٥٢.

(٧) رواد مسلم في صحيحه ج ٣/ ١٣٣٦، كتاب الأفضية، باب/ اليمين على المدعى عليه برقم ١٧١١.

ووجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل جانب المدعى عليه قوي لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفي منه باليمين<sup>(١)</sup>، ولما كانت براءة ذمة الإنسان أصلاً، فالتمسك بالبراءة متمسك بالأصل، وهو الظاهر، وهو المدعى عليه، والتمسك بخلاف الأصل المدعى، ولذلك لا يقبل في دعوى شغل الذمة إلا شاهدان، ولذلك كان القول للمدعى عليه مع يمينه - عند عدم البينة لأنه متمسك بالأصل<sup>(٢)</sup>.

وأما الاستصحاب:

تتفق هذه القاعدة مع مقاصد الشريعة الإسلامية، فهي تهدف إلى حماية حقوق الناس من الاعتداء، كما إن تطبيق هذه القاعدة يسد الطريق على من يريد الاعتداء على أموال الناس ودمائهم، وأعراضهم، ودمائهم، فلا يقدم ادعاه إلا بدليل لأن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه، ولأن كل من يتمسك بخلاف الظاهر ويريد إثبات أمر عارض فهو مدع، وعليه البينة لأنه مثبت والمنكر متمسك بالأصل وليس عليه سوى اليمين ولا يكلف إقامة البينة على النفي<sup>(٣)</sup>.

---

(١) ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الدار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ٥/ ٢٨٣.

(٢) الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث، مَوْسُوعَةُ الْقَوَاعِدِ الْفُقُهِيَّةِ، بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٣م، ج ٢، ص: ١٠٨.

(٣) داودي، عبد القادر، القواعد الكلية، والضوابط في الفقه الإسلامي، بيروت: دار ابن حزم، ٢٠٠٩م، ص: ٩٧.

## المبحث الثاني: علاقة القاعدة بقاعدة اليقين لا يزول بالشك:

اليقين: اليقين لغة: العلم الذي لا شك معه <sup>(١)</sup>، واليقين اصطلاحاً: اعتقاد جازم لا يقبل التغيير من غير داعية الشرع <sup>(٢)</sup>، أو علم يحصل بعد استدلال وروية <sup>(٣)</sup>، وقيل: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت <sup>(٤)</sup>.

يزول لغة: يزول لغة: الزاي والواو واللام أصل واحد يدل على تنحي الشيء عن مكانه <sup>(٥)</sup>، واصطلاحاً: التنحي عن المكان، حيث لم يختلق المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، والمراد أن ايقين لا يتنحى عن مكانه لطوء الشك عليه <sup>(٦)</sup>.

الشك لغة: الشك لغة: يدل على التداخل، والشك خلاف اليقين، وإما سمي بذلك، لأن الشاك كأنه شك له الأمران في مشكٍ واحد، وهو لا يتيقن واحداً منهما <sup>(٧)</sup>، واصطلاحاً: لا يختلف معناه اصطلاحاً عند الفقهاء عن معناه اللغوي، فحيث أطلقوه في كتب الفقه أرادوا به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استوى الاحتمالان أو ترجح أحدهما. أو: تردد بين أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر، وعند الأصوليين: إن تساوى الاحتمالان فهو شك، وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهم <sup>(٨)</sup>، ومعناها: أن ما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد طوء الشك عليه، لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيله ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى <sup>(٩)</sup>.

أدلة قاعدة اليقين لا يزول بالشك: والدليل عليها من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

فأما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ﴾ <sup>(١٠)</sup>

(١) إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الدار الدعوة ٢ / ١٠٦٦.

(٢) السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، بيروت: دار الفكر المعاصر، ١٤١١هـ،

(٣) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، تحقيق: محمد إبراهيم عبادة، القاهرة: مكتبة الآداب، ٢٠٠٤م، ص: ٦٦.

(٤) الزرقا، أحمد بن محمد (المتوفى ١٣٥٧هـ)، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص: ٧٩

(٥) القزويني الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دمشق: دار الفكر، ١٩٧٩م، ج ٣، ص: ٣٨.

(٦) القحطاني، أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عمير، الأسمرى، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، الرياض: دار العصيمي، ٢٠٠٠م، ج ٣، ص: ١٧٣.

(٧) معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج ٣، ص: ١٧٣.

(٨) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، ت تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دمشق: دار القلم، ١٤٠٨هـ، ص: ٣٦.

(٩) الزرقا، أحمد بن محمد (المتوفى ١٣٥٧هـ)، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص: ٨٢.

(١٠) يونس: ٣٦.

ووجه الدلالة: أن الشك لا يغني من اليقين شيئاً، ولا يقوم في شيء مقامه، ولا ينتفع به حيث يحتاج إلي اليقين والمعنى: أن العلم المشوب بشك لا يغني شيئاً في إثبات الحق المطلوب وذلك ما يطلب فيه الجزم واليقين من العلوم الحاصلة بالدليل العقلي، لأن الجزم فيها ممكن لمن اعمل رأيه إعمالاً صائباً إذ الأدلة العقلية يحصل منها اليقين، فأما ما طريق تحصيله الأدلة الظاهرة التي لا يتأق اليقين بها في جميع الأحوال فذلك يكتفى فيه بالظن الراجح بعد إعمال النظر وهو ما يسمى بالاجتهاد<sup>(١)</sup>.

وأما السنة: فعن عباد بن تميم، عن عمه، أنه شكاً إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة؟ فقال: لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً<sup>(٢)</sup>. ووجه الدلالة: هذا الحديث يدل على أن الأشياء يحكم ببقائها على ما هي عليه حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ<sup>(٣)</sup>. فهذا الحديث أصل في كل أمر قد ثبت واستقر يقيناً، فإنه لا يرفع حكمه بالشك للحكم ببقاء الطهارة وإن طرأ الشك، لأن الطهارة متيقن منها، وأما إذا تيقن من الحدث الموجب نقض الطهارة، فيقطع به، وهذا إعمال لقاعدة اليقين لا يزال بالشك<sup>(٤)</sup>. ومنها: ما روى أبو سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته، وأن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيباً للشيطان<sup>(٥)</sup>. ووجه الدلالة: أن الحديث صريح في وجوب البناء على اليقين<sup>(٦)</sup>.

(١) بن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، التحرير والتطوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، تونس: الدار التونسية، ١٩٨٤ م، ج ١١، ص: ١٦٦.

(٢) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ج ١، ص: ٣٩، رقم ١٣٧.

(٣) الباكستاني، زكريا بن غلام قادر، من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، جدة: دار الخراز، ٢٠٠٢م، ص: ١٨٨.

(٤) القحطاني، أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عمير، الأسمرى، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، الرياض: دار الصميعي، ٢٠٠٠م، ص: ٦٣ وما بعد.

(٥) النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم، باب السهو من الصلاة والسجود له، ج ١، ص: ٤٠٠، حديث رقم ٥٧١.

(٦) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج = شرح النووي على مسلم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ، ج ٥، ص: ٥٨.



وأما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على أصل العمل بهذه القاعدة، فقد نقل الإجماع صاحب الفروق فقال: هذه قاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه<sup>(١)</sup>.

وأما المعقول: فاليقين أقوى من الشك - لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً، فلا ينهدم بالشك أمثلة القاعدة:

المتيقن للطهارة إذا شك في الحدث فهو متطهر عند الأئمة الثلاثة، أي حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى، وأما عند مالك رحمه: فمن شك في الطهارة يجب عليه الوضوء، بناء على قاعدة تقول: (أن الشك في الشرط يوجب الشك من المشروط ضرورة)، فالشك في الطهارة يوجب الشك في الصلاة، وحمل الأحاديث الواردة والتي ذكرت دليلاً للقاعدة على المتلبس بالصلاة

فعللاً، وأما من كان خارج الصلاة وشك في الطهارة، فيجب عليه التطهر بناء على القاعدة آنفة الذكر<sup>(٢)</sup>.

المفقود: من غاب فلم يوقف على أثره ولم يوصل إلى خبره أنه حي أو ميت، فتجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث، ولا تبين زوجته، لأن حياته حين تغيبه متيقنة، وموته قبل المدة المضروبة شرعاً، يموت جميع أقرانه مشكوك<sup>(٣)</sup>.

(١) القرافي، أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن أدريس بن عبدالرحمن المالكي (أنوار البروق في أنوار الفروق) (= الفروق) عالم الكتب، ط: بدون. ١١١/١، ابن دقيق العيد، أحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، ١١٨/١، السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط الأولى، ١٤١ هـ ١٩٩٠م، ص ٥٣. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، ١٢١/١، بن قدامه، أبو محمد، موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م، ٧٤/١.

(٢) أبو الحارث الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط: الرابعة ١٤١٦٠ ١٩٩٦م ١٧٠/١ وما بعدها، السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت ١٤١٤، ١٩٩٣، ٨٦/١، القرافي، الفروق، عالم الكتب، ١١/١، الحذامي السعدي، أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار، المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط الأولى، ١٤٢٣، ٢٠٠٣، ٤٩/١، ابن قدامه، المغني، القاهرة، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م ١٤٤/١، الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط الأولى، ١٤٢٧، ٢٠٠٦م. ١١٦/١، الماوردي، أبو الحسن، على بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ت / على محمد عوض، عادل احمد عبد الموجود دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط: الأولى ١٤/٩/١٩٩٩.

(٣) النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ) طلبه الطلبة الامطبعة العامرة، مكتبة المتنى ببغداد الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٣١١هـ، ص ٩٥. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٦م، ج ١، ص: ٩٨.



إذا تحقق الدين على شخص، وشككنا في وفائه، فالدين باق<sup>(١)</sup>.

إذا وقع النكاح بين رجل وامرأة بعقد صحيح، ثم وقع الشك في الطلاق، فالنكاح باق، لأن النكاح متيقن فلا يزول بالشك، ولأنه شك طراً على يقين فلا يزيله<sup>(٢)</sup>.

إذا باع المال الربوي مجازفة فلا يجوز، لأن المماثلة في بيعه شرط محقق، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها فلا يصح البيع<sup>(٣)</sup>.

وجه العلاقة بينهما:

قاعدة الأصل براءة الذمة: تفيد أن الأصل المتيقن هو براءة الذمة من التكاليف والتبعات وغيرها، فإذا تعارض إشغال الذمة مع براءتها، فالأصل البراءة إلا إذا قام الدليل على الإشغال، فعند الشك في شغل الذمة فعند جمهور الفقهاء، يترجح جانب البراءة، لأنه الأصل المتيقن، وأما شغلها فهو مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك.

والمعنى: أن الأصل في وجوب شيء في الذمة اليقين والقطع، إما بالدليل القطعي بالنسبة للعبادات، أو القطع أو غلبة بالنسبة لتحمل التبعات الدنيوية فإذا شككنا في وجوب شيء علينا أو تعلقه بذمتنا ولم يقم عليه دليل قاطع أو غلبة ظن فالأصل براءة الذمة من التبعات وخلوها من الواجبات، لأنه اليقين الثابت، ولا يزال هذا اليقين إلا بمثله.

