شرح
الأحكام الشرعية
في
الأحوال الشخصية

تأليف
محمد زيد الابياني

الجزء الأول

منشورات
مكتبة النهضة
بيروت - بغداد

﴿فهرست الجزء الاول من شرح الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية﴾

﴿ الباب الاول فى مقدمات النكاح ﴾

صحيفة

٢ مقدمة الكتاب
٣ مطلب في حكمة الزواج
٤ تعريف الزواج
٥ مطلب فيمن تجوز خطبتها ومن لاتجوز
٦ مطلب فى أنواع العدة بالاختصار

صحيفة

٧ السبب فى تحريم خطبة المعتدة
٨ حكمة جواز نظر الخاطب الى المخطوبة ونظر المخطوبة اليه
٩ مطلب في عدول كل من الخاطب والمخطوبة عن الزواج

﴿ الباب الثاني في شرائط النكاح واركانه واحكامه ﴾

١٠ مطلب في صفة الزواج
١٢ مطلب في اركان الزواج
١٦ مطلب في شروط الزواج التى ذكرت هنا والا فهى اربعة ذكرت فى ٢٠٦
١٧ مطلب فى شروط الصحة اى بعد ان يكون الزوج كفأ والمهر مهر المثل فى المسائل التي يشترط فيها ذلك
٢٠ مطلب في المسائل التي يظهر فيها من اول الامر انه ليس هناك تداعدان
٢٢ مطلب فى التزوج بالكتابة
٢٣ مطلب فى تزوج الاخرس
٢٣ مطلب الخطبة فى عقد الزواج وانها سنة

٢٤ مطلب فى ان ذكر المهر فى عقد الزواج ليس شرطاً لصحته
٢٤ مطلب فى اختيار الزوجة
٢٥ مطلب فى الزواج المعلق على شرط والمقرون بالشرط
٢٧ مطلب فى زواج المتعة
٢٨ مطلب فى الزواج المؤقت
٢٩ مطلب في زواج الشغار
٣٠ مطلب فى الخيارات بالنسبة لعقد الزواج
٣١ مطلب فى خيار العيب عند الائمة الاربعة
٣٦ مطلب فى احكام الزواج

﴿ الباب الثالث فى موانع النكاح الشرعية وبيان المحللات والمحرمات من النساء ﴾

صحيفة

٣٨ مطلب فى التزوج بأربع نسوة
٤٠ مطلب اسباب تحريم المرأة على الرجل
٤١ مطلب المحرمات بسبب النسب
٤٣ مطلب المحرمات بسبب المصاهرة
٤٦ مطلب المحرمات بسبب الرضاع
٤٧ مطلب الجمع بين محرمين

صحيفة

٥١ مطلب تعلق حق الغير بزواج اوعدة
٥٣ مطلب التطليق ثلاثا
٥٤ مطلب الجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع
٥٥ مطلب من ليس لها دين سماوي

﴿ الباب الرابع في الولاية على النكاح وفيه فصلان ﴾

الفصل الاول فى بيان الولى وشروطه
٥٧ مطلب فى تعريف الولاية واقسامها والولى وشروطه
٥٩ ماتثبت به الولاية فى الزواج
٥٩ في ترتيب الاولياء على النفس
٦٤ في المسائل التي تجوّز للولى البعيد تزويج الصغيرة
٦٦ في تزويج القاضى الصغيرة جبراً عن الولى الممتنع
٦٧ مطلب اذا اجتمع وليان وليس هناك مرجح لاحدهما
مطلب فى تزويج الحاكم
الفصل الثاني في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين
٦٩ مطلب فى تقسيم الولاية الى ولاية اجبار وولاية استحباب
٧٠ مطلب في زواج الاب او الجد الصغيرة ومن يلحق بها
٧٣ مطلب فى زواج غير الاب والجد الصغيرة
٧٦ مطلب فى فسخ الصغير او الصغيرة عقد الزواج عند البلوغ
٨١ مطلب فى زواج الكبير والكبيرة المكلفين
٨٤ مطلب فى الاستئذان والاخبار
٨٨ مطلب فى معرفة البكر والثيب

﴿ الباب الخامس فى الوكالة بالنكاح ﴾

صحيفة

٩١ مطلب تعريف التوكيل ومن يجوز له التوكيل ومن لايجوز

٩٢ مطلب فى توكيل الوكيل غيره

٩٣ « فى مطالبة الوكيل بتسليم الزوجة والمهر

٩٤ مطلب فى لزوم عقد الوكيل الموكل وعدم لزومه

الباب السادس فى الكفاءة

٩٤ مطلب حكمة اعتبار الكفاءة من جانب الزوج

٩٥ مطلب الكفاءة حق الولى والمرأة واعتبارها عند العقد

٩٦ مطلب فيما تعتبر فيه الكفاءة

٩٦ « الكفاءة فى النسب

٩٨ مطلب الكفاءة فى الاسلام والحرية

٩٩ « الكفاءة فى المال

١٠٠ « الكفاءة فى الديانة

١٠٠ « الكفاءة فى الحرف

١٠٢ « فيما اذا تزوجت المرأة رجلا ولم تشترط الكفاءة

الباب السابع فى المهر

الفصل الاول فى بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهراً ومالا يصلح

١٠٣ مطلب تعريف المهر

١٠٤ « اقل المهر واكثره

١٠٥ « فيما يصلح تسميته مهراً ومالا يصلح

١٠٦ مطلب فى تعجيل المهر وتأجيله

الفصل الثانى فى وجوب المهر

١٠٨ مطلب فى المسائل التي يجب فيها المسمى والتي يجب فيها مهر المثل

١١٠ مطلب فى مهر المثل

١١٢ « فى التي زوجت بلا مهر

١١٣ « فى الزيادة فى المهر ومن يجوز له ذلك

١١٤ مطلب فى اسقاط المهر ومن يجوز له ذلك

الفصل الثالث فى الاسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة والاحوال

صحيفة	
	التي يجب لها فيها نصف المهر والاحوال التي لا تستحق فيها شيأ منه
١١٦	مطلب فى الاسباب التى تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة
١١٩	مطلب فى الخلوة الصحيحة
١٢١	« فى المسائل التى تكون الخلوة فيها كالوطء والتى لا تكون
١٢٣	مطلب فى استحقاق المرأة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول
١٢٤	مطلب في عود نصف المهر الى الزوج وانواع زيادة المهر
١٢٧	مطلب في الفرقة التى تنصف المهر قبل الدخول
١٣٠	مطلب فى الفرقة التى تسقط المهر بتمامه
١٣٣	مطلب في اعتبار المتعة ووجوبها وعدمه
	الفصل الرابع فى شروط المهر
١٣٥	مطلب اذا سمى الزوج مهرا اقل من مهر المثل واشترط في مقابلة النقص شيأ لها فيه منفعة
١٣٧	مطلب فى اشتراط الزوج وصفا مرغوبا فيه عند الزوجة

صحيفة	
١٣٨	مطلب فيما اذا حصل تسميتان على تقديرين
	الفصل الخامس فى قبض المهر وما للمرأة من التصرف فيه
١٣٩	مطلب فيمن له الولاية على المال بالترتيب
١٤١	مطلب فى قبض الاخ والعم او الام المهر
١٤٢	مطلب فى تصرف المرأة في المهر
١٤٣	مطلب فيما اذا وهبت المرأة مهرها لزوجها ثم طلقها قبل الدخول
١٤٧	مطلب فى ان المرأة لا تجبر على فوات شئ من مهرها لاحد
	الفصل السادس في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه
١٤٩	مطلب في تعريف الكفالة وبيان المكفول له وعنه الخ
١٤٩	مطلب فى ضمان الولى وغيره المهر
١٥٢	مطلب تخيير المكفول له فى اخذ دينه من الاصيل او الكفيل
١٥٣	مطلب اذا زوج الاب ابنه فهل يطالب بالمهر
١٥٥	مطلب اذا هلك المهر او استهلك

صحيفة
قبل تسليمه للزوجة او استحق مطلقا
الفصل السابع في قضايا المهر
١٥٨ مطلب اذا ادعت الزوجة انها لم تأخذ شيئا من المهر
١٥٩ مطلب اختلاف الزوجين فى اصل تسمية المهر
١٦٠ مطلب فى اختلاف الزوجين فى قدر المهر المسمى
١٦٣ مطلب اختلاف احد الزوجين مع ورثة الآخر فى اصل تسمية المهر او فى قدر المسمى
١٦٤ مطلب الاختلاف بين ورثتهما
١٦٧ مطلب اذا انفق رجل على معتدة الغير لقصد تزوجها بعد انقضاء العدة
١٦٨ مطلب اذا ارسل الخاطب الى المخطوبة هدايا او دفع المهر ولم يحصل الزواج
صحيفه
١٧٠ مطلب اذا تزوج رجل امرأة وبعث اليها شيئا ثم اختلف هل هو هدية اومن المهر
الفصل الثامن في الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التى تقع بشأنهما
١٧٣ مطلب فى ان المرأة لاتجبر على مشترى الجهاز من المهر
١٧٤ مطلب اذا اشترى الاب جهازا لابنته فمتى تملكه
١٧٦ مطلب اذا اجهزت الزوجة نفسها من المهر واخذ الزوج شيئا من الجهاز
١٧٧ مطلب اذا اعطى الاب شيئا لبنته ولم يصرح بأنه تمليك او عارية ثم حصل اختلاف
١٧٩ مطلب فى الاختلاف بالنسبة للمتاع الموضوع فى البيت
الباب الثامن فى نكاح الكتابيات وحكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما
١٨٢ الفصل الاول فى نكاح المسلم الكتابيات
١٨٤ مطلب المسلمة لاتتزوج الا مسلما وحكمة ذلك
١٨٤ مطلب فى الاولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية
١٨٥ مطلب ليست كل احكام الزواج بالنسبة للمسلمين مترتبة على تزوج المسلم الكتابية
الفصل الثاني فى حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما
١٨٥ مطلب فيما اذا اسلمت الزوجة
١٨٩ مطلب فيما اذا اسلم الزوج

صحيفه
١٨٩ مطلب فيما اذا اسلم الزوجان معا

صحيفه
١٩١ مطلب فى الحكم بالاسلام بالتبعية

الباب التاسع فى النكاح الغير الصحيح والموقوف

الفصل الأول في النكاح الغير الصحيح
١٩٣ مطلب فى التزوج بمن تحرم حرمة مؤبدة
١٩٥ مطلب فى التزوج بامرأة الغير او معتدته
١٩٦ مطلب فى الجمع بين الاختين
٢٠١ » اذا استوى وليان في القرب
٢٠٢ مطلب اذا زوج الولى موليته لنفسه

الفصل الثاني فى النكاح الموقوف
٢٠٦ مطلب فى تقسيم عقد الزواج الى لازم وغير لازم الخ .
٢٠٨ مطلب اذا وكل رجل غيره فى الزواج
٢١٠ مطلب اذا وكلت المرأة غيرها فى تزويجها
٢١٣ مطلب اذا غر الزوج المرأة بأن انتسب لها بنسب غير نسبه
٢١٤ مطلب فى عقد الفضولى

الباب العاشر في اثبات النكاح والاقرار به

٢١٥ مطلب اذا ادعى رجل على امرأة انها زوجته او بالعكس
٢١٧ مطلب الاقرار حجة قاصرة
٢١٧ مطلب فى اقرار الولى بأنه زوّج الصغير او الصغيرة
٢١٨ مطلب اذا أقر رجل لامرأة انها زوجته
٢١٩ مطلب اذا أقرت امرأة لرجل انه زوجها

الكتاب الثانى فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

الباب الاول فيما يجب على الزوج من حسن المعاملة لزوجته

٢٢٠ مطلب ما تنتظم به حال الزوجين
٢٢١ » في العدل بين الزوجات
٢٢٢ » فى تفضيل امرأة على أخرى
٢٢٣ مطلب فى تقدير زمن الدور
٢٢٤ » اذا تركت احداهن نوبتها لضرتها
٢٢٥ مطلب القسم فى السفر بين الزوجات

الباب الثانى في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة

صحيفة

الفصل الأول في بيان من تستحق النفقة من الزوجات

٢٢٧ مطلب ما تشمله النفقة وبماوجبت

٢٢٨ » فى نفقة الزوجة قبل الزفاف

٢٢٩ » في نفقة الزوجة التى أبت السفر مع زوجها

٢٣٢ مطلب فى نفقة الزوجة اذامرضت

٢٣٤ » فى نفقة زوجة المحبوس

٢٣٤ » فى نفقة خادمة الزوجة

الفصل الثاني فى بيان من لانفقة لهن من الزوجات

٢٣٥ مطلب فى نفقة الزوجة الصغيرة

٢٣٦ » في نفقة الزوجة اذاسافرت الى الحج

٢٣٧ مطلب فى نفقة الزوجة المحترفة

٢٣٧ » فى نفقة الزوجة المحبوسة

٢٣٨ » في نفقة الزوجة الناشزة

٢٤٠ » لاتجب النفقة على الزوج الا اذا كان العقد صحيحا

الفصل الثالث في تقدير نفقة الطعام

٢٤١ مطلب اختلاف الائمة في تقدير النفقة

٢٤٣ » هل يفرض القاضي النفقة اصنافا

صحيفه

او يقومها بدراهم

٢٤٤ مطلب في زمن تعيين اعطاء النفقة

٢٤٥ » اذا اشتكت الزوجة من عدم الانفاق

٢٤٦ مطلب اذا امتنع الزوج من الانفاق على زوجته

٢٤٧ مطلب فى التفريق بين الزوجين بالعجز عن النفقة

٢٥١ مطلب فى أخذ المرأة كفيلا بالنفقة من زوجها

٢٥٣ مطلب فى تهئة الزوجة للطعام

الفصل الرابع في تقدير الكسوة والسكنى

٢٥٣ مطلب في اعتبار تقدير الكسوة

٢٥٥ » اذا تمزقت الكسوة بالاستعمال

٢٥٦ » فى اعتبار تقدير السكنى

٢٥٧ » اذا اراد الزوج اسكان أحد من اقارب مع الزوجة

٢٥٨ اذا تضررت الزوجة من الزوج بالنسبة للمسكن

٢٦٠ مطلب فى ان جميع ما تحتاجه المرأة واجب على الزوج

صحيفه

الفصل الخامس في نفقة زوجة الغائب
٢٦٠ مطلب من يجاب الى طلبه فى فرض النفقة على الغائب
٢٦١ مطلب اذا ترك الغائب مالا من جنس النفقة
٢٦٥ مطلب اذا لم يترك الغائب مالا
٢٦٦ » اذا حضر الزوج من السفر وانكر عدم تعجيل النفقة قبل السفر
٢٦٨ مطلب اذا انكر الغائب الزواج اصلا
٢٦٩ » اذا ادعى الغائب الطلاق وانقضاء العدة
٢٧٠ مطلب اذا كان المال الذي تركه الغائب ليس من جنس النفقة
٢٧٠ مطلب فى اخذ الزوجة من مال الزوج النفقة بلاقضاء