---

(١) الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج ١، ص: ٩٩.

(٢) الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مرجع سابق، ج ١، ص: ١٧٠.

(٣) الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث، مؤسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج ١، ص: ٣٣٩.

### المبحث الثالث: القواعد المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك:

القاعدة الأولى: الأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يقوم الدليل على خلافه، ومعنى هذه القاعدة: أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه<sup>(١)</sup>.

ومن أمثلتها:

من تيقن الطهارة، وشك في الحدث فهو متطهر، أو تيقن في الحدث وشك في الطهارة فهو محدث<sup>(٢)</sup>.

اشترى ماء، وادعى نجاسته، ليرده، فالقول قول البائع، لأن الأصل طهارة الماء<sup>(٣)</sup>.

تعاشر الزوجان مدة مديدة، ثم ادعت عدم، فالقول قولها لأن الأصل بقاؤها في ذمته وعدم أدائها<sup>(٤)</sup>.

زوج الأب ابنته، معتقدا بكارتها فشهد أربع نسوة بثبوتها عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها بأصبع أو ظفر، والأصل البكارة<sup>(٥)</sup>.

أكل آخر الليل، وشك في طلوع الفجر صح صومه، لأن الأصل بقاء الليل، وإذا أكل آخر النهار، بلا اجتهاد وشك في الغروب بطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار<sup>(٦)</sup>.

لو ادعى المستقرض دفع الدين إلي المقرض، وأنكر المقرض القبض، فالقول قوله، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو مبلغ القرض بعد ثبوته في الذمة، والدين باق في ذمة المقرض، ما لم يثبت الدفع، ولأنه كان مستحقاً بيقين وله تحليف المقرض على عدم القبض، فإذا حلف قضى له<sup>(٧)</sup>.

---

(١) الزرقا، أحمد بن محمد (المتوفى ١٣٥٧هـ)، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص: ٨٧، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ٣/٣٣٤. السلمي، عياض بن نامي بن عوض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدريب، الرياض السعودية، ط: الأولى، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ص ٢٠٣، الجيزاني محمد بن حسين بن حسن، دراسة وتحقيق قاعدة الأصل في العبادات المنع، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط: الأولى ١٤٣١هـ، ص: ٤٦.

(٢) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص: ٥١.

(٣) الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج ١، ص: ١٢٩.

(٤) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص: ٥٢.

(٥) المرجع السابق، ص: ٥٢.

(٦) المرجع السابق، ص: ٥٢.

(٧) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج ١، ص: ١٢٩.

القاعدة الثانية: ما عرف ثبوته بيقين لا يزال إلا بيقين مثله<sup>(١)</sup> وقد وردت بلفظ: الثابت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله، وبلفظ: ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، وبلفظ: الذمة إذا أعمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين<sup>(٢)</sup>، ومفاد الفقرة الأولى: أن ما عرف ثبوته أو نفيه بيقين - أي قطع وجزم - لا يجوز رفعه بأدنى من اليقين، فلا يرتفع بالشك أو بالظن الضعيف<sup>(٣)</sup>. وهذه القواعد تفيد: أن الأصل المتيقن ثبوته المقطوع بوجوده لا يجوز الحكم بزواله بمجرد احتمال، بل لابد من اليقين المقابل للمزيل لليقين الثابت، وبناء الأحكام على ذلك حتى يثبت الدليل المزيل<sup>(٤)</sup>.

ومن أمثلتها:

إذا دخلت سلعة في ملك إنسان بيقين - بعقد صحيح كبيع أو هبة أو إرث أو غير ذلك من أسباب الملك - فلا يجوز الحكم بزوال ملكه عنها بمجرد احتمال أنها ربما خرجت عن ملكه<sup>(٥)</sup>.

إذا كان عليه دين وشك في قدره لزمه إخراج القدر المتيقن، إلا أن تشتغل ذمته بالأصل، فلا يبرأ إلا مما يتيقن أداءه، كما لو نسي صلاة من الخمس تلزمه الخمس<sup>(٦)</sup>.

إن غم على الناس هلال شوال أكملوا عدة رمضان ثلاثين يوماً، لأن الأصل بقاء الشهر وكماله، فلا يترك هذا الأصل إلا بيقين<sup>(٧)</sup>.

سها وشك هل سجد للسهو؟ يجب عليه السجود، لأن الذمة أعمرت بوجود السجود يقيناً، والسجود مشكوك فيه، فعليه باليقين وهو السجود فعلاً<sup>(٨)</sup>.

(١) السرخسي، الميسوط، دار المعرفة، ١٤١٤، ١٩٩٣، ٢٤ / ١٣.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي، مرجع سابق، ج ٢٤، ص: ١٣، الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتب العلمية ط: القانية، ١٤٠٦، ١٩٨٦، ٢١٢/٣ الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية ط: الثانية: ١٤٠٣، السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ط: الأولى ص ٥٥. محمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: الرابعة ص ١٨٢.

(٣) الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج ٩، ص: ٨١.

(٤) المرجع السابق، ج ٩، ص: ١٥٩.

(٥) المرجع السابق، ج ٩، ص: ١٦٠.

(٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص: ٥٦.

(٧) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م، ج ٢، ص: ٨٠.

(٨) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص: ٥٥.

والخلاصة: أن قاعدة الأصل براءة الذمة من القواعد المندرجة تحت القاعدة الكلية الكبرى (اليقين لا يزول بالشك)<sup>(١)</sup>، والقواعد المتفرعة عن القاعدة الرئيسية اليقين لا يزول بالشك يعبر عنها بالأصل، فيقال: الأصل بقاء ما كان على ما كان، الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل براءة الذمة، الأصل إضافة الحادث إلي أقرب أوقاته، الأصل في الكلام الحقيقة الأصل في الأشياء الإباحة، الأصل العدم. ويعبر عن الأصل في جميع ذلك بالاستصحاب، وهو استصحاب الماضي إلى الحاضر، أي نقل الحكم الثابت في الماضي إلي الوقت الحاضر حتى يثبت غيره<sup>(٢)</sup>.

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية ١١/١٠١٩، الزحيلي، القواعد الفقهية، دار الفكر، ط: الأولى ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، ١/١١١.

(٢) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط: الأولى، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ١/١١١.

## الفصل الثالث: بعض التطبيقات لقاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي، وأثر القاعدة في أحكام المحاكم

المبحث الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النصوص والقواعد القانونية الكويتية.

المطلب الأول: أهمية قاعدة الأصل براءة الذمة في النص القانوني.

من المعلوم أن الله سبحانه خلق العباد كلهم أبرياء الذمم والأجساد من حقوقه وحقوق العباد إلي أن تتحقق أسباب وجوبها، فالأصل أن الإنسان يولد بريئ الذمة من وجوب شيء عليه وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل، حتى يثبت ذلك بدليل مقبول لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من حقوق الغير ويرجح قول من يتمسك ببراءة ذمته، لأنه يشهد له الأصل، وهو عدم شغلها، حتى يقوم دليل على خلافه، فالقاعدة المستقرة في الذمم عدم اشتغالها بشيء حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد وجد توافق بين الفقه الإسلامي والقانوني في تقرير قاعدة الأصل براءة الذمة، فقرر القانون أن الأصل هو براءة الذمة في نطاق المعاملات والحقوق الشخصية (الالتزامات)، فإذا ادعى أحد على آخر ديناً وجب عليه إثباته، لأنه قد ادعى شيئاً خلاف الثابت وهو شغل ذمة خصمه إذ الأصل براءة الذمة، كما نص على ذلك المادة رقم ١ من قانون الإثبات الكويتي في المواد المدنية والتجارية، فمن ادعى أنه أقرض غيره مبلغاً من المال يستلزم الأمر منه إثبات عقد القرض، ومن طالب آخر بقيمة مبيع عليه أن يثبت مقدار ما أصابه من خسارة، وقد جاءت الإعلانات والمواثيق الدولية وهي تؤكد على أصل براءة ذمة الإنسان من أية التزامات أو حقوق للغير ووجوب معاملة الشخص المتهم معاملة البريء حتى تثبت الإدانة بحكم قضائي. وقد نصت المادة الحادية عشر فقرة واحدة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً محاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه، ومثل ذلك نصت المادة التاسعة عشر من الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان، كما نصت المادة الرابعة عشر من الميثاق الدولي المتعلق بحقوق الإنسان المدنية والسياسية على ذلك فجاء فيها: كل متهم بمخالفة جزائية يفترض بريئاً حتى تثبت جرميته قانونياً<sup>(٢)</sup>».

المطلب الثاني: القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة

والمتمصفح للقضاء الكويتي يمكن أن يستخلص بعض القواعد القانونية المتعلقة بقاعدة الأصل براءة الذمة نبيها فيما يلي:

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٥١/٢، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للدكتور / محمد مصطفى الزحيلي ١٤٢/١ هامش روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهر بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، تحقيق: شعبان محمد اسماعيل، ١/ ١٩٥.

(٢) يراجع مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و٦٦ لسنة ٢٠٠٤ وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الجزء الثامن إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١ م. ويراجع السنهوري، الوسيط، طبعة نادي القضاة، ١٩٨٣، ٧١ / ٢، ٧٢ حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة، الاقرار و اليمين، ط: دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٤٨، ١ / ٤٤ د. عبد السلام الذهني، المدائيات، مطبعة المعارف، مصر، ١ / ١٩٣٣، ٩٨.

أولاً: قاعدة (البينة على من يدعي خلاف الأصل): المقرر شرعاً أن البينة على من يدعي خلاف الأصل، والمقرر في مذهب الإمام مالك أن الأصل في الحضانة أن تكون للنساء والأم أحق بحضانة ولدها مادامت مستوفية لشروط الحضانة ثم لأمها وإن علت ويشترط في مستحق الحضانة البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم صحياً وخلقياً، لما كان ذلك وكانت الجدة لأب قد عجزت عن إثبات إقامة أم المحضونتين مع الجدة لأم وأنها غير مستوفاة لشروط الحضانة بعد أن أفسحت لها المحكمة المجال إلا إنها تقاعست عن إحضار الشهود وكانت محكمة أول درجة قد ناظرت الجدة لأم وبان لها أنها بصحة جيدة وقادرة على صيانة المحضونتين وليس في الأوراق ما يخالف ذلك وكان الحكم المستأنف قد قضى بإسقاط حضانة المستأنفة لبنتي ابنها وإثبات حضانتها لجدتهما لأمهما لترعاها وتحافظ عليهما مما يتعين تأييده للأسباب التي أقيم عليها والأسباب سالفة البيان ومن ثم تقضي المحكمة برفض الإستئناف.<sup>(١)</sup>

ثانياً: قاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر).