صحيفه

الفصل السادس فى دين النفقة
٢٧١ مطلب اذ اثبتت الديون على شخص وقسمت امواله على الدائنين
٢٧٣ مطلب اذا مضت مدة ولم ينفق الزوج على زوجته ثم طلبته بنفقة تلك المدة وتقسيم النفقة
٢٧٣ مطلب فى النفقة التي لم يقض بها
٢٧٤ » فى النفقة المقضى بها اذا كانت غير مستدانة
٢٧٥ مطلب في النفقة المقضى بها اذا كانت مستدانة
٢٧٦ مطلب اذا عجلت النفقة ثم سقطت في اثناء المدة
٢٧٧ مطلب في الابراء عن النفقة
٢٧٨ » اذا طلب احد الزوجين مقاصة دين النفقة بدين آخر

الباب الثالث فى ولاية الزوج وماله من الحقوق

٢٠٩ مطلب الزوجة هى التى تتصرف في اموالها
٢٨٠ مطلب في المسائل التى يباح للزوجة الخروج ولو بلا اذن الزوج
٢٨٢ مطلب اذا اراد الزوج السفر بزوجته وامتنعت
٢٨٣ مطلب تأديب الزوج الزوجة
٢٨٤ » في الاصلاح بين الزوجين
٢٨٤ » اذا تعدى الزوج حده فى التأديب

مكتبة
الأستاذ / ابراهيم على منديش
الفن
الرقم

الباب الرابع فيما للزوجة وما عليها من الحقوق

صحيفه

الفصل الأول فيما على الزوجة من الحقوق
٢٨٥ مطلب اذا امر الزوج زوجته بشيء
الفصل الثاني فيما للمرأة من الحقوق
٢٨٦ مطلب محل وجوب طاعة الزوج اذا قام بالواجب عليه
٢٨٨ مطلب اذا كان ابو الزوجة مريضاً ومحتاجاً اليها

الكتاب الثالث فى فرق النكاح

الباب الاول فى الطلاق

٢٨٩ مطلب فى تعريف الطلاق لغة وشرعا
٢٩٠ مطلب في ان الاصل في الطلاق المنع او الاباحة
الفصل الاول فيمن يقع طلاقه ومن لايقع ومحل الطلاق وعدده
٢٩٣ مطلب فى حكمة جعل الطلاق بيد الرجال
٢٩٣ مطلب فى جواز جعل الطلاق بيد النساء
٢٩٣ مطلب فيمن يقع طلاقه
٢٩٤ « فى طلاق المكره
٢٩٦ « فى طلاق السكران
٢٩٨ مطلب في طلاق المجنون والمعتوه والنائم ومن اختل عقله بسبب من الاسباب
٢٩٩ مطلب في طلاق الصبي وطلاق أبيه عليه
٣٠٠ مطلب في طلاق الاخرس
٣٠٠ « في الطلاق بالكتابة
٣٠١ « في التوكيل بالطلاق
٣٠٢ « في محل الطلاق
٣٠٥ مطلب في اعتبار عدد الطلاق
٣٠٧ مطلب في ايقاع الطلاق على غير المدخول بها
٣٠٨ مطلب في الصيغ التى يقع بها الطلاق
٣١٠ الفصل الثاني فى اقسام الطلاق
٣١١ القسم الاول في الطلاق الرجعى وحكمه والرجعة
٣١٢ مطلب في شروط الطلاق الرجعى
٣١٥ « فيما اذا قال انت طالق ولم ينو او=

صحيفه
نوي البائن او اكثر من واحدة
٣١٧ مطلب فيما اذا قال على الطلاق ولم ينو شيأ او نوى اكثر من واحدة
٣١٨ مطلب فى الفاظ الكنايات التى يقع بها الطلاق رجعياً وتقسيم كنايات الطلاق
٣٢٠ مطلب في حكم الطلاق الرجعي
٣٢٢ » في الرجعة
٣٢٣ » لايشترط ان تكون الرجعة بالقول
صحيفه
٣٢٥ مطلب لايشترط لصحة الرجعة علم المرأة بها
٣٢٥ مطلب لايشترط الاشهاد على الرجعة لصحتها
٣٢٥ مطلب متى تنقطع الرجعة
٣٢٨ » اذا اختلف الزوجان في انقضاء العدة
٣٢٩ مطلب في ان الرجعة لاتهدم الطلقات السابقة
٣٣٠ مطلب في تعجيل المؤجل من المهر بالطلاق

القسم الثاني فى الطلاق البائن ونوعيه واحكام كل منهما

٣٣١ مطلب فيما يقع به الطلاق بائنا من الالفاظ الصريحة
٣٣٢ مطلب كل طلاق يلحق غير المدخول بها فهو بائن
٣٣٤ مطلب اذا انقضت العدة في الطلاق الرجعى صار بائنا
٣٣٤ مطلب في قول الزوج كل حل على حرام ونحوه
٣٣٦ مطلب فيما يقع به الطلاق بائنا من الفاظ الكنايات
٣٣٧ مطلب في الايلاء
٣٣٩ » في حكم الطلاق البائن بينونة صغرى
٣٤١ مطلب فى العقد على المبانة بينونة صغرى
٣٤١ مطلب فى حكم الطلاق البائن بينونة كبرى
٣٤٣ مطلب اذا عادت المطلقة لزوجها فهل تعود اليه بحل جديد او بما بقى له من طلقات الملك الأول

صحيفه

٣٤٥ مطلب في ان الطلاق لايقع الا اذا كان العقد صحيحا
الفصل الثالث في تعليق الطلاق
٣٤٦ مطلب في الطلاق المنجز والمعلق والمضاف الى زمن مستقبل
٣٤٧ مطلب في صحة التعليق وعدمه بالنسبة لمدلول فعل الشرط
٣٤٨ مطلب في تعليق الطلاق على شئ محقق
٣٤٩ مطلب في تعليق الطلاق على شيء يستحيل حصوله
٣٥٠ مطلب الطلاق المدخول فيه الشك
٣٥٠ مطلب الطلاق المضاف لحالة منافية لايقاعه
٣٥٠ مطلب الطلاق المضاف لحالة منافية لوقوعه
٣٥١ مطلب الطلاق المعلق على المشيئة الالهية
٣٥١ مطلب اذا قال انت طالق وسكت ثم قال ثلاثا
٣٥١ مطلب هل يجوز الاستثناء مع الفصل
٣٥٢ مطلب لايلزم حكم التعليق الا

صحيفه

في حالتين
٣٥٣ مطلب في تعليق طلاق المرأة قبل تزوجها
٣٥٥ مطلب الطلاق المنجز البائن بينونة صغرى لايبطل التعليق
٣٥٦ مطلب الطلاق المنجز البائن بينونة كبرى يبطل التعليق
٣٥٧ مطلب يبطل التعليق بزوال امكان البر
٣٥٨ مطلب في انحلال اليمين بوجود مدلول فعل الشرط
٣٥٨ مطلب اذا وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك
٣٥٩ مطلب اذا وجد مدلول فعل الشرط والمرأة ليست في الملك
٣٥٩ مطلب اذا علق طلاق زوجته بالثلاث على شئ لابد له منه
٣٦٠ مطلب هل يحنث الحالف في يمين واحدة اكثر من مرة
٣٦٢ مطلب اذا علق الطلاق على شيئين
٣٦٤ مطلب اذا كان مدلول فعل الشرط لايعلم الا من جهة الزوجة
الفصل الرابع في تفويض الطلاق

صحيفة

٣٦٧ مطلب في اقامة الزوج غيره ليوقع الطلاق
٣٦٧ مطلب في الفرق بين التوكيل والتفويض
٣٦٨ مطلب في الالفاظ التي يكون بها التفويض
٣٦٨ مطلب في تفويض الطلاق للزوجة اذا كانت حاضرة
٣٦٩ مطلب في تفويض الطلاق الى المرأة اذا كانت غائبة
٣٧٠ مطلب تخيير الزوجة في ايقاع الطلاق وعدمه عند التفويض
٣٧١ مطلب اذا خالفت الزوجة الزوج في عدد الطلاق المفوض اليها
٣٧٣ مطلب اذا خالفت الزوجة في وصف الطلاق المفوض اليها
الفصل الخامس في طلاق المريض

صحيفه

٣٧٤ مطلب تصرفات الصحيح والمريض
٣٧٤ مطلب في تعريف مرض الموت
٣٧٥ مطلب في الاحوال الملحقة بمرض الموت
٣٧٦ مطلب في المرض اذا طالت مدته
٣٧٧ مطلب في ارث الزوجة اذا طلقها زوجها وهو مريض
٣٧٨ مطلب في الشروط التي تلزم الارث في هذه الحالة
٣٨٠ مطلب في ان المرأة ترث من الزوج اذا حصلت الفرقة منه وهو مريض ومات في العدة
٣٨١ مطلب في الفرق التي لا ترث فيها المرأة
٣٨٥ مطلب اذا باشرت المرأة سبب الفرقة وهي مريضة مرض الموت

الباب الثاني في الخلع

٣٨٦ مطلب في تقسيم الفرقة بين الزوجين
٣٨٧ مطلب في تعريف الخلع لغة وشرعا
٣٨٧ مطلب يشترط في الخلع ما يشترط في الطلاق
٣٨٨ مطلب لا يشترط ذكر العوض في الخلع
٣٨٨ مطلب فيما اذا كان بدل الخلع اكثر مما اعطاه الزوج لزوجة
٣٩١ مطلب في بدل الخلع

صحيفة		صحيفة	
٣٩٢	مطلب فى الطلاق الواقع بالخلع	٤٠٤	مطلب اذا هلك بدل الخلع او استهلك او استحق
٣٩٣	« الخلع لاينفرد به احد الزوجين	٤٠٤	مطلب اذا جعل بدل الخلع اجرة رضاع الولد
٣٩٥	« الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة وما يترتب عليه من الاحكام	٤٠٦	مطلب اذا كان بدل الخلع ليس من حقوق الزوجين وما ينبنى عليه من المسائل
٣٩٧	مطلب فى تقسيم بدل الخلع	٤٠٩	مطلب فى خلع الأب بنته من زوجها
٣٩٧	« اذا كان الخلع بعوض غير المهر	٤١١	مطلب اذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته الصغيرة
٣٩٨	مطلب فى الحقوق التي تسقط بالخلع	٤١٢	مطلب فى خلع الاب زوجة ابنه الصغير وخلع الصغير
٣٩٩	« اذا كان بدل الخلع مسكوتا عنه	٤١٢	مطلب فى خلع السفيهة من زوجها
٤٠٠	مطلب اذا كان بدل الخلع منفيا	٤١٣	« فى خلع المريضة مرض الموت
٤٠٠	« اذا كان بدل الخلع كل المهر او بعضه	٤١٥	« فى مطالبة الوكيل ببدل الخلع
٤٠٢	مطلب اسقاط الحقوق فى الخلع والمبارأة وانه ليس متفقا عليه	٤١٦	« لايستحق بدل الخلع الا اذا كان عقد الزواج صحيحا
٤٠٣	مطلب هل تسقط نفقة العدة والسكنى بالخلع		

الباب الثالث فى الفرقة بالعنة ونحوها

٤١٦	مطلب فى خيار فسخ النكاح لاحد الزوجين بعيب فى الآخر	٤١٧	مطلب اذا اختارت المرأة الفرقة فليس لها ان تفارقه من نفسها
٤١٧	مطلب اذا وجدت المرأة زوجها عنينا او مجبوبا او خصيا	٤١٨	مطلب فى تأجيل العنين سنة وحكمة ذلك

صحيفه
٤٢١ مطلب الفرقة المترتبة على العنة
صحيفه
ونحوها طلاق بائن

الباب الرابع في الفرقة بالردة

٤٢٢ مطلب اذا ارتد احد الزوجين انفسخ النكاح فى الحال
٤٢٣ مطلب الحرمة المترتبة على الردة ليست مؤبدة
٤٢٤ مطلب اذا ارتد الزوجان
٤٢٤ » فى استحقاق الزوجة المهر عند الردة
٤٢٥ » ارث احد الزوجين من الآخر بعد الردة

الباب الخامس في العدة وفى نفقة المعتدة

الفصل الاول فيمن تجب عليها العدة من النساء ومن لاتجب
٤٢٦ مطلب معنى العدة في اللغة والشرع
٤٢٦ مطلب فى المسائل التى يلزم الرجل فيها انتظار زمن اذا أراد التزوج
٤٢٧ مطلب فى سبب العدة
٤٢٩ » انواع العدة
٤٢٩ » في العدة بالحيض
٤٣١ » فى العدة بالاشهر
٤٣٣ » في انقضاء عدة المرأة اذا رأت الدم مرة ثم انقطع عنها
٤٣٥ مطلب فى انقضاء عدة ممتدة الدم
٤٣٥ » في عدة الحامل
٤٣٧ » حاصل انواع العدة بالاختصار
٤٣٨ مطلب اذا مات الزوج فى اثناء عدة الطلاق
٤٤٠ » اذا اعاد الزوج الزوجة وهى فى العدة
٤٤٢ » ابتداء العدة عقب الطلاق والوفاة فورا
٤٤٢ مطلب اذا اقر الزوج بطلاق زوجته منذ زمن
٤٤٤ مطلب فى الاشياء التى تلزم مراعاتها مادامت المرأة فى العدة
٤٤٨ الفصل الثاني في نفقة المعتدة
٤٤٩ مطلب من تجب لها النفقة من المعتدات
٤٥٣ مطلب من لاتجب لها النفقة من المعتدات
٤٥٥ مطلب اذا طلبت المعتدة النفقة وامتنع الزوج

فهرست

﴿ الجزء الثانى من شرح الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية ﴾

(الكتاب الرابع فى الاولاد)