من المقرر شرعاً أن البينة على المدعي واليمين على ما أنكر والعلة في ذلك: أن المدعى يقول بخلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهي البينة أما جانب المدعى عليه فهو القوي، لأن الأصل فراغ ذمته وبراءتها مما يدعيه المدعى فكلف باليمين فلو طلب المدعى عليه تحليف المدعى أن ما يأخذه يأخذه بحق لا يجاب إلى ذلك. لما كان ما تقدم، فإن طلب الطاعن توجيه اليمين إلى المطعون ضده. لا يستند إلى أصل في الشرع. فإذا ما عرض الحكم المطعون فيه عن ذلك فإنه يكون صحيحاً ولا يغير من ذلك ما أورده من التقريرات القانونية التي ساقها في هذا الشأن أياً كان وجه الرأي فيها إذ لهذه المحكمة - أن تصححها. ولما تقدم فإنه يتعين رفض الطعن.<sup>(١)</sup>

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فقرة: ٦٧١ ص ٤٩٥، ٤٩٦، ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، الطعن رقم ١٣٨ / ٢٠٠٣، أحوال شخصية جلسة ٦/٦ / ٢٠٠٤. ويراجع الشامل في فقه الإمام مالك، لابي البقاء بهرام الدميري، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١ / ٥٠٦.

(٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان: يمين، فقرة: ٦٣٤ ص ٤٧٧، ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، الطعن رقم ١٢٠ / ٢٠٠٤، أحوال شخصية جلسة ٢٦/١٢ / ٢٠٠٤. ويراجع الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق) للإمام القرافي، عالم الكتب، ٤ / ٧٤. الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٤ / ٨٠.

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان: يمين، فقرة: ٦٣٤ ص ٤٧٧، ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، الطعن رقم ١٢٠ / ٢٠٠٤، أحوال شخصية جلسة ٢٦/١٢ / ٢٠٠٤. ويراجع الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق) للإمام القرافي، عالم الكتب، ٤ / ٧٤. الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٤ / ٨٠.

وقاعدة البينة على من ادعى، قاعدة عامة تسري على المواد المدنية والمواد الجنائية في شريعتنا الغراء، فكما ان الأصل في المجال المدني براءة ذمة المدين، كذلك في المجال الجنائي فإن المتهم يعد بريئاً حتى يقوم الدليل القاطع على ادانته، ومن ثم لا يكلف بدحض ما يوجه إليه من إتهام أو إقامة الدليل على براءة نفسه، والسبب في جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليها، وذلك لأن المدعى يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى اظهاره، وللبينة قوة الاظهار، لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي، واليمين وان كانت مؤكدة ولكنها كلام الخصم، فلا تصلح حجة مظهره للحق، إلا أنها تصلح حجة للمدعى عليه لأنه يتمسك بالظاهر<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: قاعدة: عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر والأصل والمفروض: إن من يتمسك بالأصل يكون جانبه قويا و يكون الظاهر أن الحق في جانبه ولذا فإنه يعفى من تحمل عبء الإثبات، أما الطرف الآخر الذي يكون قوله مخالفا لهذا الأصل فعليه يقع عبء الإثبات، وبما أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر، فقد كلف بالحجة القوية وهي البينة - لأنها صادرة من غير المتخاصمين وتشهد بالحق وتوجهه - فيقوي بها ضعفه، أما المدعى عليه فهو في الجانب القوي أصلاً لموافقته لأصل البراءة، وكل ما يحتاجه هو استمرار حالة الأصل القائمة، فيكتفي منه باليمين - وهو حجة ضعيفة تدل على الحق ولكن لا توجهه - لضمان بقاء الظاهر والاصل. ومن القواعد المقررة في محكمة التمييز: أن من يتمسك بالثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً لا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع على من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض<sup>(١)</sup>.

رابعاً: قاعدة (صاحب الدفع يقع عليه عبء الإثبات): أي عبء إقامة الدليل على الواقعة التي يدعى بها، على الخصم الذي يدعيها. من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صاحب الدفع هو المكلف قانوناً بإثبات دفعه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه ولا تلزم المحكمة بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاع لم يقدم إليها مستنده أو الدليل عليه. لأن الأصل براءة ذمتهم من أي دعوى، وعلى الخصم أن يثبت دعواه<sup>(٣)</sup>.

خامساً: (دعوى الزواج الأصل عدم سماعها عند الإنكار)، لأن الأصل براءة الذمة من أي التزام إلا ما أثبتته الدليل، الاستثناء. ثبوتها بوثيقة زواج رسمية أو الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية. ما لم تكن الدعوى سبباً لدعوى نسب مستقل أو نسب يتوصل به إلى حق آخر. عدم تحقق ذلك. مؤداه اعتبار دعوى الزوجية غير مقبولة والقضاء بعدم سماع الدعوى. مفاد ذلك أن هذا الدفع من النظام العام، علة ذلك، إظهار شرف عقد الزواج والبعاد به عن الجحود<sup>(٣)</sup>.

(٢) رائد احمد محمد، البراءة في القانون الجنائي، ص ٢٨١-٢٨٢، مجلة القضاء والقانون- الجزء الثالث - صفحة ٣٥٣، طعن بالتمييز رقم ٢٨٦/٢٠٠٦ أحوال شخصية - جلسة ١/١٠/٢٠٠٧.

(١) مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن محكمة التمييز، طعن بالتمييز رقم ١١٤/١٩٩٩ أحوال شخصية - جلسة ٣/٦/٢٠٠٠.

(٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان: عبء الإثبات، فقرة: ١٢٧ ص ٢١٥، ٢١٤ ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، الطعن رقم ٩٢ / ٢٠٠١، أحوال شخصية جلسة ١١ / ٥ / ٢٠٠٤.

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان: الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فقرة: ٦٨٥ ص ١٤٦ ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م.

سادسا: - من المبادئ العامة التي لها علاقة وثيقة بقاعدة الأصل براءة الذمة مبدأ: النظر القضائي يتَّجه إلى الظواهر دون البواطن. وهذا المبدأ يقوم على أنَّ النظر القضائي يتَّجه إلى الظواهر دون البواطن. إذ إنَّ القضاء في الإسلام يَفْعُ وفق الإثبات المظهر للواقعة والحق أمام القاضي، فإذا كان الإثبات صحيحاً في الظاهر والباطن، ومطابقاً للواقع، وصادقاً في نفس الأمر، فإنه يؤثر في المدعى به ظاهراً وباطناً، فيحكم للمدعي بالشيء ظاهراً، ويحل له أخذه، واستعماله، واستغلاله، وتملكه والاستفادة منه باطناً فيما بينه وبين الله تعالى؛ أي: ينفذ الحكم في الدنيا والآخرة. أما إذا كان الإثبات غير مطابق للواقع، وكان ظاهره يخالف باطنه، فإن حكم الحاكم المبني على الإثبات الحاصل أمامه لا يحل حلالاً، ولا يحرم حراماً، ولا يغيّر الشيء عما هو عليه في الواقع ونفس الأمر، وإنما ينفذ في الظاهر فقط عند مَنْ لا يعلم الحقيقة والباطن، وتترك البواطن لله تعالى، وترتبط بالحساب والعقاب الأخروي<sup>(١)</sup>.

---

(٢) قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون محكمة الأسرة (١٢ / ٢٠١٥)، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم ١٢٢٨، الصادر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١٥ صدر بقصر السيف في ٢٠ جمادى الآخرة ١٤٣٦ هـ الموافق ١١ مارس ٢٠١٥ م، وينظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون محكمة الأسرة.



## المبحث الثاني: بعض تطبيقات قاعدة الأصل براءة الذمة في القضاء الكويتي.

### المطلب الأول: عطايا الخاطب لخطيبته

الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست زواجا، وطالما أن العقد لم يوجد فلا إلزام ولا التزام، لأن الأصل براءة الذمة، ولكن ينبغي للإنسان أن لا يخلف وعده، ويرجع في عزمه، إلا لضرورة أو حاجة شديدة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة المرأة. وقد تستمر الخطوبة فترة طويلة قبل أن تنتهي بعقد الزواج، وربما سلم الخاطب إلى خطيبته المهر أو بعضه في خلال ذلك، أو قدّم أحدهما للآخر هدايا ثم طرأ ما جعل أحدهما يعدل عن الخطبة، فما أثر هذا العدول على المهر وعلى الهدايا<sup>(١)</sup>؟ وعطايا الخاطب لخطيبته إما أن تكون مهرا أو هدية، ولبيان ذلك نتحدث أولا عن: أثر العدول عن الخطبة على المهر. وثانيا عن أثر العدول عن الخطبة على الهدايا.

أولا: أثر العدول عن الخطبة على المهر:

اتفق الفقهاء على أن للخاطب استرداد ما سلمه لمخطوبته من مهر أثناء الخطبة أو بعد فسخها على سواء، لأن المهر ملكه، ولا ينتقل إلى المرأة إلا بعقد الزواج، فما دام العقد لم يتم فهو ملكه وله استرداده، فإن كان المهر قائماً على حاله استرده كما هو، وإن هلك أو استهلك استرد مثله إن كان مثلياً، وقيمته يوم سلمه لها إن كان قيمياً. وقد فصل قانون الأحوال الشخصية الكويتي القول في هذا الموضوع في المادة الرابعة منه وهذا نصها:

المادة ٤ -

أ- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

ب- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.

ج - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء<sup>(١)</sup>.

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٩/ ٦٥٠٩، بتصرف

(١) قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و٦٦ لسنة ٢٠٠٧، وقانون

إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الجزء الثامن، إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى،

فبراير ٢٠١١م، القسم الأول الزواج، الكتاب الأول، إنشاء الزواج، الباب الأول مقدمات الزواج، المادة: ٤، صـ

وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي في شرح المادة الرابعة<sup>(٢)</sup>: إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فإن ما قدمه الخاطب من المهر كله أو بعضه، له الحق في استرداد عينه إن كان قائماً أو بدله - مثلاً أو قيمة - إن كان هالكا أو مستهلكا، لأن المرأة لا حق لها في المهر إلا بعقد الزواج، وهو لم يوجد، وهذا، اتفاق الفقهاء. ويجري حكم المهر على الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه، فهي اليوم من أهم ما تشمله مفاوضات الزواج، وقد تكون بالنسبة لقيمتها هي المهر الحقيقي، وجاء هذا في فقه الحنابلة، وما تقرر في الفقه المالكي في شرح مختصر خليل<sup>(١)</sup>: أما ما يهدى عرفاً في العقد أو قبله، فكالصدق، وأما ما يشترط إهداؤه فيتفق على القضاء به. لكن المخطوبة قد تشتري الجهاز أو بعضه بالمهر المقدم وبعد عدول الخاطب لا تضمن كل ما كان ينتظر من الانتفاع به، وردها جميع ما قبضته، يصيبها الخسران، بينما تقديم المهر يفيد الإذن المضمن من الخاطب بشراء الجهاز فليس من العدل إلزامها بمثل ما قبضته، بل الأقرب إلى العدل أن يكون لها الخيار بين إعادة المهر، أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من أعيان الجهاز التي اشتريتها.

وسند ذلك ما جاء في شرح مختصر خليل: لو خطب شخص امرأة، ودفع لها الصداق قبل العقد، فتجهزت به، ثم لم يحصل عقد لمنازعتهم، فهل يرجع بما اشترته أو بالنقد؟ والظاهر الأول إن أذن لها، أو علم، أو جرى به عرف، والثاني عند انتفاء ذلك. وعبرت الفقرة (ج) بمقدار المهر) ليشمل ما إذا كان المهر نقداً، وما إذا كان سلعة احتفظت بها المخطوبة، واشترت بقيمتها من مالها جهازاً، فإن لها الخيار عند عدول الخاطب بين أن ترد السلعة عيناً، أو ترد الجهاز الذي اشترته بقيمتها. وأفادت هذه الفقرة أنه لا خيار للمخطوبة إذا كان العدول منها، فعليها حينئذ إعادة المهر أو بدله

ثانياً: أثر العدول عن الخطبة على الهدايا :

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

الأول: جواز رجوع المهدي مطلقاً، وهو للحنفية وبعض الشافعية، هذا إذا استثنينا الحالات السبع المانعة من الرجوع في الهبة، عند الحنفية؛ لأنها حالات عارضة<sup>(١)</sup>

وقد استدل على جواز الرجوع في الهبة بحديث: ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها)<sup>(١)</sup>، فجعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض من الموهوب له.

(٢) قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثامن، إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١م، القسم الأول الزواج، الكتاب الأول، إنشاء الزواج، الباب الأول مقدمات الزواج، المادة ٤، مع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص ٩٩، ١٠٠.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ٤/ ٥٥.

(١) المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله الحاكم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ت: عبد القادر عطا، ٦٠٠/٢.

الثاني: جواز رجوع المهدي إذا لم يكن هو المتسبب في العدول، وكان العدول من الطرف الآخر، وذذهب إليه المالكية في المعتمد عندهم، وبعض الشافعية، وهو قول الحنابلة. واستدل بأن المهدي قد قدم هديته بشرط إتمام الزواج، والطرف المهدي إليه قد فوّت هذا الغرض على الواهب؛ فلا يجمع بين فوات الغرض وذهاب هديته.

وقد فصل قانون الأحوال الشخصية الكويتي القول في هذا الموضوع في المواد ٥، ٦، ٧، كالتالي:

المادة ٥- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف: فإن كان عدوله بغير مقتض لم يسترد شيئاً مما أهداه إلى الآخر. وإن كان العدول بمقتض استرد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا.

المادة ٦- أ- إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين، فإن كان بسبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتض وطبقت الفقرة ب من المادة السابقة، وإلا استرد كل منهما ما أهداه إن كان قائماً.

ب- وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا.

المادة ٧- في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها. وجاء شرح هذه المواد في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي على النحو التالي:

شرح المواد ٥، ٦، ٧: أصل المذهب المالكي أن من أهدى إلى المخطوبة، ثم تزوجت غيره، فإنه لا يرجع عليها بشيء مطلقاً، ولكن المتأخرين من فقهاء المذهب، جعلوا للخطاب أن يرجع عليها إذا كان المانع من قبلها، لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، فإن كان المانع منه فلا رجوع له، وذلك كله ما لم يوجد شرط، أو عرف.

وجاء في الشرح الكبير أن الأوجه هو الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها.

واختلف المتأخرون من الشافعية في هذه المسألة، والذي دل عليه كلام الرافعي أنه إن كان الرد من أولياء المخطوبة، رجع عليهم، لأنه لم يهد لهم إلا بناء على أن يزوجه، ولم يحصل غرضه، فإن كان الرد منه فلا رجوع له، ويستدل أصحاب هذا الرأي بالحديث النبوي: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه. وبينوا أن الغصب نوعان غصب استيلاء، هو أخذ الأموال على جهة الاستيلاء والقهر والغلبة. وغصب استحياء، هو أخذها بنوع من الحياء. قال الغزالي: وهما حرامان، لأنه لا فرق بين الإكراه على أخذ الأموال بالسياط الظاهرة، وبين أخذه بالسياط الباطنة. واختار ابن تيمية أن الهدية لو كانت قبل العقد، وقد وعدوه بالزواج، ولم يفوا فزوجوا غيره رجع بالهدية. وصرح الحنابلة بدلالة الحال على شريطة بقاء العقد، وقاسوا على حقه في الرجوع رجوعها هي لو وهبته شيئاً قبل الدخول ثم طلق.<sup>(١)</sup> والحنفية يطبقون أحكامهم في الهبة على هدايا الخطبة، فلا تسترد إذا هلكت أو استهلكت، ولا يمكن الرجوع بقيمتها عند العدول.<sup>(٢)</sup>

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، كتاب النكاح، باب الصداق، ٥/ ٤٧٢.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٢٨

وقد استكمل المشروع أحكام هذه الهدايا، فاخترها من فقه الأئمة، مراعيًا أن من يعدل قد يكون سبب عدوله عيبًا، أو خلقًا غير كريم في الآخر لم يكن العادل على بينة منه، أو حدوث ما لا تدوم معه العشرة من قبل المعدل عنه، أو غير ذلك مما يجعل العادل معذورًا في عدم إتمام الزواج، وهو عقد العمر الذي يدوم فيه الضرر. وواقع الأمر في مثل هذه الأحوال أن المعدول عنه هو السبب في العدول، فيلزم برد الهدايا أو بدلها، ومن البداهة أنه لا يستحق رد ما أهدها، لأنه هو الذي حال بمسلكه بين العادل والزواج،

وإذا كان ثمة شرط وجب العمل به، لرضا الطرفين به، وأن العرف في ذلك بمنزلة الشرط، وما يقتضي العدول لا يمكن ضبطه ولا حصره، لأنه باختلاف الأشخاص بيئة، وثقافة، وزمنا، وما إلى ذلك، فتقديره متروك للقضاء يستهدي في كل واقعة بملاساتها وظروفها، وعلى أساس الشريعة الإسلامية.

وإذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام الزواج، مثل أسر أحد الطرفين أو جنونه، فلا استرداد لشيء من الهدايا، فإن عدم إتمام الزواج لسبب ليس من جهة المتوفي، أو المجنون، أو الأسير. ومصدر ذلك فقه الإمام أحمد، حيث قال ابن تيمية: أن اتفقوا - أي الخاطب والمرأة ووليها - على النكاح من غير عقد، فأعطى - أي الخاطب - أباهما لأجل ذلك شيئًا من غير الصداق، فماتت قبل العقد، ليس له.

استرجاع ما أعطاهم<sup>(١)</sup> وجاء في كشف القناع على متن الإقناع: لأن عدم التمام ليس من جهتهم، وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لا رجوع لورثته وبهذا التعليل يطرد الحكم في الأحوال التي حددها نص المشروع.<sup>(٢)</sup>

أما الهدايا التي لا بقاء لها فقد رأي أنها لا ترد في جميع الأحوال، أخذًا بمذهب الحنفية، ولأنها في العادة قليلة الثمن. ولم يجر العرف بردها، وفي الإلزام بردها ما يجافي المروءة والكرامة.<sup>(٣)</sup>

### المطلب الثاني: إثبات النسب.

قد يوجد بالرجل ما لا يمكن بسببه إنجاب الأولاد منه، مثل بعض حالات التعقيم، أو قطع أعضائه الجنسية، أو تهتكها، وإثبات النسب في هذه الحال لمجرد الفراش وإمكانه هو أمر مستحيل في العادة، بل يصبح برئ الذمة من نسبة مولود إليه، والعادة لم تجر بأن يخلق لمثله ولد، وقد أدى فساد الذمم، وسوء الأخلاق، إلى الجرأة على إلحاق نسب أولاد غير شرعيين بأزواج هذه حالهم، والإسلام في تشوفه لثبوت النسب إنما حرص على الأنساب الصحيحة النقية، كما حرص على تطهير الأسرة من الدخلاء، فبينت هذه المادة عدم ثبوت النسب إذا ما ثبت أن الرجل غير مخصب، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد، لمانع خلقي أو مرضي، وعند النزاع في ذلك أجاز للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين.<sup>(٤)</sup>

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ٣٢/١٩٨.

(٢) البهوتي، كشف القناع ٥/١٥٣.

(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثامن، إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١م، القسم الأول الزواج، الكتاب الأول، إنشاء الزواج، الباب الأول مقدمات الزواج، المواد ٥، ٦، ٧، مع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص ١٠٠ - ١٠٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية ١٨٤، حاشية الدسوقي ٢/٤٦٠، ابن قدامة، المغني ٧/٤٢٧.

ونصت المادة ١٦٩:

أ. ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين:

١ مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج.

٢. ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم. فإذا زال المانع، يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزواج. إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت النسب إلا بإقرار الزوج.<sup>(١)</sup>

ونص المادة أخرج الحالات الآتية من ثبوت النسب:

أ. إذا لم يمض بين عقد الزواج والولادة أقل مدة الحمل، وإن تلاقي الزوجان وتم الدخول، لأنه لم يمض زمن كاف لتكوين الولد من هذا الزوج.

ب. إذا ثبت عدم تلاقى الزوجين لقيام مانع حسي مستمر من وقت العقد إلى حين الولادة، مهما طالبت المدة بين الزواج والولادة، لأن السبب هنا هو قيام المانع، وليس قصر المدة.

ج. إذا حدث المانع بعد إمكان التلاقي أو بعد تحققه، ثم استمر المانع أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم، كما لو سجن الزوج بعد الدخول، فجاءت الزوجة بولد بعد سنة من السجن، وقيام المانع.

المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في قدر المهر المسمى.

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل، على ألا يزيد على ما ادعته الزوجة. ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما.<sup>(١)</sup> ومنعاً للتجاعد في أصل تسمية المهر أو في مقداره، وقطعاً للنزاع في مهر السر والعلانية، اتجه مشروع القانون إلى اعتبار المهر المسمى في وثيقة الزواج الرسمية دون غيره، ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً، وذلك مراعاة لاتساق التشريع، ولأن الأصل براءة الذمة من الالتزام بمال فوق المهر المسمى في وثيقة الزواج ولذا اقتصر على المنصوص عليه، وأخذاً من ظاهر كلام الإمام أحمد، وهو قول الشعبي، وأبي قلابة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والأوزاعي، والمشهور عن الشافعي. وإذا خلت الوثيقة من بيان المهر طبق ما يأتي: إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد وجود ما يؤكد كنهه من دخول حقيقي أو حكمي، حصلت الفرقة أو لم تحصل، فالبينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، فإن أقام مدعي التسمية البينة قضي بالمسمى الذي ادعاه، وإن عجز وجهت اليمين إلى المنكر، فإن نكل حكم بالمسمى، وإذا حلف يقضي بمهر المثل، على ألا يزيد عما ادعته الزوجة لرضاها بما سمته، ولا ينقص عما ادعاه الزوج، لرضا بالمسمى الذي ادعاه. وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر. أما عند الاختلاف بين ورثتهما فيقضي بالمسمى إن ثبتت التسمية ومهر المثل إن لم تثبت، عملاً بقول صاحبين: أبي يوسف ومحمد، مع مراعاة الشرط المبين فيما إذا كان الاختلاف بين الزوجين.