(الباب الال فى ثبوت النسب)

(الفصل الاول)

(فى ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح)

صحيفة		صحيفة	
٣	مطلب فى حكمة قصر المرأة فى التزوج على رجل واحد		نفى الولد وما ينبغى عليه
٣	مطلب فى أقل مدة الحمل وغالبها وأكثرها	٨	مطلب فى اللعان وسبب نزول آيته
٥	مطلب فى الاوقات التى يصح فيها	١٠	مطلب فى المسائل التى لا يكون الولد أجنبيا من الملاعن فيها

(الفصل الثانى)

١٤	فى ثبوت نسب الولد المولود من نكاح فاسد أو وطء بشبهة	١٥	مطلب فى تعريف الشبهة وأقسامها

« الفصل الثالث »

(فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها)

صحيفة

١٨ مطلب فى ثبوت ولد نسب المطلقة رجعياأو باثنا اذالم تقر بانقضاء عدتها

١٩ مطلب فى ثبوت نسب ولد المتوفى عنهازوجها اذا لم تقر بانقضاء العدة

صحيفة

٢٠ مطلب فى ثبوت نسب ولدهما اذا أقرت كل منهما بانقضاء العدة

٢١ مطلب فى ثبوت نسب ولد المراهقة

« الفصل الرابع »

(فى دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك)

٢٤ مطلب فى دعوى المرأة الولادة

٢٧ « اذا أقر رجل لولد بأنه ابنه

٢٧ « اذاادعت المرأة أنها أم الولد المقر له بالنسب

٢٨ مطلب اذا أقرت امرأةلولدبأنه ابنها

٣٠ مطلب اذاأقرشخص لآخر بأنه أخوه

٣٢ « اذا أقر رجل لولد بأنه ابنه وكان المقر له معروف النسب

٣٣ مطلب فى اثبات دعوى البنوة والابوة وغيرهما

« الفصل الخامس فى احكام اللقيط »

٣٥ مطلب فى تعريف اللقيط لغةواصطلاحا وحكم التقاطه

٣٦ مطلب فى الحكم على اللقيط بالحرية

٣٧ من أحق بامساك اللقيط

٣٧ مطلب فى حكم المال الموجود مع اللقيط

٣٩ مطلب فى دعوى نسب اللقيط

٤٣ « فى نفقة اللقيط

« الباب الثانى فيما يجب للمولد على الوالدين »

(الفصل الاول فى الرضاعة)

صحيفة		صحيفة	
٤٥	مطلب فى المواضع التى تجبر الام فيها على ارضاع ولدها	٤٨	مطلب اذا أرضعت الام ولدها ولم تعقد مع أبيه عقد اجارة
٤٦	مطلب فى المواضع التى تستحق الام فيها الاجرة على الرضاع والتى لا تستحقها	٤٩	مطلب فى عدم سقوط أجرة الرضاع
٤٧	مطلب اذا طلبت الام أجرة على الرضاع وتبرع غيرها بذلك	٤٩	« فى مصالحة الام عن أجرة الرضاع
		٥٠	مطلب فيما اذا كانت غير الام هى المرضعة

« الفصل الثانى فى مقدار الرضاع الموجب للتحريم »

٥١	مطلب فى معنى الرضاع لغة وشرعا	٥٨	مطلب فيمن لا يحرم بالرضاع
٥١	« فى مقدار الرضاع الموجب للتحريم والاختلاف فيه	٦٢	« فيما اذا كان لرجل زوجتان وأرضعت الكبيرة الصغيرة
٥٤	مطلب فيمن يحرم بالرضاع	٦٤	مطلب فيما يثبت به الرضاع

« الفصل الثالث فى الحضانة »

٦٥	مطلب فى أن الام أحق بتربية الولد	٧٠	مطلب اذا لم توجد حاضنة من النساء انتقل الحق الى العصبات
٦٦	مطلب فى أن اختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة	٧١	مطلب اذا لم يوجد أحد من العصبات
٦٦	مطلب فى شروط الحاضنة	٧٢	« هل تجبر على الحضانة من لها حق فيها
٦٧	« من ينتقل اليه حق الحضانة بعد الام	٧٣	مطلب فى استحقاق الحاضنة الاجرة

صحيفة

٧٦ مطلب اذا امتنعت أم الصغير عن تربيته الا بالاجرة

٧٧ مطلب متى تنتهى الحضانة

صحيفة

٧٩ مطلب فى اخراج الاب ولده من بلد أمه

٧٩ مطلب فى سفر الحاضنة بالولد

« الفصل الرابع فى النفقة الواجبة للابناء على الآباء »

٨١ مطلب ماتشمله النفقة عند الفقهاء

٨٢ « فى نفقة الولد اذا كان غنيا

٨٢ « فى نفقة الولد الصغير اذا كان فقيرا

٨٣ مطلب فى نفقة الولد الكبير اذا كان فقيرا مذكرا أو مؤنثا

٨٤ مطلب فى أن اختلاف الدين لا يمنع من وجوب نفقة الولد على أبيه

٨٤ مطلب اذا كان الاب غنيا فلا يشاركه أحد فى نفقة أولاده

٨٥ مطلب الحكم فيما اذا كان الاب فقيرا قادرا على الكسب

٨٦ مطلب الحكم فيما اذا كان الاب فقيرا عاجزا عن الكسب

٨٧ مطلب من تجب عليه النفقة عند عدم الاب

٨٧ مطلب الحكم فيما اذا كانت أقارب الصغير كلهم أصول

٨٩ مطلب الحكم فيما اذا كانت أقارب الصغير بعضهم أصول وبعضهم حواش

٩٠ مطلب الحكم فيما اذا كانت أقارب الصغير كلهم حواش

٩١ مطلب فى القضاء على الاب الغائب بنفقة أولاده

٩٢ مطلب الحكم فيما اذا كان للاب الغائب مال من جنس النفقة

٩٣ مطلب حكم ما اذا كان المال الذى تركه الاب ليس من جنس النفقة

٩٥ مطلب فى وجوب نفقة زوجة الابن على الاب

٩٥ مطلب فى أن الاب هو الذى يتولى الانفاق على أولاده

٩٦ مطلب فى مصالحة الام الاب على نفقة الاولاد

٩٧ مطلب فيما اذا اشتكت الام من تقتير الاب فى النفقة

٩٧ مطلب فيما اذا مضت مدة لم تأخذ الام فيها النفقة المقدرة

(الباب الثالث فى النفقة الواجبة للابوين على الابناء)

صحيفة		صحيفة	
٩٩	مطلب فى نفقة الاب اذا كان غنيا	١٠٣	مطلب فى وجوب نفقة الاب فى مال ولده الغائب
٩٩	» فى نفقة الاب اذا كان فقيرا	١٠٣	مطلب فيما اذا انفق المودع والمدين على أبوى الغائب
١٠٠	» فى وجوب نفقة الام على ولدها	١٠٤	مطلب فى المسائل التى لا يضمن فيها المنفق بغير اذن
١٠٠	» لا يشترط فى وجوب نفقة الاصل أن يكون مسلما	١٠٥	مطلب فى وجوب نفقة الشخص على بيت المال
١٠١	مطلب فى نفقة زوجة الاب	١٠٦	مطلب فى كيفية وجوب نفقة الاصول على الفروع
١٠١	» فى نفقة الام اذا كانت متزوجة		
١٠٢	» فى نفقة الاب اذا كان ولده فقيرا		

(الباب الرابع فى نفقة ذوى الارحام)

١٠٨	مطلب فى تعريف ذوى الارحام لغة وشرعا		كان كبيرا
١٠٨	مطلب فى وجوب نفقة القريب اذا كان رحما محرما والخلاف فى ذلك	١١٠	مطلب فى أن النفقة لا تجب الا على الموسر وتقدير اليسار
١٠٩	مطلب فى نفقة ذى الرحم المحرم اذا كان غنيا	١١١	مطلب اشتراط اتحاد الدين فى نفقة ذوى الارحام
١٠٩	مطلب فى نفقة ذى الرحم المحرم اذا كان فقيرا أو صغيرا	١١٢	مطلب فى وجوب النفقة على المحارم
١١٠	مطلب فى نفقة ذى الرحم المحرم اذا	١١٥	» فيما اذا لم يؤد النفقه من هى واجبة عليه

(الباب الخامس فى ولاية الاب)

صحيفة

١١٦ مطلب فى تقسيم الاشخاص ومن تثبت عليه الولاية

١١٧ مطلب فيمن تثبت له الولاية على المال

١١٧ « فى تقسيم الآباء بحسب صفاتهم

١١٧ مطلب فى ولاية لاب اذا كان غير معروف بسوء لاختيار

١١٨ مطلب فى استمرار ولاية الاب وانقطاعها

١١٨ في تصرفات الاب اذا كان غير معروف بسوء الاختيار

١٢٠ مطلب فيما اذا بلغ الولد فى مدة عقد الاجارة الذى عقده والده في صغره

١٢١ مطلب في شراء الاب شيئا لولده

١٢١ « فى تصرفات الاب اذا عرف بسوء الاختيار

١٢٣ مطلب اذا اشترى الاب مال ولده لنفسه

١٢٤ مطلب فى رهن الاب ماله لولده أو ارتهانه عنده

١٢٦ مطلب لايجوز للاب اقراض مال ولده

١٢٦ « يجوز للقاضى اقراض مال اليتيم اذا لم يمكن استثماره

١٢٧ مطلب لايجوز للاب هبة مال ولده

١٢٧ « يجوز للاب ايداع مال ولده واعارته

١٢٧ مطلب في قبول الاب نقل دين ولده من ذمة الى ذمة

١٢٩ مطلب اذا اشترى الاب لولده شيئا وأراد الرجوع عليه بثمنه

١٣٠ مطلب اذا مات الاب ولم يبين مال ولده

١٣١ مطلب اذا كبرت الاولاد سلمت اليهم أموالهم اذا أحسنوا التصرف

١٣١ مطلب محاسبة الاب على أموال ولده

١٣٢ « في بيع الاب مال ولده للنفقة

١٣٣ مطلب في تقسيم الولاية ومن تثبت له

(الكتاب الخامس فى الوصى والحجر والهبة والوصية)

(الباب الاول فى الوصى وتصرفاته)

(الفصل الاول فى اقامة الوصى)

صحيفة		صحيفة	
١٣٥	مطلب فى تعريف الوصى	١٤٤	مطلب اذا كان الوصى قادراً على القيام بالوصاية وعزله القاضي اختلف فى صحة عزله
١٣٥	» فى الوصى المختار اذا قبل الوصاية حال حياة الموصى	١٤٥	مطلب اذا كان الوصى المختار غير كاف ضم اليه القاضي آخر
١٣٦	مطلب اذا رد الموصى الوصاية	١٤٥	مطلب اذا كان الوصى المختار فاسقا
١٣٧	« اذا سكت الوصى حتى مات الموصى	١٤٦	مطلب فى وصى القاضى والمواضع التى يقيم فيها وصيا
١٣٧	مطلب فى ان اقامة الوصى لاتتقيد بلفظ مخصوص	١٤٩	مطلب اذا أقام شخص وصيين فهل ينفرد أحدهما بالتصرف
١٣٩	مطلب فى تصرفات الوصى اذا كانت وصايته مطلقة	١٥٠	مطلب فى المسائل التى ينفرد فيها أحد الوصيين اجماعا
١٣٩	مطلب فى تصرفات الوصى اذا كانت وصايته مقيدة	١٥٤	مطلب اذا مات أحد الوصيين ولم يوص الى غيره
١٤١	مطلب متى توفرت الشروط فى الشخص صحت اقامته وصيا	١٥٥	مطلب اذا رد أحد الوصيين الوصاية بعد موت الموصى
١٤١	مطلب اذا لم يقم الاب وصيا فالولاية للجد	١٥٦	مطلب اذا أقام الوصى وصيا فهل يكون وصيا فى التركتين
١٤٢	مطلب فى شروط الوصي		
١٤٣	« للموصى اخراج الوصى من الوصاية		

(الفصل الثانى فى تصرفات الوصى)

صحيفة		صحيفة	
١٥٧	مطلب مهم فيما هو مطالب به الوصى أمام الله وامام القاضى	١٧١	مطلب فيما اذا باع الوصى المختار مال اليتيم لغير أجنبى منه ومن الموصى
١٥٩	مطلب فى بيع الوصى المال المنقول لليتيم	١٧١	مطلب فى بيع وصي القاضى مال اليتيم لمن لاتقبل شهادته له
١٥٩	مطلب فى بيع الوصى عقار اليتيم ومسوغاته والورثه كلهم صغار	١٧٢	مطلب فى بيع الوصى مال اليتيم لنفسه
١٦٢	مطلب فى بيع الوصى عقار الصغير بلا مسوغ	١٧٣	« فى بيع الوصى مال اليتيم بثمن مؤجل
١٦٣	مطلب فيما اذا كانت التركة خالية عن الدين والوصية وكل الورثة كبار	١٧٣	مطلب لايجوز للوصى قضاء دينه من مال اليتيم
١٦٤	مطلب فيما اذا لم يكن فى التركة دين ولا وصية وبعض الورثة صغير وبعضهم كبير	١٧٣	مطلب فى اقراض الوصى مال اليتيم
١٦٥	مطلب فيما اذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية	١٧٤	« فى اقراض القاضى مال اليتيم
١٦٦	مطلب فى تصرفات الجد عند ماتثبت له الولاية	١٧٤	« فى رهن الوصى ماله عند اليتيم وارتهان مال اليتيم عنده
١٦٧	مطلب فى أحكام وصي الام والاخ والعم وغيرهم من الاقارب	١٧٥	مطلب فى رهن الوصى مال اليتيم عند غيره بدين على اليتيم
١٦٩	مطلب فى اتجار الوصى بمال اليتيم	١٧٦	مطلب فى رهن الوصى مال اليتيم بدين على نفسه
١٧٠	« فى بيع الوصى المختار مال اليتيم لأجنبى منه ومن الموصي	١٧٧	مطلب اذا هلك المرهون من أموال اليتيم عند دائن الوصى
		١٧٨	مطلب فى توكيل الوصى غيره بالتصرف فى مال اليتيم
		١٧٨	مطلب فى ابراء الوصى مديون اليتيم