(١) قانون الأحوال الشخصية، الكتاب الثالث الولادة وآثارها، الباب الأول ثبوت النسب، الفصل الثاني النسب في

الزواج الصحيح ص ٥٠، المادة: ٦٩.

وأما إذا كان الاختلاف بعد الفرقة، وقبل الدخول حقيقة أو حكماً، وثبتت التسمية بالبينة، أو بالنكول عن اليمين عند العجز عن البينة حكم القاضي بنصف المهر المسمى للزوجة، وإن لم تثبت التسمية حكم لها بالمتعة، على ألا تزيد على نصف ما ادعته الزوجة، ولا تنقص عن نصف ما ادعاه الزوج.

وإذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، بأن ادعت الزوجة أنه ألف دينار، وادعى الزوج أنه خمسمائة دينار، فيرى أبو يوسف من الحنفية، أن البينة على الزوجة، واليمين على الزوج. فإن أقامت الزوجة البينة على دعواها قضي لها بها وإن عجزت يحلف الزوج، فإن نكل حكم لها بدعواها، وإن حلف الزوج اليمين حكم له بما ادعاه، إلا إذا كان أقل من مهر، مثلها، فيحكم مهر المثل، على ألا يزيد عما ادعته زوجته ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما. ومصدر المادتين (٦٨)، (٦٩) مذهب الحنفية والحنابلة، وهما واضحتان.<sup>(١)</sup> ويرى أبو يوسف: أنهما لا يتحالفان، والقول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشيء مستنكر، كأن يدعي أنه تزوجها على أقل من عشرة دراهم، أو يدعي أنه تزوجها على ما لا يزوج مثلها به عادة. وجه قول أبي يوسف: أن القول قول المنكر في الشرع، والمنكر هو الزوج؛ لأن المرأة تدعي عليه زيادة مهر، وهو ينكر ذلك، فكان القول قوله مع يمينه كما في سائر المواضع، والدليل عليه أن المتعاقدين في باب الإجارة إذا اختلفا في مقدار المسمى لا يحكم بأجر المثل بل يكون القول قول المستأجر مع يمينه لما قلنا كذا هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي في هذه المسألة برأي أبي يوسف كما في المادة ٦٩ منه وهذا نصها: إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه، إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً، فيحكم بمهر المثل، على ألا يزيد على ما ادعته الزوجة. ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما.<sup>(٢)</sup>

وجاء في شرح المادة ٦٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المذكرة الإيضاحية: وإذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى، بأن ادعت الزوجة أنه ألف دينار، وادعى الزوج أنه خمسمائة دينار، فيرى أبو يوسف من الحنفية، أن البينة على الزوجة، واليمين على الزوج، عملاً بقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإن أقامت الزوجة البينة على دعواها قضي لها بها، وإن عجزت يحلف الزوج، فإن نكل حكم لها بدعواها، وإن حلف الزوج اليمين حكم له بما ادعاه، إلا إذا كان أقل من مهر مثلها، فيحكم بمهر المثل، على ألا يزيد عما ادعته زوجته. ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما، ومصدر المادتين ٦٨، ٦٩ مذهب الحنفية والحنابلة، وهما واضحتان.

والأخذ بقول أبي يوسف في هذا أعدل وتطبيقه قضاء أيسر؛ لأن تحكيم مهر المثل وترجيح البينة التي لا يشهد لها قد يكون متعذراً في بعض الحالات.<sup>(٣)</sup>

(١) فتح القدير ٣/ ٢٥٠ - ٢٥١، رد المختار ٢/ ٣٦٤، الشرح الصغير ٢/ ٤٥١، منح الجليل ٣/ ٥١٤، مغني

المحتاج ٣/ ٢٤٣، روضة الطالبين ٧/ ٣٣٠، المغني ٦/ ٧٠٩، إعلام الموقعين ٤/ ٤٨٨ - ٤٩١.

(٢) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، الباب الخامس آثار الزواج، الفصل الأول المهر، ص ٢٧.

(٣) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لعبد الوهاب خلاف، ١٠١.



## المطلب الرابع: سماع دعوى الزوجية.

الأصل عدم سماع دعوى الزواج عند الإنكار، لأن الأصل براءة الذمة من أي التزام إلا ما أثبتته الدليل، ويستثنى من ذلك ثبوتها بوثيقة زواج رسمية أو الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية. ما لم تكن الدعوى سببا لدعوى نسب مستقل أو نسب يتوصل به إلى حق آخر. عدم تحقق ذلك. مؤداه اعتبار دعوى الزوجية غير مقبولة والقضاء بعدم سماع الدعوى. مفاد ذلك أن هذا الدفع من النظام العام. علة ذلك. إظهار شرف عقد الزواج والبعد به عن الجحود.<sup>(١)</sup>

مثال القاعدة: مفاد نص المادة ٩٢ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجية في أوراق رسمية ما لم تكن الدعوى سببا لدعوى نسب مستقل أو نسب يتوصل به إلى حق آخر كالنفقة أو الإرث أو الاستحقاق في وقف، فإذا لم يتحقق ذلك كانت دعوى الزوجية غير مقبولة، لأن الأصل براءة الذمة، ويتعين القضاء بعدم سماعها ويجوز إبداء هذا الدفع - على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - في أية حالة كانت عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام، عملا بنص المادة ٨١ من قانون المرافعات وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية أن الهدف من هذا الدفع إظهار شرف عقد الزواج والبعد به عن الجحود ومنعاً لمفاسد جمة وذلك من باب تخصيص القضاء. لما كان ذلك، وكانت المطعون ضدها الأولى قد طلبت الحكم بإثبات زواجها من الطاعن رغم عدم ثبوته بوثيقة زواج رسمية ولم يسبق إقرار الطاعن به في أوراق رسمية، دون أن تتضمن دعواها إثبات نسب مستقل أو نسب يمكن أن يتوصل به إلى حق آخر

وقد أنكر الطاعن هذا الزواج المدعى به، فإن الدعوى تكون غير مقبولة، لأن الأصل براءة ذمته، فكان يتعين القضاء بعدم سماعها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، بما يوجب تمييزه.<sup>(٢)</sup>

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ١٢/٣١/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس، المجلد الأول، عنوان: الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فقرة: ٦٨٥ ص ١٤٦ ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م.

(٢) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، المجلد الأول، عنوان: الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فقرة: ٦٨٥ ص ٥٠٤ ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م. الطعن بالتمييز رقم ٤٢٧/٢٠٠٤ أحوال شخصية - جلسة ٢٣/١٠/٢٠٠٥. ومجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثامن إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١ م المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، الفصل الثالث نفقة الزوجة، الفرع الثاني أحكام المسكن والطاعة، الباب السادس دعوى الزوجية، المادة ٩٢، ص ١٤٢، والكتاب الثالث الولادة وأثارها، الباب الأول ثبوت النسب، الفصل الأول أحكام عامة، المادة ١٦٦، ص ٤٩، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص ١٨٢، ١٨٣.

## المطلب الخامس: زواج زوجة المفقود.

المفقود هو اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، إذا غاب عن زوجته غيبة منقطعة، خفيت فيها أخباره، وجهلت فيها حياته،<sup>(١)</sup>

وعلاقة هذه المسألة بقاعدة الأصل براءة الذمة: أن المفقود يعتبر حيا وترتب عليه أحكام الأحياء ما دام لم يثبت موته ولم يحكم به؛ لأن الأصل بقاءه حيا حتى يثبت موته، وبقاء الحياة متيقن، فلا نرفعه إلا بيقين مثله، لقاعدة: ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، وعلى هذا لا يفرق بينه وبين زوجته ولا تحل لأحد غيره، ولا يقسم ماله بين ورثته، وتجب عليه في ماله النفقة لزوجته، ولكل من تجب عليه نفقتهم شرعا؛ لأنه معتبر حيا في غيبته، فلا ترتب عليه أحكام الموتي فتبقى زوجته على عصمته، وماله على ملكه. فلم تبرء ذمته مما وجب عليه من التزامات بمجرد فقدته

بل لابد من دليل يقيني يفيد موته<sup>(٢)</sup> ولكن إلى متى تظل الزوجية قائمة؟ وهل يحل لزوجة المفقود طلب التفريق؟ وما هي المدة التي يحكم بعد مضيها بموته، بالنسبة لزوجته وماله، فتعتمد الزوجة وتقسّم التركة؟

نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أحكام المفقود في المواد رقم ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، كالتالي:<sup>(٣)</sup>

المادة: ١٤٧: بعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم.

المادة: ١٤٨: إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني، ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول. وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي: بنيت أحكام هذه المواد: ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، على أن من فقد، وانقطع خبره، ولم يعلم، له موضع، فإذا أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد بين أهله ليلا أو نهارا، أو يخرج للصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلا يظهر له خبر، أو يفقد في ميدان القتال أو في بادية مهلكة، أو في طائرة نكبت، أو باخرة أصيبت. فريء الأخذ بمذهب الإمام أحمد<sup>(٤)</sup>

في هذه الحالة، فينتظر إلى تمام أربع سنين قمرية من حين فقدته، فإذا لم يعد وبحث عنه، فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة، وحلت للأزواج بعدها، ففي هذه المدة يتكرر تردد المسافرين، والتجار، فانقطع خبره على هذا الوجه يغلب فيه ظن الهلاك، إذ لو كان باقيا لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية

(١) المبسوط ١١ / ٣٤، ٣٥.

(٢) المبسوط ١١ / ٣٨، ٣٩، والفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٠، ومواهب الجليل ٤ / ١٥٦ - ١٥٧، والأم ٥ / ٢٣٩ - ٢٤٠، ومغني المحتاج ٣ / ٣٩٨، والمغني ٨ / ١٠٤. المنشور في القواعد ٣ / ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣. (١٥٩) المبسوط ١١ / ٣٤، ٣٥. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ٢٦٢ المؤلف: عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ) الناشر: مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، ط: الثانية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م

(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، الباب الثالث، الفرقة بالقضاء، الفصل السابع المفقود، ص ٤٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٨ / ١٣٨



وإما أن يكون ظاهر غيبته السلامة، مثل السياحة، وطلب العلم، والتجارة في غير مهلكة، وفي هذه الحالة ربي الأخذ بقول صحيح في مذهب الإمام أحمد ومذهب أبي حنيفة<sup>(١)</sup>، ففوض أمر تقدير المدة التي يعيش بعدها المفقود إلي القاضي، فإذا بحث في نطاق وجوده بكل الطرق الممكنة وتحري عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده، وتبين أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت- حكم بموته.