صحيفة

أو تأجيل الدين المستحق للدفع
١٨٠ مطلب فى صلح الوصى عن الدين المدعى به للموصى أو لليتيم أو عليهما
١٨٢ مطلب فى طريق اثبات الدين المدعى به للميت أو لليتيم أو عليهما
١٨٢ مطلب لا يصح اقرار الوصى على الميت
١٨٣ مطلب فيما اذا أقرت الورثة أو بعضهم على المورث بدين أو بوصية
١٨٥ مطلب فى كيفية انفاق الوصى على اليتيم من ماله
١٨٦ مطلب اذا اشترى الوصى شيئا لليتيم ودفع ثمنه من مال نفسه وأراد الرجوع
١٨٧ مطلب فيما اذا قضى الوصى الدين المدعى به على الميت
١٨٩ مطلب فى استحقاق الوصى الاجرة على عمله

صحيفة

١٨٩ مطلب فى محاسبة الوصى على أموال الايتام
١٩١ مطلب اذا ادعى الوصى شيئا ليس مسلطا عليه شرعا فلا يقبل قوله الا ببينة
١٩٤ مطلب اذا مات الوصى مجهلا مال الايتام
١٩٥ مطلب متى تنتهى مأمورية الوصى « فى اختبار الوصى اليتيم فى التصرفات
١٩٦ مطلب اذا بلغ الصغير غير رشيد فلا يسلم اليه المال
١٩٧ مطلب فيما اذا سلم الوصى المال الى اليتيم قبل ظهور رشده
١٩٨ مطلب فيما اذا ثبت رشد اليتيم ولم يسلم اليه الوصى المال

﴿ الباب الثانى فى الحجر والمراهقة والبلوغ ﴾

(الفصل الاول فى الحجر)

١٩٩ مطلب فى معنى الحجر لغة واصلاحا
٢٠٠ « « اسباب الحجر
٢٠٠ مطلب فى الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه
٢٠٢ مطلب فى أن الحجر لا يتأتى فى الافعال وما ينبنى على ذلك
٢٠٣ مطلب فيما اذا أتلف أحد المحجور عليهم مال الغير بعد التسليط من المالك
٢٠٣ مطلب فى تصرفات الصبى المأذون له فى الاتجار

صحيفة		صحيفة	
٢٠٧	مطلب فيمن يملك الاذن للصبي بالتجارة		صنعة الطب ومن فى معناهما
٢٠٨	مطالب فى ان من له الولاية على الصبي يملك التصرف فى ماله حال الاذن	٢١٨	مطلب الحجر على المديون
		٢١٩	« فى المسائل التي يختلف فيها الحجر بالنسبة للسفيه والمديون
٢٠٩	ملخص وتصرفات الصبي والمجنون والمعتوه	٢٢٠	مطلب ماالذى يفعله القاضى بعد الحجر على المديون
٢١٠	مطلب فى الحجر على السفيه والخلاف فى ذلك	٢٢٠	مطلب فى كيفية قسمة مال المديون على الدائنين
٢١٣	مطلب فى بيان الوقت الذى يحجر فيه على السفيه	٢٢١	مطلب لايبيع القاضى من أموال المديون ماهو من حوائجه الاصلية
٢١٥	مطلب فى التصرفات التي يحجر على السفيه فيها والتى تنفذ منه	٢٢٢	مطلب فى الحجر على صاحب الغفلة
٢١٧	مطلب فى منع المفتى الجاهل عن الفتوى والمتطبب الجاهل عن تعاطى		

(الفصل الثانى فى سن التمييز والمراهقة والبلوغ)

٢٢٣	مطلب فى ادوار الصغير وأحكامه فى كل دور منها	٢٢٨	مطلب فى أن الولد لايخير بين أبويه قبل البلوغ
٢٢٥	مطلب فى علامات البلوغ بالنسبة للمذكر والمؤنث	٢٢٨	مطلب فى أن الولد يخير بين أبويه بعد البلوغ اذا كان مأمونا على نفسه والتفصيل فى ذلك
٢٢٥	مطلب فى الحكم بالبلوغ بالسن		
٢٢٦	مطلب فى أحكام الولد بعد البلوغ		

(الباب الثالث فى الهبة)

٢٢٩	مطلب فى تقسيم العقد بالنسبة للهبة		بالقبض والخلاف فيه
٢٣٠	مطلب فى تعريف الهبة لغة واصطلاحا	٢٣٤	مطلب اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له فلا حاجة الى قبض جديد
٢٣١	مطلب فى أركان الهبة	٢٣٥	مطلب فى حكم الهبة
٢٣٢	مطلب فى شروط الهبة	٢٣٦	مطلب فيما اذا وهب شخص جميع
٢٣٣	مطلب فى ان الموهوب لايملك الا		

صحيفة
ماله وهو صحيح
٢٣٧ مطلب فيما اذا وهب الشخص جميع
صحيفة
ماله أو بعضه وهو مريض
٢٣٨ مطلب فى حكم العمرى والرقبى

(الفصل الثانى فيما تجوز هبته ومالا تجوز)

٢٤٠ مطلب فى حكم هبة غير المشاع وغير المتصل بغيره
٢٤٠ مطلب فى حكم هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة
٢٤٠ مطلب فى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة
٢٤١ مطلب فى الفرق بين المشاع الذى لايحتمل القسمة والذى يحتملها
٢٤١ مطلب فى حكم هبة المشاع عند الامام الشافعى
٢٤٢ مطلب فى حكم هبة المشاع للشريك
٢٤٣ « لايضر الشيوع الطارىء بعد عقد الهبة
٢٤٣ مطلب فى حكم هبة المتصل بغيره اتصالا خلقيا
٢٤٤ مطلب فى حكم هبة المتصل بغيره اتصال مجاورة
٢٤٥ مطلب فى هبة ماهو فى حكم المعدوم
٢٤٥ « « اثنين لواحد مشاعا يحتمل القسمة
٢٤٦ مطلب فى هبة واحد لاثنين مشاعا يحتمل القسمة
٢٤٧ مطلب الهبة قد تكون تمليكا فقط وقد تكون تمليكا من وجه واسقاطا من وجه
٢٤٧ مطلب فى تمليك الدين للمديون
٢٤٨ « « تمليك الدين لغير المديون

(الفصل الثالث فيمن يجوز له قبض الهبة)

٢٤٩ مطلب فى قبض الهبة اذا كان الموهوب له غير مميز
٢٥٢ مطلب فى قبض الهبة اذا كان الموهوب له صغيرا مميزا
٢٥٣ مطلب فى قبض الزوج ماوهب لزوجته

(الفصل الرابع فى الرجوع فى الهبة)

٢٥٤ مطلب فى اختلاف الائمة فى صحة الرجوع فى الهبة
٢٥٥ مطلب يثبت الرجوع فى الهبة ولو أسقطه الواهب

صحيفة
٢٥٦ مطلب فى مواقع الرجوع فى الهبة وهي سبعة
٢٥٦ مطلب فى المانع الاول وهو زيادة الموهوب
٢٥٨ مطلب فى المانع الثانى وهو موت الواهب أو الموهوب له
٢٥٨ مطلب فى المانع الثالث وهو خروج الموهوب عن ملك الموهوب له
٢٥٩ مطلب فى المانع الرابع وهو الزوجية
٢٦٠ « « « الخامس وهو القرابة
٢٦٠ « « « السادس وهو هلاك الموهوب
٢٦٠ مطلب فى المانع السابع وهو العوض
صحيفة
٢٦٢ مطلب فى حكم ماذا استحق كل الهبة أو العوض أو بعض كل منهما
٢٦٤ مطلب فى حكم ماذا استحقت الهبة وكانت بغير عوض
٢٦٥ مطلب ليس للاب أن يعوض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير
٢٦٥ مطلب لا يصح الرجوع فى الهبة الا بالرضا أو القضاء والمسائل التى تنبنى على ذلك
٢٦٧ مطلب فى العوض المشروط فى عقد الهبة
٢٦٨ مطلب في أن شروط الصدقة كالهبة

(الفصل الرابع فى الوصايا وفيه فصول)

(الفصل الاول)

(في حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها)

٢٦٩ مطلب تقسيم العقد بالنسبة الى الوصية
٢٦٩ « في تعريف الوصية
٢٧٠ « « أركان الوصية
٢٧١ « فى شروط الوصية
٢٧٣ « « وصايا المحجور عليه لسفه
٢٧٤ « تصح الوصية بالاعيان وبمنافعها
٢٧٤ « لا يمكن الحكم على الوصية فى أول الامر بأنها تنفذ من ثلث المال أو كله أو لا تنفذ في شيء منه
٢٧٤ مطلب فى حكم وصية غير المديون لاجنبى وليس له وارث
٢٧٥ مطلب في وصية المديون اذا كان دينه مستغرقا لتركته
٢٧٥ مطلب في وصية المديون اذا كان دينه غير مستغرق لتركته
٢٧٦ مطلب فى الوصية للوارث

صفحة		صفحة	
٢٧٦	مطلب فى الاجازة المعول عليها بالنسبة للوصية	٢٨٦	مطلب فى حكم الوصية للمساجد والتكايا وغيرهما
٢٧٧	مطلب يشترط لصحة الاجازة أن يكون المجيز من أهل التبرع	٢٨٧	مطلب لايشترط لصحة الوصية اتحاد الدين
٢٧٨	مطلب فى الفرق بين الوارث والاجنبى بالنسبة للوصية	٢٨٨	مطلب لايملك الموصى له الموصى به الا بالقبول
٢٧٩	مطلب فى حكم وصية غير المديون لاجنبى ان كانت له ورثة	٢٩٠	مطلب فى صحة رجوع الموصى عن الوصية
٢٨٠	مطلب اذا أجاز بعض الورثة الوصية دون الآخر	٢٩٠	مطلب في أن الرجوع قد يكون صريحا وقد يكون دلالة
٢٨١	مطلب يتملك المجاز له الوصية من قبل الموصى وما ينبنى على ذلك	٢٩١	مطلب هل يكون جحد الوصية رجوعا
٢٨٢	مطلب فى وصية أحد الزوجين الى الآخر	٢٩١	مطلب لو قال البيت الذى اوصيت به لفلان جعلته لفلان يكون رجوعا
٢٨٢	مطلب فى حكم الوصية للقاتل	٢٩٢	مطلب فيما اذا هلك الشىء الموصى به قبل موت الموصى أو بعده
٢٨٥	مطلب في حكم الوصية للحمل		

« الفصل الثانى فى استحقاق الموصى لهم »

٢٩٣	مطلب فيما اذا كان الموصى له واحدا		ومجموع الوصيتين مساو للثلث
٢٩٣	مطلب فى حكم ما اذا كان الموصى له متعددا والوصية بعقد واحد	٢٩٤	مطلب اذا تعدد الموصى له وكان مجموع الوصيتين زائدا على الثلث واستوى الموصى لهما فى الاستحقاق
٢٩٣	مطلب فى حكم ما اذا كان الموصى له متعددا والوصية بعقود وكان مجموع الوصيتين أقل من الثلث	٢٩٥	مطلب فيما اذا تعدد الموصى له وكان مجموع الوصيتين زائدا على الثلث واختلفا فى الاستحقاق ولم ترد
٢٩٤	مطلب فيما اذا تعدد الموصى له		

صحيفة

وصية واحد منهما على الثلث
٢٩٦ مطلب فيما اذا تعدد الموصى له وكان مجموع الوصيتين زائدا على الثلث واختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث
٣٠١ مطلب فى حكم الوصية بما يتناول

صحيفة

القليل والكثير
٣٠٢ مطلب فيما اذا أوصى لاثنين وكان أحدهما ميتاً وقت الوصية
٣٠٣ مطلب فيما اذا كانت الوصية بجزء نوع من المال
٣٠٦ مطلب فى الوصية بمقدار من النقود

(الفصل الثالث فى الوصية بالمنافع)

٣٠٧ مطلب كما تكون الوصية بالاعيان تكون بالمنافع
٣٠٧ مطلب فيما اذا أوصى بالمنافع ونص على الابد
٣٠٧ مطلب فيما اذا أوصى بالمنافع وأطلق
٣٠٨ « فيما اذا أوصى بالمنافع وبين مدة
٣٠٨ « لا يستحق الموصى له سكنى البيت الموصى له بها الا اذا كان البيت يخرج من ثلث أموال الموصى
٣١١ مطلب فيما اذا أراد الموصى بالسكنى أن يؤجر البيت ويأخذ الاجرة
٣١١ مطلب فيما اذا أراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه
٣١٢ مطلب فى الوصية بالثمرة
٣١٣ مطلب فيما اذا أوصى لشخص بالمنفعة ولآخر بنفس الشيء

(الفصل الرابع فى تصرفات المريض)

٣١٤ مطلب المعول عليه فى تعريف مرض الموت
٣١٥ مطلب فى الاصحاء الملحقين بالمريض مرض الموت
٣١٥ مطلب فى الامراض التى تمكث زمنا طويلا
٣١٦ مطلب فى تقسيم الاشخاص بحسب التصرفات الى قسمين بالنظر لهذا المقام
٣١٦ مطلب فى تقسيم التصرفات الى منجزة ومضافة وتقسيم المنجزة
٣١٦ مطلب فيما اذا تصرف الصحيح تصرفا منجزا وهو غير محجور عليه

صحيفة

٣١٧ مطلب فيما اذا تصرف الصحيح تصرفا منجزا وهو محجور عليه

٣١٧ مطلب فى حكم التصرفات المضافة الى مابعد الموت

٣١٨ مطلب فيما اذا كان التصرف منجزاً وهو انشائى والمتصرف مريض مرض الموت

٣١٨ مطلب فى حكم هبة المريض لاجنبى اذا كان غير مديون وليست له ورثة

٣١٨ مطلب فى حكم هبة المريض لاجنبى اذا كان غير مديون ودينه غير مستغرق لتركته

٣١٩ مطلب فى حكم هبة المريض لوارث اذا كان المريض غير مديون

٣٢٠ مطلب فى حكم هبة المريض لاجنبى اذا كانت له ورثة

٣٢٠ مطلب فى أن ضمان المريض كهبته فى جميع الاحكام

٣٢٠ مطلب فى حكم ضمان المريض اذا كان غير مديون وليس له ورثة

٣٢٠ مطلب فى ضمان المريض اذا كان مديونا ودينه مستغرق لتركته

٣٢١ مطلب فى ضمان المريض اذا كان مديونا ودينه غير مستغرق للتركة

صحيفة

٣٢١ مطلب فى حكم ضمان المريض اذا كان غير مديون وكان المكفول له أو عنه وارثا له

٣٢١ مطلب فى ضمان المريض اذا كان غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له أو عنه أجنبيا منه