والمالكية والحنفية<sup>(٢)</sup> يرون أن موت المفقود يكون من وقت حكم القاضي، وهو السبب، فيسري من وقته، فتعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم، ويستحق تركته ورثته الموجودون حينئذ، وهذا أضبط وأصلح لنظام العمل في القضاء. وصيغت المادة (١٤٨) حسب مذهب مالك المتبع الآن.<sup>(٣)</sup>

وهذا نموذج تطبيقي من قضية طلب إثبات وفاة مفقود في الأحوال الشخصية الكويتية: نظرت دائرة الأحوال الشخصية التاسعة والمختصة في نظر دعاوى الموت الحكمي للأسرى والمفقودين برئاسة المستشار د. عادل الفيلكاوي، وبحضور أمين السر يوسف البكر، طلب إثبات وفاة مفقود: حيث جاء في حيثيات الدعوى والحكم أن المدعية طلبت الحكم بإثبات وفاة زوجها المفقود وفاة حكمية، وذلك لتغيبه، وانحصار إرثه الشرعي فيها كزوجة وفي ابنه البالغ، وابنتيه القاصرتين وهما بوصايتها مع أحقيتها باستخراج شهادة وفاة وحصر تركته، وأن زوجها فقد أثناء الغزو العراقي على دولة الكويت، ومسجل ومقيد في كشوف الأسرى والمفقودين، وحتى الوقت الحاضر لا تعلم حياته من مماته، ومضى على فقده مدة طويلة من الزمن، وأنها كافية لإثبات وفاته حكماً، واستشهدت المدعية بشاهدين شهدا أن زوجها فقد أثناء الغزو العراقي على الكويت في شهر سبتمبر عام ١٩٩٠، ولا تعرف حياته من مماته حتى الوقت الحاضر، ووالده متوفيان، ولديه زوجة وهي المدعية، وابن وهو المدعى عليه الأول، وابنتان وهما القاصرتان وهما بوصاية والدتهما.

وقالت المحكمة أن نص المواد ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨ من قانون الأحوال الشخصية: يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي، وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً، وبعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم، وإذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول. وجاء في المادة ١٥٧ / أ: من ذات القانون أنه تترتب المرأة المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته. وحيث أن المدعية أقامت دعواها طالبة الحكم بإثبات وفاة زوجها المفقود - وفاة حكماً - وذلك لفقدانه إبان الاحتلال العراقي الغاشم على دولة الكويت عام ١٩٩٠، وانقطاع أخباره عنها، وعدم وجود دليل على كونه حياً حتى الوقت الحاضر، لكونه يغلب عليه الهلاك بعد مضي أكثر من خمسة عشر عاماً على فقده، والمحكمة قد اطلعت على الأوراق والمستندات واستمعت إلى شهادة شهود المدعية، وثبت لها أن المفقود سالف الذكر مقيد بكشوف اللجنة الوطنية لشؤون الأسرى والمفقودين، وأنه لم يعثر عليه حياً أو ميتاً حتى الوقت الحاضر.

(١) رد المختار ٣ / ٣٣٢، تبين الحقائق ٣ / ٣١٢، كشاف القناع ٢ / ٥٩٠.

(٢) السرخسي، المبسوط ١١ / ٣٨، الدسوقي والشرح الكبير ٢ / ٤٤١، ٤٧٩ - ٤٨٣.

(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الجزء الثامن، إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١م، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص ١٧٢، التاج والإكليل ٤ / ١٥٨، ١٦٢.

ومن ثم فالمحكمة ترى من واقع الحال في الدعوى أن المدة قد تجاوزت خمسة عشر عاماً، وقد انقطعت أخباره عن ذويه منذ عام ١٩٩٠ وأن حياته لا تعرف إن كان حياً أو ميتاً، وهي مدة كافية لقناعة المحكمة بإثبات موته حكماً، وتقضي بذلك بالمنطوق. كما أن المحكمة ترى أن وريثة المفقود هم زوجته المدعية وأبناؤه منها، وعليه ينحصر إرثه الشرعي في وريثته المذكورين فقط من غير وارث له سوى من ذكر وتقضي بذلك بالمنطوق. كما قضت المحكمة للمدعية بأحققتها باستخراج شهادة وفاة- الموت الحكمي - لزوجها المفقود من وزارة الصحة، وأيضاً بأحققتها باستخراج حصر وراثته من وزارة الصحة، كما أن على المدعية عدة الوفاة الشرعية أربعة أشهر وعشرة أيام اعتباراً من اليوم ٣٠/١/٢٠٠٦

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بموت المفقود موتاً حكماً اعتباراً من اليوم ٣٠/١/٢٠٠٦، وعلى زوجته المدعية عدة الوفاة الشرعية أربعة أشهر وعشرة أيام، وانحصار إرثه الشرعي في زوجته وفي أولاده منها البالغ وابنتيه القاصرتين، وهما بوصاية والدتهم المدعية سلفة الذكر فقط من غير وارث له سوى من ذكر، وبأحقية المدعية باستخراج شهادة وفاة من وزارة الصحة وحصر وراثته من وزارة العدل والزمت المدعية بالمصروفات.

### المطلب السادس: النشوز وأثره في براءة الزوج من النفقة.

اتفق الفقهاء على أن النشوز يسقط النفقة ويبرأ ذمة الزوج من الوفاء بها ويشترط في استحقاق نفقة الزوجة الاحتباس، أو الاستعداد له، فإذا نشزت عن طاعة الزوج، فلا نفقة لها ما دامت مقيمة على النشوز، فمن خرجت من بيت زوجها بغير مسوغ، أو منعته الدخول في بيتها، ولم تكن قد سألته النقلة فأبى، سقط حقها في النفقة مدة الامتناع. وقد استقر القضاء على أن النشوز لا يثبت إلا بحكم طاعة نهائي امتنعت الزوجة عن تنفيذه وذلك قطعاً للنزاع بين الزوجين. ومسوغ امتناع الزوجة عن الانتقال إلى سكن الزوجية يشمل، عدم أمانة الزوج عليها في نفسها أو مالها، وعدم استيفائها جميع معجل المهر، قبل الدخول بها، وعدم إعداد السكن الشرعي، ومنه أيضاً امتناع الزوج عن الإنفاق إذا لم تستطع تنفيذ حكم نفقتها، لعدم وجود مال ظاهر له، فلا تكون ناشزة في هذه الحال، حماية لحياتها، وأخذاً من قول الحنابلة في زوجة السر أن لها المقام على الزوج، ولا تلزمها الإقامة في منزله، وعليه ألا يجسها بل يدعها تكتسب ولو كانت موسرة.<sup>(١)</sup>

ونصت المادة ٨٧:

أ. إذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير مسوغ، أو منعت الزوج أن يسكنها في منزلها، ولم يكن أبى نقلها، سقط حقها في النفقة مدة الامتناع الثابت قضاء.

ب. ولا يثبت نشوز الزوجة إلا بامتناعها عن تنفيذ الحكم النهائي بالطاعة.

ج. ويكون امتناعها بمسوغ إذا كان الزوج غير أمين عليها، أو لم يدفع معجل المهر، أو لم يعد المسكن الشرعي، أو امتنع عن الإنفاق عليها، ولم تستطع تنفيذ حكم نفقتها، لعدم وجود مال ظاهر له.<sup>(٢)</sup>

(١) السرخسي، المبسوط ٥ / ١٨٦، ابن جزى، القوانين الفقهية ٢٢٧، مغني المحتاج ٣ / ٤٣٥، البهوتي، كشاف القناع ٥ / ٤٧٤.

(٢) قانون الأحوال الشخصية الفصل الثالث نفقة الزوجية، الفرع الثاني، أحكام المسكن والطاعة، ص ٣١. المذكورة الإيضاحية، ١٤٠،

## المطلب السابع: دخول العنين بزوجته وإنكارها.

والعنين هو من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة.<sup>(١)</sup>

إذا ادعى العنين وطء زوجته التي تزوجها، وأنكرت الوصول إليها، فمن المصدق فيهما؟ العنين إذا ادعى الوصول إلى زوجته التي تزوجها بكراً وأنكرت الوصول إليها، وقال النساء إنها ثيب، فإن الوصول إليها من الأمور العارضة فالأصل عدمه، لكن لما عارضه الظاهر، وهو الثيوبية، قدم عليه فكان القول للزوج.<sup>(٢)</sup>

وقد ذهب جمهور الفقهاء - عدا الظاهرية -<sup>(٣)</sup> إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب. إلا أن الحنفية قصرُوا جواز التفريق بعيوب الزوج وحده دون الزوجة، فخصوا الزوجة وحدها بحق طلب التفريق، لأنها لا تملك فراقه إلا بمخاصمته، وهو يملك طلاقها. أما المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٤)</sup> فقد ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على السواء، واتفقوا على أن العنة عيب يجيز طلب التفريق، وإن اختلفوا فيما بينهم في بعض العيوب الأخرى.

وقد فصل قانون الأحوال الشخصية الكويتي مسألة الفسخ للعيب في المواد من (١٣٩ - ١٤٢) وهذا نصها:  
(٥)

المادة ١٣٩: لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفردة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده.

ب. ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده.

المادة ١٤٠: استثناء من المادة السابقة لا يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ، بسبب عيوب الرجل التي تحول دون الاستمتاع، كالعنة، أصلية أو طارئة، ولو رضيت بها صراحة.

المادة ١٤١: إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال وإن كان زوالها ممكناً تؤجل القضية مدة مناسبة فإذا لم يزل العيب خلالها، وأصر طالب الفسخ، حكمت به المحكمة.

المادة ١٤٢: يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها.

(١) ابن الهمام، فتح القدير ٤ / ٢٩٧، شرح القواعد الفقهية، للزرقا ١١٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ١١٠.

(٣) البحر الرائق ٢ / ١٢٦، فتح القدير ٣ / ٢٦٧. الشوكاني، نيل الأوطار، ٦ / ٢٩٩.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٢ / ٧٣، مغني المحتاج، ٣ / ٢٠٢، ابن قدامة، المغني ٧ / ٢٨٢.

(٥) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة

٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الجزء الثامن إصدار وزارة

العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١ م، الباب الثالث، الفرقة بالقضاء، الفصل الخامس الفسخ للعيب، المواد

١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ص ٤٢.

وقد جاء شرح المواد من ١٣٩ - ١٤٢ في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي:<sup>(١)</sup>

إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة جسيمة، كالجذام، والبرص، أو جنسية كالعنة، والجب في الرجل، والرتق في المرأة، أو عقلية- كالجنون- فقد اختلف الفقهاء في جواز فسخ الزواج.

فأهل الظاهر لم يقبلوا فسخه بعلة ما.