٣٢١ مطلب فى بيع المريض مرض الموت

٣٢١ « « حكم بيع المريض لوارثه

٣٢٢ « « « « « لغير وارثه اذا كان غير مديون أصلا أو مديونا دينا غير مستغرق لتركته

٣٢٢ مطلب للورثة استخلاص التركة بما عليها من الديون

٣٢٢ مطلب لبعض الورثة استخلاص التركة من الدائنين عند امتناع البعض الآخر

٣٢٣ مطلب فى حكم بيع المريض لغير الوارث بغبن فاحش

٣٢٥ مطلب فى بيع المريض لغير وارث وهو مديون دينا مستغرقا لتركته

٣٢٦ مطلب فى اجارة المريض مرض الموت

٣٢٦ « « اذا برىء المريض من مرضه كانت تصرفاته كتصرفات الاصحاء

٣٢٦ مطلب فى ان جميع تصرفات المريض

صحيفة

نافذة حال الحياة وفيما ينبغى عليه

٣٢٧ مطلب فى حكم اقرار المريض لغير الوارث

٣٢٧ مطلب اقرار المريض للوارث موقوف

٣٢٩ مطلب فى ان الاقرار الظاهرى فى الحقيقة ابتداء تمليك وما ورد فيه من النصوص

٣٣٠ مطلب فى المسائل المستثناة من عدم نفاذ اقرار المريض للوارث

٣٣٣ مطلب فى تمييز الوارث من الاجنبي بالنسبة للاقرار

٣٣٥ مطلب فيما اذا أبان المريض زوجته ثم أقر أو أوصى لها بوصية

٣٣٦ مطلب فى ابراء المريض مدينه من الدين

٣٣٧ مطلب فيما اذا كان المريض المتنازل عن الدين غير مديون وكان المتنازل له أجنبيا منه وليست له ورثة

٣٣٧ مطلب فيما اذا كان المريض المتنازل عن الدين مديونا بدين مستغرق للتركة

٣٣٧ مطلب فيما اذا تنازل المريض عن دين له وهو مديون بدين غير مستغرق للتركة

٣٣٨ مطلب فى حكم ابراء المريض وارثه من الدين

صحيفة

٣٣٨ مطلب فى حكم ابراء المريض الغير المديون مديونه اذا كان أجنبيا منه

٣٣٨ مطلب فى حكم ابراء أحد الزوجين الآخر وهو مريض

٣٤٠ مطلب فى الحقوق المتعلقة بالتركة وترتيبها

٣٤٠ مطلب يبدأ من التركة بالتجهيز

٣٤٠ « فى حكم قضاء الديون من التركة وتقديم دين الصحة على دين المرض وتعريف كل منهما

٣٤١ مطلب فيما اذا لم تتساو الديون فى الحكم

٣٤٢ مطلب فى تنفيذ الوصية من التركة بعد قضاء الديون

٣٤٣ مطلب فى ان الارث مؤخر عن تنفيذ الوصية

٣٤٣ مطلب فيما اذا أراد المريض أن يقضى بعض الديون وأمواله تفى بالكل

٣٤٤ مطلب فيما اذا أراد المريض أن يقضى بعض الديون وأمواله لا تفى بالكل وتفصيل ذلك

٣٤٤ مطلب للمريض أن يقضى بعض الديون ولا يعارضه أحد فى مسئلتين

٣٤٥ مطلب اذا مات المشترى مفلسا قبل قبض المبيع أو بعده فهل يكون البائع أحق بالمبيع من باقى الدائنين أولا

مكتبة
الأستاذ / ابراهيم على سندقيى
الفن
الرقم

(الفصل الخامس فى احكام المفقود)

صحيفة		صحيفة	
٣٤٧	مطلب فى تقسيم الاشخاص بحسب هذا المقام		الآخر وما ينبنى على ذلك
٣٤٧	مطلب فى تعريف المفقود	٣٥٢	مطلب فى بيان المدة التى يحكم بعد مضيها بوفاة المفقود واختلاف الأئمة فى ذلك
٣٤٧	مطلب فيما اذا ترك المفقود وكيلا قبل غيابه	٣٥٥	مطلب فى أنه متى حكم بموت المفقود اعتبر ميتا بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من تاريخ الفقد وما ينبنى على ذلك
٣٤٨	مطلب فيما اذا لم يترك المفقود وكيلا قبل غيابه	٣٥٦	مطلب فيما اذا ظهرت حياة المفقود
٣٤٩	مطلب فى حكم تصرفات القاضى فى مال المفقود	٣٥٧	مطلب فيما اذا ادعى أحد صاحب شأن وفاة المفقود تحرى القاضى وبحث عن الحقيقة
٣٤٩	مطلب فيمن ينفق عليهم من مال المفقود		
٣٥٠	مطلب يعتبر المفقود حيا بالنسبة لبعض الاحكام وميتا بالنسبة للبعض		

﴿ فهرست الجزء الثالث ﴾

(من شرح الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية)

﴿ الباب الاول فى ضوابط عمومية ﴾

صحيفة		صحيفة	
٣	مطلب فى تسمية علم الميراث بعلم الفرائض	٤	أركان الميراث
٤	تعريف علم الميراث	٥	أسباب الميراث
		٥	شروط الميراث

﴿ الحقوق المتعلقة بالتركة ﴾

صحيفة		صحيفة	
٧	مطلب فى تقسيم هذه الحقوق	١٦	مطلب فى المستحقين للتركة وترتيبهم وهم عشرة
٧	« فى تقديم الدين المتعلق بأعيان المتوفى حال حياته	١٦	مطلب فى البدء بصاحب الفروض وعددهم
٨	مطلب فى حصر الحقوق المتعلقة بالتركة وترتيبها	١٧	مطلب فى المستحق الثاني من التركة وهو العصبة بنفسه النسبى
٨	مطلب فى تجهيز المتوفى من تركته	١٧	مطلب فى الجهات التى ينحصر فيها العاصب النسبي وترتيبهم فى الاستحقاق
٩	« فى قضاء دين المتوفى من التركة	١٨	مطلب فى حكمة تقديم أصحاب الفروض على العاصب النسبي
١١	« فى تنفيذ وصية المتوفى من التركة	١٨	مطلب فى أن صاحب الفرض لا يقدم على العاصب الا اذا كان غير محجوب به
١٢	« اذا اجتمع دين الله تعالى الموصي به مع الوصية للقياد		
١٤	مطلب فى الارث من التركة ومعناه		
١٥	« فى حكمة ترتيب الحقوق وتقديم بعضها على بعض		

صحيفة	
١٩	مطلب فى الثالث من المستحقين للتركة وهو العاصب السببي
١٩	مطلب فى ثبوت ولاية المعتق على عتيقة ولو كان العتق اضطرارياً
١٩	مطلب فى الرابع من المستحقين للتركة وهو عصبة العاصب السببي بأنفسهم
٢٠	مطلب فى حكمة تقديم العاصب النسبي على السببي
٢١	مطلب في الخامس من المستحقين للتركة وهو ذو الرد
٢١	مطلب فى ان الرد لا يتأتى الا اذا وجد شرطان
٢١	مطلب فى تقسيم أصحاب الفروض ومن يرد عليه منهم ومن لا يرد عليه وحكمة ذلك
٢٢	مطلب في السادس من المستحقين للتركة وهم ذوو الارحام وتعريفهم ذي الرحم عند الفرضيين
٢٣	مطلب فى السابع من المستحقين للتركة وهو مولى الموالاة
٢٣	مطلب فى شروط الموالى
٢٤	مطلب فى ان عقد الموالاة يصح أن يكون من الجانبين
٢٤	مطلب فى قيام عصبة مولى الموالاة مقامه
٢٤	مطلب في الثامن من المستحقين وهو المقر له بالنسب وشروطه
٢٦	مطلب فى التاسع من المستحقين للتركة وهو الموصي له بما زاد على الثلث
٢٦	مطلب فى العاشر من المستحقين للتركة وهو بيت المال

﴿ الباب الثانى فى الموانع من الارث ﴾

صحيفة	
٢٨	مطلب فى تعريف المانع
٢٨	« فى الفرق بين المحروم والمحجوب وعدد الموانع
٢٨	مطلب فى المانع الاول وهو الرق
٢٩	« فى حكمة منع الرق عن الميراث
٣٠	« فى المانع الثانى من الارث وهو

صحيفة		صحيفة
	القتل	
٣٠	مطلب فى أنواع القتل وما يمنع عن الارث منها ومالا يمنع	٣٤ مطلب فى توارث غير المسلمين من بعضهم
٣٢	مطلب فى ان القتل العمدلايمنع من الارث الا اذا كان بغير حق	٣٤ مطلب في توريث المرتد والارث منه
٣٣	مطلب في ان المقتول قد يرث القاتل	٣٦ « فى المانع الرابع وهو اختلاف الدارين وبيان أنه خاص بغير المسلمين
٣٣	« فى المانع الثالث من الارث وهو اختلاف الدين	٣٧ مطلب في وجه كون هذا مانعاً من الارث
		٣٧ مطلب فى بقية موانع الارث

﴿ الباب الثالث ﴾

(فى اصحاب الفروض وبيان فروضهم)

صحيفة		صحيفة
٣٨	مطلب فى الارث المجمع عليه وعدد الفروض المقدرة فى كتاب الله تعالى	٤٤ مطلب في معرفة الطريقة السهلة التى تتبع فى تقسيم التركات
٣٨	مطلب ما آخذ هذه الفروض	٤٥ مطلب من يستحق النصف من الورثة وهم خمسة
٣٩	« في ان الفروض المذكورة نوعان	٤٧ من يستحق الربع من الورثة وهما اثنان
٣٩	« في السبب الذى دعا الفرضيين الى جعل الفروض نوعين	٤٧ من يستحق الثمن
٤٠	مطلب في النسب بين الاعداد وهي أربعة وطريقة معرفة كل منها	٤٨ « « الثلثين
		٤٩ « « الثلث
٤١	مطلب فى اصول مسائل المـيراث وكيفية استخراجها	٥٠ مطلب فى ان الثلث الذي تستحقه الام تارة يكون ثلث الكل وتارة

صحيفة
يكون ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين
٥١ مطلب فى أن أولاد الام يستوي مذكرهم ومؤنثهم فى القسمة
٥٢ من يستحق السدس من الورثة
٥٤ جدول أصحاب الفروض

﴿ الباب الرابع ﴾

(فى بيان أحوال نصيب ذوى الفروض المتقدمة مع غيرهم من الورثة)

صحيفة
٥٥ مطلب فى ان معرفة هذا الباب مفيدة جداً
٥٥ مطلب في أحوال الاب وهى ثلاث
٥٨ « في أحوال الجد وهى ثلاث أيضاً
٥٩ « فى المسائل التى يخالف فيها الجد الاب فى الميراث
٦١ مطلب في أحوال أولاد الام وهى ثلاث
٦٢ مطلب في معنى الكلالة
٦٣ « في احوال الزوج وهى اثنتان
٦٣ « « « الزوجة اوالزوجات وهى اثنتان أيضاً
٦٤ مطلب في أحوال البنات الصلبية وهى ثلاث
٦٦ مطلب فى أحوال بنات الابن وهي ست
٧٢ مطلب فى أحوال الاخوات الشقيقات وهى خمس
٧٣ مطلب في أحوال الاخوات لاب وهى سبع
٧٥ مطلب في أحوال الام وهى ثلاث
٧٦ أحوال الجدة أوالجدات وهي اثنتان
٧٧ مطلب فى حكمة سقوط كل الجدات بالام لا بالاب
٧٨ مطلب فيما اذا اجتمعت جدتان احداهما ذات قرابة واحدة والاخرى ذات قرابتين
٨١ مطلب جدول أحوال اصحاب الفروض

﴿ الباب الخامس ﴾

(فى الارث بالتعصيب)

صحيفة		صحيفة
٨٢	مطلب فى تقسيم العصبة	٩٠ مطلب في الفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره
٨٢	« فى القسم الاول وهو العاصب بنفسه النسبى وانحصاره فى اربعة أصناف	٩١ مطلب فى ان العصوبة قد تؤثر فى أصل الاستحقاق وقد تؤثر فى النقصان
٨٣	مطلب فى معنى العصبة لغة وعند الفقهاء	٩٢ مطلب فى العاصب السببي
٨٣	مطلب في التقديم بالجهة	٩٣ « فى ان المعتق يرث ولو شرط فى عتقه ان لا ولاء له
٨٦	« فى التقديم بالدرجه	٩٣ مطلب في قيام عصبة المعتق بأنفسهم مقامه عند عدمه وترتيبها
٨٦	« في التقديم بالقوة	٩٤ مطلب فى استحقاق معتق المعتق عند عدمه وعدم عصبته
٨٧	« في التساوي في الاستحقاق عند الاتحاد فى الجهة والدرجة والقوة	٩٥ مطلب فى ان المعتقة ترث من عتيقها والاصل فى ذلك
٨٨	مطلب فى القسم الثاني وهو العاصب بغيره وانحصاره في اشخاص مخصوصة	
٩٠	مطلب فى القسم الثالث وهو العاصب مع غيره وحصره فى أشخاص معلومة	

﴿ الباب السادس ﴾

(في الحجب)

صحيفة		صحيفة
٩٧	مطلب فى معنى الحجب لغة واصطلاحاً	٦٧ « فى الفرق بين لمحجوب والمحروم

صحيفة		صحيفة	
٩٧	مطلب فى ان الحجب ينقسم الى نوعين	١٠١	مطلب فيمن يحجب ابن الاخ الشقيق
٩٨	« فى ان النوع الاول وهو حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة	١٠١	مطلب فيمن يحجب ابن الاخ لاب
		١٠١	« فيمن يحجب الاخوة والاخوات لام
٩٩	مطلب فى النوع الثانى وهو حجب النقصان وبيان انه يدخل على خمسة من الورثة	١٠٢	مطلب فيمن يحجب العم الشقيق
		١٠٢	« « « العم لاب
		١٠٢	« « « بنات الابن
١٠٠	مطلب فيمن يحجب الجد	١٠٤	« فى ان الشقيقة لا تحجب الاخت لاب الا فى حالة مخصوصة
١٠٠	« فيمن يحجب ابن الابن		
١٠٠	« فيمن يحجب الاخ الشقيق والاخت الشقيقة	١٠٥	مطلب فى الفرق بين المحروم والمحجوب وما يؤثره كل منهما على الغير
١٠٠	مطلب فيمن يحجب الاخ لاب والاخت لاب	١٠٧	مطلب فى جدول الحجب