والجمهور قالوا بالفسخ في الجملة، واختلفوا في التفصيل:

فالحنفية لا يفسخون الزواج بعيب في المرأة، لأن للرجل حق التطليق، ويجيزون للمرأة الفسخ بعيوب في الرجل، واختلف في بيانها الشيخان ومحمد. والأئمة: مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم لهم تفصيلات:

هل الفسخ حق للطرفين؟ وهل العيوب التي يفسخ بسببها محصورة أو غير محصورة؟ وإذا كانت محصورة فما عددها؟ ويعيننا هنا الأخذ بأوسع المذاهب دفعا لضرر الزوجين.<sup>(٢)</sup>

فقد أجاز لكل واحد من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج للعيب، وذهب في معيار العيوب مذهب ابن القيم تبعا للمأثور عن فريق من فقهاء السلف، فبين أن العيوب المقصودة هنا هي كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، أو يتضرر، أو يمنع الاستمتاع لأنه حينئذ لا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة، والصحابة، والسلف لم يخصصوا ذلك بعيب دون عيب. فهذا عمر يأمر بتخيير زوجة العقيم، وأجل مجنوننا سنة ليفيق، أو يفرق بينه وبين امرأته. والزهري يرد النكاح من كل داء عضال. وشريح يقول لمن تزوج عمياء وهو لا يعرفها عمياء إن كان دلس عليك بعيب لم يجز.<sup>(٣)</sup> وعمر، وابنه، وابن عباس، وجابر بن زيد، وأحمد، والشافعي، وإسحق قد اثبتوا خيار الفسخ لمن يجد من الزوجين في الآخر عيبا في الجملة.<sup>(٤)</sup>

وفي زاد المعاد:<sup>(٥)</sup> أما الاقتصار على عيبين، أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية دون ما هو أولى منها، أو مساو لها فلا وجه له فالعمى، والخرس، وكونها مقطوعة اليدين، أو الرجلين، أو أحدهما أو كون الرجل كذلك، من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين... وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط، ولا مغبونا بما غر به. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده، وعدله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة. وقد أخذ بأن علم أحد الزوجين بعيب الآخر حين العقد أو رضاه به بعد العقد، مسقط لحقه في طلب الفسخ، إلا العيب الجنسي - العنة - المانع في الرجل، فقد قرر فيه للزوجة حق الفسخ مطلقا، ولو كانت عاملة راضية، أو كانت علة الزوج الجنسية طارئة بعد الدخول

(١) قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و ٦٦ لسنة ٢٠٠٧، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الجزء الثامن إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١ م، الباب الثالث، الفرقة بالقضاء، الفصل الخامس الفسخ للعيب، شرح المواد ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص ١٦٨ - ١٧٠.

(٢) البحر الرائق ٢/ ١٢٦، فتح القدير ٣/ ٢٦٧

(٣) زاد المعاد ٥/ ١٨١.

(٤) مغني المحتاج، ٣/ ٢٠٢، المغني ٧/ ٢٨٢.

(٥) زاد المعاد ٤/ ٤٣.

وهذا مذهب الإمام أبي ثور، وتخريج أبي الحسن اللخمي من المالكية، منعا لإحراجها، وصيانة لها، فقد تكون رضىت على أمل شفائه، أو أمل قدرتها على الصبر، ثم يخيب ظنها. وتؤجل القضية بعد الإثبات في جميع العيوب القابلة للشفاء، مدة مناسبة، فإذا انقضى الأجل، ولم تزل العلة، وأصر طالب التفريق، فرق بين الزوجين. وتشتمل المدة المناسبة ما قل وما كثر، حسب تقدير أهل الخبرة أخذاً من مجموع ما ورد عن عمر ومن معه من تأجيل السنة، وعن الحرث بن عبد الله من تأجيل عشرة أشهر، وعن عثمان، ومعاوية، وعمر بن جندب الذين لم يؤجلوا العنين أصلاً، وعن إبراهيم النخعي الذي قال بتأجيل العنين، ولم يبين أ جلا قل أو كثر، فكان معنى ذلك أنه يتركه لتقدير القاضي.

ومن الملحوظ أن المحكمة لها أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وفي تقدير المدة المناسبة للشفاء، مع مراعاة إسلام الطبيب لتوافر الثقات المسلمين ذوي الاختصاص، عملاً بمذهب مالك وجمهور المجتهدين. وقد رئي من التيسير والعدل أن يكون التفريق للعيوب فسخاً محضاً لا طلاقاً، طبقاً لمذهب الشافعي وأحمد، فلا ينقص به عدد الطلقات، ولا يترتب عليه من الآثار المالية إلا ما يترتب على الفسخ مما تقدم بيانه في الأحكام العامة.

وجاء في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية: (١)

يجوز لكل واحد من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج للعيوب، وأن العيوب المقصودة هنا -تشمّل كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، أو يتضرر منه، أو يمنع من الاستمتاع لأنه حينئذ لا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة، وهي ليست على سبيل الحصر، وقد أوردت تلك المذكرة بعضاً منها، وأنه إذا علم أحد الزوجين بعيوب الزوج الآخر حين العقد أو رضي به بعد العقد سقط حقه في طلب الفسخ عدا العيب الجنسي المانع في الرجل، وللمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها. لما كان ذلك، وكان تقدير العلم بالعيوب الذي يبرر فسخ عقد الزواج قبل العقد أو الرضا به بعده من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة التمييز فيه متى أقامت قضائها على أسباب سائغة، ومن المقرر -في قضاء هذه المحكمة- أن تقدير قيام المانع الطبيعي أو العرضي الذي لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التمييز متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة، وأن لمحكمة الموضوع سلطة الجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك عندها وأكدها لديها.

(١) مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية القسم الخامس، المجلد الأول، ط: ذو القعدة ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، عنوان: الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فقرة: ٦٧٥ ص ٤٩٧، ٤٩٨، الطعن رقم ٧٢ / ٢٠٠٤، أحوال شخصية جلسة ١٧/١٠/٢٠٠٤.

## المبحث الثالث: أثر القاعدة في أحكام المحاكم

لقد تعددت القضايا التي حكمت المحاكم الكويتية فيها بالبراءة بناء على مبدأ الأصل براءة الذمة، فقضت المحكمة بالبراءة في القضايا الآتية:

١- براءة ذمة مواطن من دين نفقة زوجية ونفقة أطفال:

قضت المحكمة الكلية «دائرة أحوال جعفري» ببراءة ذمة مواطن من دين نفقة زوجية ونفقة أطفال قد صدر بتاريخ ١ يناير ١٩٩٩ وألزمت المدعى عليها بالمصروفات. ودفع المحامي فيصل العنزي وكيلاً عن المدعي بدعوى براءة الذمة بأنه تم التصالح بين المدعي والمدعى عليها بعد صدور هذا الحكم مباشرة وكانت المدعية قامت بالرجوع إلى المدعي وقامت بتمزيق الحكم أمامه وأنجبت منه طفلين وصارت الأمور طبيعية حتى تمت المخالعة ثم فوجئ المتهم بإعلان الحكم المذكور وأن المدعية صادرت أمر أداء على عريضة من قاضي الأمور الوقتية بعد أن قامت بتمزيق الحكم بعد رجوعها إلى منزل المدعي وفوجئ المدعي بأنه مطالب لدى إدارة التنفيذ بتجمد نفقة مبلغ قدره ٧١٧٥ ديناراً وعليه طلب (إحضار مدين ومنع سفر). وأضاف المحامي العنزي أن النفقة الزوجية تجب للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح الدائم بعد تمكينه منها، وكان المدعي ينفق على المدعى عليها وذلك بشهادة الشهود وبتقديمه المستندات الدالة على ذلك ومنها مصاريف علاج المدعى عليها وأيضاً الرحلات السياحية لذلك كنا قادرين على إثبات انفاق المدعي على المدعى عليها وأولادهما فكان الحكم لنا ببراءة ذمة موكلنا من المبلغ المتجمد وهو مبلغ قدره ٧١٧٥ ديناراً منذ تاريخ ١ يناير ١٩٩٩.<sup>(١)</sup>

٢- عدم أحقية مواطنة في قبض نفقتي أجره مسكن الزوجية وأجرة مسكن الحضانة:

كما قضت دائرة الأحوال الشخصية بعدم أحقية إدارة التنفيذ ومواطنة في قبض نفقتي أجره مسكن الزوجية وأجرة مسكن الحضانة خلال خمس سنوات فائتة بقيمة ١٠.٢٠٠ آلاف دينار في قضية دامت لأكثر من ٦ سنوات. وتتلخص الدعوى المرفوعة من المحامي حمود الردعان بصفته وكيلاً عن المدعي أن طليقة موكله نالت في عام ٢٠٠٦ أحكاماً قضائية بأن يؤدي لها مبلغ ٧٠ ديناراً شهرياً نفقة زوجية بأنواعها الثلاثة وجعلها مستمرة، ومبلغ ١٢٠ ديناراً شهرياً أجره مسكن حضانة من تاريخ الحكم وجعلها مستمرة، فضلاً عن ٤٠ ديناراً أجره خادمة، بيد أن المحامي الردعان طعن بحكم الاستئناف وتم قبوله شكلاً عدا طلبات إثبات الحضانة للابنة وموضوعاً بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي به من أجره الخادمة وبتعديل النفقة الزوجية مبلغ ١٢٠ ديناراً، وأثناء مباشرة المدعى عليها (طليقة المدعي)، إجراءات التنفيذ تم الصلح بينهما وعادت المدعى عليها إلى مسكن الزوجية للإقامة فيه وأنجبت من المدعي ثلاثة أبناء واستمرت في الزواج إلى تاريخ الطلاق الثاني في عام ٢٠١٢ وفوجئ بعدها المدعي بقيام المدعي بتحريك إجراءات الحكم السابق بالرغم من إقامتها طيلة الفترة السابقة في مسكن الزوجية، وطالب الردعان ببراءة ذمة موكله من المبالغ المترصدة في ملف التنفيذ والبالغة ١٠.٢٠٠ آلاف دينار، واستجواب المدعي عليها عن كان ينفق عليها طوال ست سنوات، وقررت المدعى عليها أن المدعي قد وفر لها مسكن وخادمة إلا أنه لم ينفق عليها وعلى أبنائها نفقتي الأكل والملبس.

(١) جريدة الراي الكويتية الاثنين، ٢١ أبريل ٢٠٠٨، العدد ١٣٦٩١



## الخاتمة والنتائج والتوصيات

أحمد الله تعالى أن وفقني لإتمام هذا البحث وفي نهايته أسجل هنا أهم ما توصلت إليه من نتائج من خلال دراسة قضايا البحث.

أولاً: النتائج:

وقد توصلت الدراسة للنتائج التالية:

١- إقرار الشريعة الإسلامية لمبدأ الأصل براءة الذمة، باعتباره أصلاً للحكم في الكثير من المسائل، فالأصل براءة ذمة الإنسان من الحقوق، وبراءة الجسد من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأقوال كلها والأفعال بأسرها.

٢- بيان ما في الشريعة الإسلامية من مظاهر اليسر ورفع الحرج، وحفظ الحقوق من الاعتداء عليها.

٣- مدى اعتماد هذه القاعدة كأصل بني عليه الكثير من الأحكام القضائية الكويتية.

٤- بيان أن قاعدة الأصل براءة الذمة من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية، فهي تدخل في غالب أبواب الفقه.