﴿ الباب السابع ﴾

(في بيان مسائل متنوعة)

صحيفة		صحيفه	
١٠٨	مطلب فى توريث الحمل والاختلاف فى ذلك	١١٤	مطلب فى الزمن الذى يلزم أن تلد المرأة فيه بعد الوفاة لتوريث الحمل
١١٣	مطلب فى كيفية توريث الورثة الموجودين مع الحمل	١١٥	مطلب فيما اذا ولد الحمل بجناية او بغيرها

مكتبة
الرقم

﴿ توريث المفقود ﴾

صحيفة		صحيفة
١١٦	مطلب في تعريف المفقود لغة واصطلاحاً	وقت الحكم أو من وقت الفقد وما يترتب على ذلك
١١٦	مطلب فى ان المفقود هل يعتبر حياً أو موقوف الحكم	١١٩ مطلب فى توريث الخنثى
١١٧	مطلب في المدة التي يحكم بموت المفقود بعد مضيها	١٢١ « « « ولد الزنا وولد اللعان
١١٧	مطلب هل يعتبر المفقود ميتاً من	١٢٢ « « « الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى
		١٢٣ مطلب في النخارج

﴿ الباب الثامن ﴾

(فى العول والرد)

صحيفة		صحيفة
١٢٥	مطلب في معنى العول فى اللغة وفى الاصطلاح	١٣١ مطلب في معنى الرد اصطلاحاً
١٢٧	مطلب فى اول من حكم بالعول	١٣١ « « ان الرد لا يتأتى الا اذا وجد امران
١٢٨	« « اصول المسائل التى تعول	١٣١ مطلب فى مسائل الرد وهى أربع وبيان كل منها
١٣٠	« « « « التى لا تعول ووجه ذلك	١٣٦ مطلب فى الاختلاف فى الرد

﴿ الباب التاسع ﴾

(فى ذوي الارحام وكيفية توريثهم)

صحيفة		صحيفة
١٣٨	مطلب فى تعريف ذوى الرحم	لغة واصطلاحاً

صحيفة

١٣٩ مطلب في اختلاف الأئمة فى توريث ذوي الارحام

١٤٠ مطلب في انحصار ذوى الارحام فى أربعة أصناف

١٤٠ مطلب فى بيان الصنف الاول والثاني

١٤١ « « « « الثالث والرابع

١٤٢ « « « ترتيب ذوي الارحام في الميراث بحسب الجهة

١٤٣ مطلب فيما اذا اجتمعت جملة اشخاص من الصنف الاول

١٥١ مطلب تلخيص احوال الصنف الاول

صحيفة

من ذوى الارحام

١٥٣ مطلب في كيفية توريث افراد الصنف الثاني

١٥٨ مطلب فى احوال الصنف الثانى بطريق الاختصار

١٦٠ مطلب فى كيفية توريث الصنف الثالث من ذوي الارحام

١٦٨ مطلب في كيفية توريث الصنف الرابع منهم

١٧١ مطلب فى كيفية توريث أولاد الصنف الرابع ومن يلحق بهم

﴿ تمت ﴾

مكتبة
الأستاذ / ابراهيم علي مندقصي
الفن
الرقم

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم أن شرحت صدورنا للاسلام . وشرعت لنا من الدين ما وصيت به رسلك الكرام . ووفقتنا لفهم شريعة خير الانام . تلك الشريعة التي جاءت خاتمة للشرائع . وجامعة للمصالح والمنافع . ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين . القائل من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين . وعلى آله واصحابه ينابيع الحكم . وهداة الامم

أما بعد . فلما كان تدريس الشريعة الاسلامية . في مدرسة الحقوق الخديوية قد عهد اليّ من عهد غير قريب وكان من الكتب المقرر تدريسها بها كتاب (الاحكام الشرعية . في الاحوال الشخصية) لسعادة المرحوم محمد قدري باشا وهو ذلك الكتاب الذي وان جمع من فقه ابي حنيفة ما يختص بذات الانسان من الاحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين . بيد أن مؤلفه (رحمه الله) لم يبعد به الايجاز عما لم يسلم منه كل مختصر بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة . مبهمة الاشارة .

والاخرى مطلقة الاحكام الواجبة التقييد . لذلك رأيت من الواجب عليَّ أن لا ابقي ايجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عقبة تحول دون استفادة المطالعين . وطلسماً تشخص عنده أبصار المحصلين . فلم أزل أُنقب اثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقه . واقيد مطلقه واكمل ناقصه وأتمم وسائله . وأشرح مسائله . بل لم اقصر في حكاية خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الاخرى في كثير من المسائل مبينا في كل مسألة حكمة الحكم . ودليل كل مجتهد فيها . فكان من عملي هذا شرح يألفه كل طالب ولا يأنف عن مراجعته من هو في الحقيقة راغب . هذا ولم انهج في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الاصل وتخلل كلامهم فيها او تعقيبه لها بل بيَّنت مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعيّ ذاكراً كل مسألة مستقلة بنفسها غير مرتبطة بلفظ من الفاظ المادة الاصلية منعاً للخلط والتشويش غير اني قد ذيلت كل موضوع بنفس المادة التي تمّ شرحها ايذانا بارتباط الشرح بها ولتكون بمثابة تلخيص لما أبسطه من القول ومذ تمّ لي جمع تلك الفرائد على مقتضى الارادة . شرعت في نظمها بسلك التأليف تحقيقا للافادة والاستفادة . فقلت مستعيناً بالله شاكراً له ما أولاه

الجزء الاول

﴿ فى الاحكام المختصة بذات الانسان ﴾

الكتاب الاول

﴿ في النكاح ﴾

الباب الاول

﴿ فى مقدمات النكاح ﴾

قال تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودّة ورحمة) اشار سبحانه وتعالى الى نعمة الزواج الجليلة وأنه داعية التوادّ والتراحم ومجلبة الالفة والوفاق لاداعية الخلاف والشقاق كما أشار الى ان المرأة ليست كالمتاع تقصد لمجرد قضاء الشهوة وتطلب لغرض قضاء اللذة وانما جعلت ليسكن اليها الرجل ويستأنس بها ويجد منها مسليا لكروبه ومفرجا لهمومه ومعيناً على تدبير منزله ومسكنه فيقوم لها بما تطلبه المعاشرة وتفرضه المؤازرة وتحتمه الصداقة والمودّة ثم مع ذلك يستمتع بها ويقضى منها وطره على ان الاستمتاع بالزوجة لاينبغى ان يقصد منه مجرد قضاء تلك الشهوة البهيمية فان ذلك من مقاصد البهاوات بل يقصد منه ما قصده الشارع وهو الولد والنسل قال تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم) وقال

عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تناسلوا » وذلك ان الله سبحانه وتعالى خلق هذا العالم وقدر بقاءه الى اجل مسمى ولكن بقاؤه الى ذلك الاجل الذي سماه وقدره يتوقف على بقاء النوع الانساني المتوقف على التناسل وذلك التناسل لايتم ولايفي بالغرض المقصود منه الا بعقد الزواج الشرعي وذلك امر بديهي الثبوت لايحتاج الى البرهان . نعم ربما يقول قائل لو لم يكن هناك عقد زواج لحصل الازدواج بين الذكور والاناث بمقتضى الجبلة الخلقية اذ كل منهما تدعوه شهوته الى ذلك فيحصل التناسل بدون عقد الزواج . ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه وهو ان التناسل متوقف على عقد الزواج اذ لو تركت الناس عبيد شهواتهم تسوقهم الى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال وللنساء فضلا عن جلب المنافع لهن أيضاً فيعملن كل مافي وسعهن للحصول على الفائدة التي يقصدنها فيمنعن الحبل ليرغبن الرجال فيهن . بخلاف ما اذا حصل الازدواج بعقد وصار كل منهما مرتبطاً بقوانين هذا العقد قاصرا على صاحبه لا يتعداه الى غيره فلا يكون الغرض حينئذ مجرد قضاء الشهوة بل النسل الذي يبقي للانسان ذكرا في هذه الحياة الدنيا وأيّ عاقل لا يرغب ذلك فلذا ترى المتزوج يتكدر اذا لم يولد له ولهذا لما قلّ النسل في بعض الامم المتمدينة بحثوا عن السبب فوجدوه ناشئاً من ازدواج الذكور والاناث بلا عقد

وبما انه قد ثبت لك أن التناسل لا يتم الا بالزواج الشرعي فها نحن نبين لك ما هو الزواج فنقول

الزواج شرعاً هو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي فاذا لم يفد العقد حلّ الاستمتاع فلا يكون عقداً شرعياً فالعقد

على المحارم كالأخت وعلى معتدة الغير مثلا لا يوصف بذلك فلا يفيد حل الاستمتاع

وحينئذ فاذا أراد الرجل أن يتزوج فلا يباح له أن يخطب أيَّ امرأة كانت بل لابد من النظر الى من يريد خِطبتها فان كانت متصفة بما يمنع العقد عليها امتنع لان الخِطبة مقدمة للعقد فاذا كان العقد غير جائز تكون الخطبة عبثاً ويلزم العاقل صون أفعاله عن العبث وان لم يكن هناك مانع من العقد أقدم على الخِطبة لانها والحالة هذه تكون وسيلة الى ماهو جائز فتفيد فائدتها وحينئذ تجوز خِطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة — انظر مادة [1]

فان كانت المرأة متزوجة فلا تجوز خطبتها لعدم الفائدة وكذا اذا كانت معتدة وهي الموجودة فى الزمن الذي يعقب الفرقة بينها وبين زوجها بأي سبب كان فمتى كانت المرأة موجودة في هذا الزمن المقدّر شرعاً يقال لها معتدة فان كانت الفرقة بسبب الطلاق يقال لها معتدة لطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً وسواء كان البائن بائناً ببينونة صغرى أو كبرى . وان كانت معتدة لموت الزوج يقال لها معتدة لوفاة . فالرجعيُّ كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك . والبائن ببينونة صغرى كأن يقول لها أنت عليَّ حرام أو أنت بائن والبائن ببينونة كبرى هو ما كان بالثلاث بأيِّ لفظ كان

وحكم الطلاق الرجعيِّ انه لا يزيل الملك ولا الحِلَّ فيجوز للزوج مراجعتها مستقلا مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض .

وحكم الطلاق البائن ببينونة صغرى زوال الملك لا الحِلِّ فلا يجوز للزوج

(مادة ١) تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة

أن يعيدها اليه الا بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة أو بعد انقضائها بشرط رضاها بذلك ولكن لايشترط ان تتزوّج بغيره قبل عودها اليه . وحكم الطلاق البائن بينونة كبرى زوال الملك والحلّ فلا يجوز للزوج أن يردّها الى عصمته الا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولا حقيقيًا وتحصل الفرقة بينهما وتنقضي عدتها وسيأتي كل ذلك مفصلًا في محله

فالمعتدة لطلاق مطلقاً تحرم خطبتها تصريحاً وتعريضاً فالتصريح كأن يقول رجل مخاطباً لها اريد أن أتزوجك والتعريض مثل ان يقول لها اريد التزوج بامرأة ديّنة وهو يقصدها . والمعتدة لوفاة تحرم خطبتها تصريحاً لا تعريضاً واذا لم تجز الخطبة التي هي طلب التزوج فلايجوز العقد الذي هو التزوج فعلا من باب اولى

وكما لاتجوز خطبة المعتدة لاتجوز خطبة مخطوبة الغير لقوله عليه الصلاة والسلام « لايخطُبُ احدُكم على خِطْبة اخيه » لأن هذا يعدّ خيانة وهى منهيّ عنها شرعا . والزمن الذي يلزم المرأة انتظاره بعد حصول الفرقة بينها وبين زوجها فلا يجوز تزوجها الا بعد انقضائه يختلف باختلاف سبب الفرقة وحال الزوجة . وبيانه ان الزوجة إما ان تكون مدخولا بها اولا وعلى كل فاما ان يكون سبب الفرقة وفاة الزوج او غيرها وان كانت الفرقة بعد الدخول فاما ان تكون المرأة حاملا او غير حامل فان لم تكن المرأة مدخولا بها وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته فلا عدّة عليها وان كانت بالوفاة كان الزمن المقدّر شرعا أربعة اشهر وعشرة ايام

وان كانت مدخولا بها فان كانت حاملا تنقض عدتها بوضع الحمل

قَصُر زمنه او طال سواء كان سبب الفرقة موت الزوج او غيره

وان لم تكن حاملا فان كانت الفرقة بالوفاة تنقض عدتها باربعة اشهر وعشرة ايام ايضاً . وان كانت الفرقة بغير الوفاة فاما ان تكون من ذوات الحيض اولا فان كانت من ذوات الحيض تنقض عدتها بثلاث حيض كوامل وان لم تكن من ذوات الحيض لصغر او كبر او غيرهما تنقض عدتها بثلاثة اشهر وستأتي أدلة ذلك وحكمته في باب العدة

والسبب في تحريم خطبة المعتدة ان العلاقات والروابط التي بينها وبين زوجها لم تزل بالكلية فهو اولى بها من غيره ان اراد فله مراجعتها ان كان الطلاق رجعياً او العقد عليها اذا كان بائنا بينونة صغرى والطلاق انما كان لذنب اقترفته أوحصل منه من غير تفكر في العاقبة وبعد التبصر اراد ان يصلح خطأه فرغب في امرأته ومال الى عودتها اليه . فاذا أجيزت لغيره خطبتها وهي في العدة يكون تعديا على حقوقه ولا بد أن يظن زوجها الظنون وتأخذه الغيرة والحمية فيحصل بين الزوج والخاطب من جهة وبين الزوج والمعتدة من جهة اخرى مالا تحمد عقباه

ولما كان الشخص لا يتأثر لغيره مثل تأثره لنفسه مهما كانت قوة الاتصال بينهما مُنعت خطبة المعتدة لطلاق مطلقا اي سواء كانت تصريحا او تعريضاً لوجود الزوج الذي يتأثر لنفسه ومُنعت خطبة المعتدة لوفاة تصريحا لا تعريضا اذ الاقارب لا يتأثرون مثل تأثره مهما بلغت الدرجة – انظر مادة[٢]

(مادة ٢) تحرم خطبة المعتدة تصريحا سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن أو وفاة ويصح اظهار الرغبة تعريضا لمعتدة الوفاة دون غيرها من المعتدات. ولا يجوز العقد على واحدة منهن قبل انقضاء عدتها

ولما كان الغرض من عقد الزواج التناسل وتعاون الزوجين على مصالحهما داخل البيت وخارجه وذلك لا يكون الا بدوام العشرة بينهما ما عاشا ووجود الالفة والمحبة بينهما ما دامت العشرة أباح الشارع للخاطب ان يبصر المخطوبة وينظر الى وجهها وكفيها لانه اذا تزوجها ولم يرها قبله فعند رؤيته لها ربما لاتحسن في عينه فاما ان يمسكها على كره منه وحينئذ تفوت مصالح الزواج وإما ان يفارقها وحينئذ تتضرر بذلك اذ الناس يذهبون في سبب الفراق مذاهب شتى وكل منها يكون منفراً عنها فيمتنعون عن تزوجها ويتضرر هو ايضاً بغرمه المهر بخلاف ما اذا رآها قبل التزوج فان حسنت في عينه أقدم على التزوج والا امتنع وهذا يحس به كل انسان رأى آخر اول نظرة فان إحدى المنزلتين تقع في قلبه . وليس هناك ضرر فيما لو امتنع لان مسألة الخطبة لم تشتهر مثل الزواج وسبب الامتناع هنا واحد فلا يُساء الظن بها ولا يلحقها ضرر لانها اذا لم تحسن في عينه قد تحسن في عين الآخر كما هو معلوم

وكما يجوز للخاطب نظر المخطوبة يجوز للمخطوبة نظر الخاطب أيضاً لما ذكر بل هي اولى منه بالحكم لانها اذا لم تحسن في عينه يمكن طلاقها واذا لم يحسن هو في عينها فلا يمكنها مفارقته والى هذا كله يشير الحديث الشريف وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة « أنظرت اليها قال لا فقال عليه الصلاة والسلام انظر اليها فانه احرى أن يُؤْدَم بينكما »

ولا تجوز الخلوة بالمخطوبة الا اذا كان معها مَحْرَم لها كأبيها او اخيها أو عمها . وانما خصص النظر بهذين العضوين لاشتمال الوجه على المحاسن ولدلالة اليدين على خصوبة البدن فلا حاجة للنظر الى غيرها .

ولعظم هـذه الحكمة اتفقت كل المذاهب على هـذا الحكم حتى ان بعضهم يجيز النظر الى القدمين أيضاً وترديدَ النظر وتكراره الى المخطوبة. وانما لم تبح الشريعة معاشرتها قبل الزواج لمعرفة اخلاقها لان هذا يمكن معرفته من غـيره ممن يجوز له معاشرتها ويثق الخاطب به بخلاف محبتها والميل اليها فانه لايمكن قيام غيره مقامه. ومن هنا تعلم فساد مايرمي به بعضهم الشريعة الاسلامية من عدم تجويزها ذلك للخاطب مع جوازه في الشرائع الاخرى كما هو الجاري ولو راجع هذا الشريعة الغراء كما يفرضه عليه الانتماء اليها لعلم بطلان مايقول بالنصوص الواضحة ولو اتبع الناس امر شريعتهم لنجوا مما يحل بهم فالعيب كل العيب انما هو على من يدَّعي أنه منتم الى الشريعة الاسلامية ولا يدري ما فيها او يدريه ولايعمل به أللهم الهمنا الصواب — انظر مادة (٣)

ومتى حصلت الخطبـة وأعقبها العقد الشرعي وهو الايجاب والقبول مستوفياً شرائطه فليس لكل منهما الرجوع عنـه أما اذا وُعِد بتزويجها له في المستقبل ولو مع قراءة الفاتحة ولم يحصـل العقد فهذا الوعد لا يكون زواجاً شرعياً وحينئذ فللخاطب الرجوع عن المخطوبة ولها ايضاً العدول عمن خطبها ولو بعد دفع الزوج المهر كله اوبعضه او بعد ارسال هدية لها وقبولها منه ان كانت مكافئة او قبول وليها ان كانت قاصرة. ويسترد ما دفعه من المهر ان كان موجوداً فان هلك او استُهلك رجع بقيمته ان كان قيمياً وبمثله ان كان مثلياً وأما الهـدايا فله استردادها ان كانت موجودة وان هلكت او استهلكت فلا رجوع له بعوضها وستأتي مسألة الرجوع موضحة في مادة (١١٠) ومع هذا

(مادة ٣) يجوز للخاطب ان يبصر المخطوبة وينظر الى وجهها وكفيها

فالأحسن لكل منهما ان يتم ما حصل الوعد به وهو عقد الزواج اذا لم يكن هناك مانع قوي لان الوفاء بالوعد يمدح عليه ويترتب على عدمه عدم وثوق الناس بعضهم ببعض وفي ذلك من الاخلال بالمصالح وفوات الغرض مالا يخفى على اللبيب انظر مادة(٤)

الباب الثاني

﴿ فى شرائط النكاح وأركانه وأحكامه ﴾

إعلم ان الزواج له تعريف وسبب وصفة وركن وشرط وحكم

أما تعريفه وسببه فقد تقدما أوّل الكتاب

وأما صفته فهي الفرضية والوجوب والسنية والحرمة والكراهة وهذه هي الاحكام التي تعتريه باختلاف الاحوال كما ستعرفه

فيكون فرضاً ان تحقق الرجل أنه لو لم يتزوج لزنى لان الزنا حرام قطعاً ولا يتوصل الى تركه في هذه الحالة الا بالزواج والقاعدة أن مالا يتوصل الى ترك الحرام الا به يكون فرضاً .

ويكون واجباً والوجوب أقلُّ من الفرض عند شدة الاشتياق الى التزوج

(مادة ٤) الوعد بالنكاح فى المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون اجراء عقد شرعي بايجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحا

وللخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول وليها ان كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه

بحيث يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج من غير تحقق .

ويكون سُنة حال الاعتدال أى لايكون في شدة الاشتياق الى التزوج ولا فى غاية الفتور عنه

ويكون حراماً اذا تيقن عدم القيام بأمور الزوجية لان الزواج انما شرع لمصلحة وبالجور تنعدم هذه المصالح فضلاً عن أنه يأثم ويرتكب المحرمات .

ويكون مكروهاً اذا خاف الجور . وكل هذه الأقسام مفروضة فيمن يملك المهر والنفقة فان كان لا يملكهما وخشي الزنا فعليه ان يتكسب حتى يحصل عليهما اذ الانسان مأمور بالسعى ليتكسب ما يلزمه فان اشتد الخوف ولم يكن عنده الآن ما يجعله مهراً يستدين ويسعى لقضاء ذلك الدين ومتى علم المؤمنون أنه يستدين لتحصين النفس وليس عنده ما هو محتاج اليه ولم يقصر فى طلبه فلا يبخلون باعطائه ما يكفيه والله سبحانه وتعالى يعينه على قضائه لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المكاتب الذي يريد الاداء والمتزوج الذي يريد العَفَاف والمجاهد فى سبيل الله » فلو فرض بعد كل ما تقدم وقلنا انه لم يجد من يعطيه فعليه بالصوم فانه قاطع للشهوة لقوله عليه الصلاة والسلام «معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجَاء » ومع ذلك فمَنْ ذا الذي لايجد المهر والنبي عليه الصلاة والسلام يقول «التمس ولو خاتماً من حديد» فالغرض من هذا الحديث التنبيه على ان المهر ليس مقصوداً فى عقد الزواج بل الغرض شيء أسمى وأعظم منه فلا تمتنعوا عن الزواج بحجة أن لاشيء معكم للمهر لان الزواج يصح ولو كان المهر قليلاً . بقى ما لو تعارضت الفرضية والحرمة بأن فرضنا ان هناك رجلاً تحقق انه لو لم يتزوج

لزنى وتحقق ايضاً انه لو تزوج أسماء العشرة وقد تكلم بعض الكتب هنا بما لا ينبغي ان يذكر فالاحسن ارتكاب أخف الأمرين بقدر الامكان بان نقول له تزوج ولا نأمره بالزنا أبداً وعاشر من يذكرك بحقوق الزوجية حتى تكون دائماً على ذكر منها واسكن بين جيران صالحين لتتعلم منهم ويمنعوا التعدي بقدر مايمكنهم وهذا موافق لمذهب الامام مالك وكل هذا لم يتعرض له الكتاب

اركان الزواج

واما اركان الزواج فاثنان احدهما الايجاب وثانيهما القبول فالايجاب هو ماصدر أولاً من كلام احد العاقدين والقبول هو ما صدر ثانياً من كلام العاقد الآخر . والعاقدان إما ان يكونا الزوجين ان كان كل منهما عاقلا بالغاً . او وكيلهما ان كان كل من الزوجين متصفاً بالبلوغ والعقل ايضاً لان الشخص ليس له ان يوكل غيره فى شيء الا اذا كان هو يملكه . او وليهما ان كان كل منهما ليس اهلا للعقد أو أحد الزوجين مع ولى الآخر او وكيله أو ولى احدهما مع وكيل الآخر بلا فرق في كل هذه الصور بين ما اذا كان الموجب واحداً منهما والقابل هو الآخر فاذا جرى العقد بين الزوجين وكان الموجب هو الرجل يقول مخاطباً لمن يريد تزوجها تزوجتك فتقول قبلت . واذا كانت هي الموجبة تقول له تزوجتك او زوجتك نفسى فيقول لها رضيت او قبلت او أجزت . واذا جرى بين الوكيلين وكان الموجب وكيل الزوجة يقول مخاطباً لوكيل الزوج زوجت

موكلتي فلانة لموكلك فلان فيقول قبلت زواجها لموكلي واذا كان الموجب وكيل الزوج يقول زوجت موكلتك فلانة لموكلي فلان فيقول الآخر قبلت اورضيت مثلاً . واذا جرى بين الوليين يقول ولى الزوجة مخاطباً لولى الزوج زوجت بنتي فلانة من ابنك فلان فيقول قبلت هذا الزواج وقس على هذه الأمثلة ما اذا جرى العقد بين أحد الزوجين ووكيل الآخر او ولى أحدهما ونفس الآخر او ولى احدهما ووكيل الآخر .

والايجاب في الزواج يصح بلفظ التزويج والنكاح بالاتفاق لان كلا منهما صريح فيه والقبول لايشترط فيه لفظ مخصوص بل الشرط رضا الآخر بهذا الايجاب فاذا قال رجل لآخر زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان وقال الآخر قبلت او رضيت او اجزت او اطعت او ماصنعته في محله صح ولكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيه خلاف فمذهب ابي حنيفة انه ينعقد بكل لفظ وضع لتمليك العين في الحال كالهبة والصدقة والبيع لا الوصية والاجارة والاعارة — وقال الشافعي واحمد رضى الله تعالى عنهما لا ينعقد الا بلفظ التزويج والنكاح واستدلا بأدلة الاول ان التمليك ليس حقيقة في الزواج ولا مجازاً عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولذا يراعى فيه مصالح الزوجين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولذا لايراعى فيه الامصالح المالك . والثانى ان الاشهاد فيه شرط والكناية يحتاج فيها الى النية ولا اطلاع للشهود على النيات . والثالث ان التمليك مفسد للزواج حتى لو ملك الرجل زوجته بأن كانت امته فسد الزواج . وكذا الهبة من الفاظ الطلاق ولذا وقع الطلاق بقول الرجل لامرأته وهبتك لأهلك فلا يكون موجباً لضده . واستدلت الحنفية

بقوله تعالى :(وامرأةً مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية) وبقوله عليه الصلاة والسلام « ملكتكها بما معك من القرآن » وكل من هذين وارد في عقد الزواج. وليس لقائل ان يقول الانعقاد بلفظ الهبة خاص به عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى (خالصةً لك من دون المؤمنين) لانا نقول له الاختصاص والخلوص في سقوط المهر بدليل انها مقابلة بمن اعطى مهرها في قوله تعالى (انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن) الى قوله تعالى (وامرأة مؤمنة) وبدليل قوله تعالى (لكيلا يكون عليك حرج) والحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج وبنفي المهر تحصل المنة التي سيق الكلام لاجلها لا باقامة لفظ دون لفظ . والجواب عن الدليل الاول للشافعية انا لا نسلم ان التمليك ليس مجازاً في الزواج لان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز . والجواب عن الثاني ان محل اشتراط التعيين اذا كان هناك لبس بخلاف ما نحن فيه فلا لبس يعتريه اذ كلامنا فيما اذا قامت القرائن والادلة على ان هذا يراد به الزواج فحينئذ ينتفي الاحتمال فلا لبس فيصح الزواج . والجواب عن الثالث ان التمليك لا يفسد الزواج من حيث انه محرم عليه امته حتى يصح الاستدلال وانما يفسده من حيث انه ابطل ما لكية المرأة اذ المرأة يثبت لها بالزواج ما يترتب عليه من القسم وتقدير النفقة والسكنى وغير ذلك وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة . وقولهم ان الهبة من الفاظ الطلاق فلا يصح ان يكون اللفظ موجبا لضده يرده ان الطلاق يقع بلفظ التزويج الذي قالوا بانعقاد الزواج به فان الرجل اذا قال لزوجته تزوجي ناويا الطلاق وقع فما كان جوابا لهم فهو جوابنا

ولا بد ان يكون لفظ الايجاب والقبول بصيغة الماضي كزوجت او وهبت او ملكت مثلا او احدهما للماضي والآخر للمستقبل لان الزواج عقد وليس له لفظ يختص به بحسب الوضع فاستعمل فيه لفظ ينبئ عن الثبوت وهو الماضي دفعا للحاجة والانشاء يعرف بالشرع لا باللغة فكان ما ينبئ عن الثبوت اولى من غيره لان غرضهما الثبوت دون الوعد وهذا المعنى موجود ايضا فيما اذا كان احدهما ماضيا والآخر للمستقبل مثل ان يقول رجل لآخر زوّج بنتك فلانة لابني فيقول الآخر زوجت فالاول ايجاب والثاني قبول وقال بعضهم زوّج توكيل وانابة وقول الآخر امتثال لامره فينعقد به الزواج لان الواحد قد يتولى طرفي الزواج كما ستعرف ان شاء الله تعالى في شرح مادة (١٣٧) وكذلك اذا كان الايجاب مضارعا مبدوءا بهمزة او نون او تاء اذا لم ينو الاستقبال فاذا قال رجل لامرأة تُزوجيني نفسك او قالت امرأة لرجل تزوجني نفسك ناويا كل منهما الحال فقال الآخر زوجت انعقد الزواج باعتبار استعماله في غرض تحقيق واستفادة الرضا منه لاننا لما علمنا ان الملاحظة من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدينا حكمه الى كل لفظ يفيد ذلك ولو كان مصرحا فيه بالاستفهام حتى لو قال رجل لآخر هل أعطيتني بنتك لابني فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فزواج . انظر مادة (٥)

(مادة ٥) ينعقد النكاح بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر

ولا فرق بين ان يكون الموجب هو الزوج أو وليه او وكيله والقابل هو الزوجة او وليها أو وكيلها ان كانت مكلفة أو بالعكس

واما شروط الزواج فتنقسم الى قسمين شروط انعقاد وشروط صحة . فشروط الانعقاد ثلاثة الاول اتحاد مجلس الايجاب والقبول بان يكون المجلس الذي صدر فيه الايجاب هو بعينه الذي صدر فيه القبول ومحل اشتراط هذا اذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد فان كان احدهما في بلد وكتب الى الآخر في بلد آخر جواباً موجباً الزواج فقبل المكتوب اليه بالشروط الآتية في مادة (٩) انعقد الزواج

فاذا لم يطل المجلس بان صدر القبول عقب الايجاب من غير تراخ فيها . واذا تأخر القبول عن الايجاب فان كان الاشتغال مدة الفصل بينهما متعلقاً بشيء من عقد الزواج صح وان كان أجنبياً عنه فلا يصح لانه في هذه الحالة يكون القابل قد اعرض عن الايجاب فيبطله فلا يتعلق به القبول بخلاف الحالة الاولى فان الايجاب لم يزل موجوداً اذ الفاصل متعلق به فكانه من تمامه فيتعلق به القبول فيصح .