٥- القاعدة المستمرة أن الإنسان بريء من وجوب شيء أو لزومه وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل، ولأن الأصل براءة ذمة الإنسان، فالمتمسك بالبراءة متمسك بالأصل، والمدعي متمسك بخلاف الأصل، ولذلك لا يقبل في دعوى شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بشاهد آخر أو يمين المدعى عليه، ولذلك كان القول للمدعى عليه مع يمينه عند عدم البينة، لأنه متمسك بالأصل.

٦- الأصل في وجوب شيء في الذمة اليقين والقطع، إما بالدليل القطعي بالنسبة للعبادات، أو القطع أو غلبة بالنسبة لتحمل التبعات الدنيوية فإذا شككنا في وجوب شيء علينا أو تعلقه بذمتنا ولم يبق عليه دليل قاطع أو غلبة ظن فالأصل براءة الذمة من التبعات وخلوها من الواجبات، لأنه اليقين الثابت، ولا يزال هذا اليقين إلا بمثله.

٧- يوجد توافق بين الفقه الإسلامي والقانون في تقرير قاعدة الأصل براءة الذمة.

٨- قاعدة الأصل براءة الذمة، قد نص عليها القانون ضمناً، ففي المادة الأولى من قانون الإثبات الكويتي جاء: على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. والقاعدة: أن عبء الإثبات أساساً يقع على الخصوم لا على قاضي الدعوى، فالأصل في الإنسان براءة الذمة وعلى المتخاصم أو المتقاضي في التقاضي إذا ادعى بوقوع التزام على غيره أن يقيم الدليل على هذا الادعاء، لأنه يخالف الأصل، لأن المفترض براءة الذمة.

٩- المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع. ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً.

## ثانياً: التوصيات:

توصي الدراسة بالنقاط التالية:

- ضرورة ربط الفقهاء المعاصرين وطلاب الدراسات الفقهية بالمستجدات المعاصرة.
- ضرورة تدريس فقه النوازل وجعله مادة مستقلة في الجامعات والمعاهد الشرعية نظير المواد الشرعية الأخرى.
- ينبغي على الجهات القائمة على شئون الأسرة إقامة دورات حول أسباب الطلاق ، وكيف نقلل من حدوثه، مع دراسة أسباب العزوف عن الزواج ، نظرا لكثرة حالات الطلاق والعنوسة.
- ضرورة تبسيط القوانين ، وتقديمها لعموم الناس من خلال الوسائل المتاحة.
- أن ينص صراحة على مبدأ الأصل براءة الذمة في القانون الكويتي، ولا يكتفى بالإشارة إليه ضمنا.
- يجب مراعاة أعمال قاعدة الاصل براءة الذمة في جميع الأحكام القضائية الكويتية بصورها المختلفة.



## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم :

ثانياً: كتب السنة النبوية :

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري) المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

مسلم، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.

ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م

الحاكم محمد بن عبدالله، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، تحقيق: عبد القادر عطا، ١٤١١هـ.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسي الخسر جردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

ثالثاً: كتب اللغة والمصطلحات :

الزبيدي، محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

الكفوي: أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

ابن سيده، أبو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبدالحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط: الثالثة: ١٤١٤هـ.

الهوري، محمد بن أحمد بن الأزهري، أبو منصور، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط: الأولى، ٢٠٠١ م.

القزويني، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م

السنيني، زكريا محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيني، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط: الأولى، ١٤١١هـ.

أحمد مختار عبدالحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨ م.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، تحقيق: مجموعة، دار الكتب العلمية، ط: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر، حلال الدين السيوطي، معجم مقاليد العلوم، تحقيق: محمد ابراهيم عبادة، مكتبة الآداب، القاهرة، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

التهانوي، محمد بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت ط: الأولى.

الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط: الثامنة، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥ م

نكري، القاضي عبد ربه النبي بن عبد رب الرسول الأحمد، دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عربيه: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، ط، الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م.

بن بطال، محمد بن أحمد بن محمد بن سليمان بن بطال الرکبي، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب، دراسة وتحقيق وتعليق: مصطفى عبدالحفيظ سالم، المكتبة التجارية مكة المكرمة، ١٩٨٨م.

البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط: الأولى، ١٤٠٨هـ.

#### رابعاً: التفسير:

الطبري، محمد بن حرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط الأولى، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠ م.

بن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير (تحرير المعني السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية، تونس، ١٩٨٤ هـ

الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، ١٤١٥ هـ-١٩٩٥ م.

#### خامساً: الفقه الحنفي:

منلا خسرو، محمد بن فراموز بن علي، حاشية الشرنبلالي، مع درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية.

لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارت كتب، أوام باغ، كراتشي.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.

الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتب العلمية ط: الثانية.

المرغيناني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ) الهداية في شرح بداية المبتدي المؤلف: المحقق: طلال يوسف دار احياء التراث العربي، بيروت.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ-١٩٩٢ م.

#### سادساً: الفقه المالكي:

ابن جزى، محمد بن أحمد بن محمد بن عبدالله ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية.

الدردير، محمد بن أحمد المالكي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للشيخ، دار الفكر.

القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي، الفروق تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط: الأولى، ١٣٩٣ هـ ١٩٧٣ م.

المواق، حمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواقي المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ) التاج والإكليل لمختصر خليل: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤ م.

الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل دار الفكر الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ) منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت الطبعة: بدون طبعة.

الحذامي السعدي، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار، المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحممر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

الزرقاني، لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى.

الدميري، أبو البقاء بهرام الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث. سابعا: الفقه الشافعي:

النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر.

السنيني، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زيد الدين أبو يحيى، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية.

النووي، أبو زكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الثانية، ١٣٩٢هـ.

الماوردي، أبو الحسن، علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد عوض، عادل احمد عبد الموجود دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: الأولى، ١٩٩٩/١٤/٩.

الشيرازي، أبو اسحاق، ابراهيم بن علي بن يوسف، المذهب، في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.

ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام. أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية.

الخطيب الشربيني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

## ثامنا: الفقه الحنبلي:

ابن قدامه، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م.

المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ) كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

البسام التميمي، أبو عبدالرحمن، عبد الله بن عبدالرحمن بن صالح بن احمد بن محمد بن حمد بن ابراهيم البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط: الخامسة، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (المتوفى: ٧٥١هـ) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت ط: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م.

عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (المتوفى: ١٣٤٦هـ) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ٣٩٦ ، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ.

ابن تيمية، ثقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ) الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧ م.

## تاسعا: أصول الفقه:

الكرخي، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلالة ين دلهم الكرخي، أصول الكرخي، طبع صمن: أصول البزدوي، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، لعلي البزدوي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي.

الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط: الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: ٦٢٠هـ) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ م، تحقيق: شعبان محمد اسماعيل.

الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) كتاب التلخيص في أصول الفقه المحقق: عبد الله جولم النيبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط: الخامسة.

اليعقوب، عبدالله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

السلمي، عياض بن نامي بن عوط السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، ط: الأولى، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

الباكستاني، زكريا بن غلام، قادر، من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، دار الخراز، ط: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

الزحيلي، الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

ناصر بن علي بن ناصر الغامدي، جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول للقرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

عاشرا: القواعد الفقهية:

السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

الحموي، أحمد بن محمد مكي أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ط: الأولى: ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عب دالله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية.

الغزي، الشيخ محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان ط: الرابعة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

القحطاني، أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عمير الأسمرى، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية أخرجه، متعب بن مسعود الجعيد، دار العصيمي للنشر والتوزيع السعودية، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

الزحيلي، د محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.

## الحادي عشر: الكتب الفقهية الحديثة:

القرالة، أحمد ياسين، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، ط ١، عمان: الأكاديميون للنشر والتوزيع.

الظفري، أبو الوفاء علي بن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق: جورج المقدسي، الجزء الثالث، بيروت: دار الكتاب العربي، ٢٠٠٠م.

الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، قاعدة اليقين لا يزول بالشك، دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية، ط ١، الرياض: مكتبة الرشيد.

مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، ط: السادسة ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.

الشنقيطي، منهج التشريع الإسلامي وحكمته، الجامعة الإسلامية المدينة المنورة، ط: الثانية.

الزحيلي، وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر، سورية، دمشق، ط: الرابعة.

الجزباني محمد بن حسين بن حسن، دراسة وتحقيق قاعدة الأصل في العبادات المنع، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط: الأولى ١٤٣١هـ.

عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط: الأولى، ١٤٠٤ هـ. ١٩٨٤ م، دار الفكر العربي.

عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ط: الثانية، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩١، لبنان.

عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ١/ ٢١٩، دار الكاتب العربي، بيروت.

## الثاني عشر: مراجع القانون:

الداودي، غالب علي، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط ٤، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦

الصراف، عباس، وحزبون، جورج، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط ١٦، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ٣، عمان: دار الفكر ناشرون وموزعون، ٢٠١٠م

مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين أرقام ٦١ لسنة ١٩٩٦ و٢٩ لسنة ٢٠٠٤ و٦٦ لسنة ٢٠٠٧، الجزء الثامن إصدار وزارة العدل، الطبعة الأولى، فبراير ٢٠١١ م.

حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة، الاقرار و اليمين، ط: دار الكتاب العربي، مصر ١٩٤٨، عبد السلام الذهني، المدائيات، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٣٣.

طارق عبد الرؤوف صالح، شرح قانون الإثبات الكويتي، دار النهضة العربية، ط: الأولى.

عبد العزيز سليم، شرح قانون الاثبات، ط: الثالثة، ١٩٩٨.

فخري أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، بدون سنة، الجزائر.

محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، مصر.

دستور دولة الكويت، قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥.

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، عن المدة من ١/١/٢٠٠٢، حتى ٣١/١٢/٢٠٠٦، ص ٢٧٦، قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥ بإصدار قانون محكمة الأسرة (١٢/ ٢٠١٥)، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم ١٢٢٨، الصادر بتاريخ ٢٢/٣/٢٠١٥ صدر بقصر السيف في ٢٠ جمادى الآخرة ١٤٣٦ هـ الموافق ١١ مارس ٢٠١٥ م

مجلة القضاء والقانون، الجزء الثالث.



# **Rule: Original patent clearance In Kuwaiti judicial applications**

By

Bader Ghanem Dabes Al – Rashidi

Supervision

Dr. Ahmed Yassin Al-Qarala, Prof

## **Abstract**

This study dealt with the statement of the rule of origin in the Kuwaiti judicial applications.

This was done through an introduction and three chapters.

The first chapter discusses the concept of the rule of origin and the legal position of the rule when it contradicts with other hypotheses.

The second chapter shows the origin of the rule, its legitimacy, its relation to the rule of certainty, and its branches. In the third chapter, some applications of the rule of origin dealt with the acquittal in the Kuwaiti judiciary, and indicated the effect of the rule in the judgments of the courts.

The study showed the extent to which this rule was adopted as an asset on which many of the rulings of the Kuwaiti judiciary were based. The extent to which this rule is one of the rules of the jurisprudential jurisprudence is included in most of the jurisprudence sections. Relating to the origin of the asset. The study found a set of results, and suggested some recommendations.