الثاني — سماع كل من العاقدين كلام الآخر فان فهم كل منهما ما يقوله الآخر فيها وان لم يفهم فان كان يعلم انه يريد عقد الزواج بهذه العبارة صح ايضاً وان لم يعلم فلا يصح فاذا لقن رجل امرأة معنى زوجتك نفسي بالفارسية مثلا وهي لا تفهمها وقالت اللفظ الذي لقنه لها فقبل فان كانت عالمة بان الغرض مما تقول عقد الزواج صح والا فلا

الثالث — عدم مخالفة القبول للايجاب سواء كانت تلك المخالفة في كل الايجاب او في بعضه فاذا قال رجل لآخر زوجت ابنتي فلانة لابنك فلان بمائة جنيه فقبل زواجها لابنه المعين بالمهر المسمى صح العقد لعدم المخالفة

واما اذا قبل زواج غير المسماة باقل من المهر لغير ابنه المعين فلايصح لمخالفة القبول لكل اجزاء الايجاب فاذا قبل زواجها لابنه بمهر اقل من المسمى فلا يصح أيضاً للمخالفة في بعض الايجاب . ومثل هذا ما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بمائة جنيه فقالت قبلت بمائة وخمسين او اوجبت الزوجة بمائة وخمسين وقبل الزوج بمائة للمخالفة في المهر الا اذا قبل الآخر بعد ذلك فان الثاني يعتبر موجباً والاول قابلا لرضاه بالزيادة اوالنقص الذي حصلت فيه المخالفة — ومحل تأثير المخالفة على العقد اذا كانت لشرٍ بالنسبة للموجب كما علم من الامثلة المتقدمة اذ يريد من يدفع المهر النقص ويريد من يأخذه الزيادة فان كانت لخير كما اذا قبلت الزوجة في المثال المذكور بثمانين جنيهاً او قبل الزوج في المثال المذكور بمائتين فلا تؤثر هذه المخالفة اذ يريد من يأخذ المهر النقص فيه ومن يدفعه الزيادة وهذا فيه منفعة للآخر وهذه الشروط في الحقيقة للايجاب والقبول كما هو ظاهر . أنظر مادة (٦)

وأما شروط الصحة فاثنان الاول — ان تكون المرأة محلا لعقد الزواج اي غير محرّمة على من يريد تزوّجها وهذا آت في مادة(٢٠) — الثانى حضور شاهدين بخلاف سائر العقود فانها تصح بغير الاشهاد ولكن الأحسن الاشهاد على كل عقد خوفاً من انكار أحد العاقدين وخص عقد الزواج بالاشهاد لصحته لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح الا بشهود » ولأن المعقود عليه فيه

(مادة ٦) يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الايجاب والقبول اذا كان العاقدان حاضرين وان طال من غير اشتغال بما يدل على الاعراض وسماع كل منهما كلام الآخر وان لم يفهما معناه مع علمهما انه مقصود به عقد النكاح وعدم مخالفة القبول للايجاب

خطير لما فيه من إثبات ملك المنفعة للزوج على الزوجة فيعظم جزء الآدمي

ويشترط في الشاهدين الحرية والعقل والبلوغ لان كلا من العبد والصبي والمجنون ليس من اهل الولاية والشهادة من الولاية لان فيها نفوذ قول الانسان على الغير رضي او لم يرض وكل منهم لا ولاية له على نفسه فعلى غيره من باب اولى . ويشترط ايضاً اسلام الشاهدين في حالة ما اذا كان كل من الزوجين مسلما فاذا كانا غير مسلمين او كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً فلا يشترط اسلام الشاهدين ولا يشترط وصف الذكورة عند الحنفية فيصح بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي رضي الله عنه. ويشترط في الشاهدين سماع كلٍّ قول العاقدين معاً فان سمعا متفرقين بان حضر احدهما العقد ثم غاب واعيد بحضرة الآخر او سمع أحدهما فقط العقد فاعيد فسمعه الآخر دون الاول او سمع احدهما الايجاب والآخر القبول ثم اعيد فسمع كل وحده مالم يسمعه اولا فلا يصح لانه في هذه الصور وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان . ويشترط ايضاً ان يفهم الشاهد أنَّ الغرض من هذا الكلام عقد الزواج وحينئذ لا يصح الزواج بحضور الاصم ولا النائم لعدم سماع كل منهما ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره بعد افاقته فان وعاه حال سكره وتذكره بعد افاقته صح بحضوره

ومتى وجدت هذه الشروط في الشاهدين صح العقد ولو كانا أعميين او فاسقين او ابني الزوجين او ابني احدهما وقال بعضهم لا تجوز شهادة الاعمى لانه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعي عليه والاشارة اليهما فلا يكون كلامه شهادة فلا يصح الزواج بحضرته ولكن المعول عليه صحة العقد بحضوره

لان الغرض التمييز ولو بالاسم وهو حاصل فيمكن ان يعرف ان فلانة بنت فلان تزوجت فلان بن فلان ولا يلزم معرفة شخصهما بل المعرفة بالاسم غير شرط اذا انتفت الجهالة فاذا قال رجل لآخر زوجتك بنتي ولم يسمها وله بنتان فلا يصح للجهالة بخلاف ما اذا كان له بنت واحدة فانه يصح وكذا اذا قال رجل لآخر زوجت بنتي لابنك وليس له الا بنت واحدة وللآخر ابنان فلا يصح الا اذا عين احدهما باسمه فان كان له ابن واحد صح وقس على هذا جميع الامثلة

وقال الشافعي تشترط العدالة فلا ينعقد بحضور فاسقين لان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولان الشهادة في العدل معقولة المعنى وهو صون العقد عن الجحود والعقد لا يثبت بشهادتهما فلا يصح بشهادتهما ايضاً . وهو حسن. والحنفية يقولون ان الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وانما ردّت شهادته عند الاداء للتهمة ولا تهمة هنا للتيقن .

والزواج له حكمان حكم الصحة وحكم الاظهار والكلام انما هو في الاول لا الثاني اذ الثاني انما يكون عند التجاحد وهذا لا يقبل فيه الا شهادة من تقبل شهادته في سائر الاحكام بخلاف الاول فانه لا يشترط فيه ذلك بدليل اتفاقهم على صحة العقد بحضور ابني الزوجين او ابني احدهما مع انه لا يثبت بشهادتهما عند التجاحد لان فيه شهادة الفرع لاصله وهي غير مقبولة وبدليل صحته بحضور عدوّهما ولا تقبل شهادتهما عليهما عند التجاحد فاذا كان لرجل من امرأة ابنان وحصلت الفرقة بينهما واراد تزوجها ثانياً فعقد عليها بحضور ذينك الابنين صح العقد اتفاقاً مع انه لو انكر احدهما العقد وادّعاه الآخر وشهدا له فلا يثبت

بشهادتهما لان شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة واذا كان لرجل ابنان من امرأة وتزوج غيرها بحضور ابنيه من غيرها صح العقد اتفاقاً مع ان المرأة لوانكرت هذا العقد وادعاه الرجل وشهد له ابناه فلا تقبل شهادتهما له ولكن لو كانت هي المدعية وهو المنكر وشهد ابناه عليه تقبل لان شهادة الفرع على اصله مقبولة لانتفاء التهمة ومثل الاول ما اذا كان احد الشاهدين ابناً للزوج والآخر ابناً للزوجة بان كان رجل متزوجاً بامرأة وله منها ابن وامرأة متزوجة برجل ولها منه ابن وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها فعقد عليها الرجل الاول بحضور ابنه من غيرها وابنها من غيره صح العقد ولكن اذا انكر هذا العقد احدهما وادعاه الآخر فلا يثبت بشهادة هذين الابنين لانه وان كان في كل منهما شهادة الفرع على اصله الا ان نصاب الشهادة وهو اثنان لم يتم لان واحداً منهما شاهد لاصله فلا تقبل شهادته والكلام الآن انما هو فى صحة العقد لا فى اثباته فيصح بحضور الفاسقين وان لم يثبت بشهادتهما عند التجاحد كما صح بحضور من ذكر وان لم يثبت بشهادتهم. ولو قيل ان العقد لا يصح الا اذا ثبت عند التجاحد بشهادة شهود العقد لكان حسناً — انظر مادة (٧)

فقد علمت مما تقدم انه لابد لصحة الزواج من حضور شاهدين فما يظهر

(مادة ٧) لا يصح عقد النكاح الا بحضور شاهدين حرين اوحرّ وحرتين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة سامعين قول العاقدين معا فاهمين انه عقد نكاح ولو كانا اعميين او فاسقين او ابنى الزوجين او ابنى أحدهما

والاصم لا يصلح شاهداً في النكاح ولا النائم ولا السكران الذي لا يعى ما يسمع ولا يذكره فلا ينعقد النكاح صحيحا بحضورهم

في بعض الصور من صحته بحضور شاهد واحد مخالف للحقيقة اذ بامعان النظر يتبين وجود شاهدين فاذا كان لرجل بنت بالغة عاقلة وزوّجها بأمرها ورضاها بمحضر شاهد واحد سواء كان رجلاً أو امرأتين وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج فيتوهم بادئ بدء أنه ليس هناك إلا شاهد واحد ولكن بالتأمل نجد أن هناك شاهدين لان البنت متى كانت متصفة بالبلوغ والعقل فالحق في زواجها لنفسها لا لأبيها فالاب في هذه الحالة وكيل فتجعل البنت مباشرة للعقد لأن المجلس متحد فيبقى الأب الذي هو الوكيل سفيراً ومعبراً فيكون شاهداً مع الرجل فوجد شاهدان فى هذه المسألة فان كانت غائبة عن مجلس العقد فلا يصح لان المجلس مختلف فلا يمكن أن تجعل مباشرة فلا ينتقل كلامه اليها فيبقى الرجل وحده شاهداً وبه لا ينعقد الزواج .والاصل في جنس هذه المسائل انه متى امكن مباشرة الموكل حقيقة يجعل مباشراً حكما والا فلا ولذا لو كان لرجل بنت صغيرة ووكل رجلا فى زواجها فزوجها لرجل بحضور شاهد واحد فان كان الاب حاضراً في هذا المجلس صح الزواج وان لم يكن حاضراً فلا يصح لان الوكيل في الزواج كما عرفت سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل فاذا كان الموكل حاضراً كان مباشراً لان العبارة تنتقل اليه وهو فى المجلس وليس المباشر سوى هذا بخلاف ما اذا كان غائباً لأن المباشر مأخوذ فى مفهومه الحضور. ولو زوّجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة جاز ان كانت البنت حاضرة لان البنت تجعل مباشرة للعقد وتعتبر الأم مع المرأة شاهداً والرجل شاهداً فقد وجد شاهدان وان كانت البنت غائبة فلا يصح لما ذكر وان كانت البنت صغيرة فى هذه المسألة لم يجز مطلقاً اي سواء كانت حاضرة

او غائبة لان الانتقال اليها غير ممكن لانها لا تصلح لمباشرة العقد ومثلها الاب اذا زوج ابنته الصغيرة بحضرة رجل واحد فانه لا يجوز مطلقاً . ومن هذا الجنس ما لو وكل رجلا فى ان يزوجه امرأة فعقد الوكيل بحضرة رجل واحد او امرأتين فان كان الموكل حاضراً جاز العقد والا فلا ومثله ما اذا وكلت امرأة رجلاً فى زواجها فعقد عليها بحضرة رجل اوامرأتين صح العقد ان كانت حاضرة وقس على هذا ما اشبهه — انظر مادة (٨)

وقد عرفت من شرح مادة (٦) ان من شروط انعقاد الزواج اتحاد مجلس الايجاب والقبول اذا كان العاقدان حاضرين اي في مجلس واحد فان كان أحدهما غائباً عن الآخر سواء كان في بلد آخر او في البلد الذي هو فيه ولكن فى محل آخر صح عقد الزواج بالكتابة وان اختلف مجلس الايجاب والقبول فاذا كتب رجل لامرأة يخطبها فعند ما بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوّجت نفسي منه او أمرت غيرها بقراءته وبعدها قالت زوجت نفسي منه او بعد ما احضرت الشهود قالت لهم فلان بعث اليّ يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه صح الزواج وان كان مجلس الايجاب والقبول مختلفاً لانهما ليسا فى مجلس واحد فاذا لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان فلا ينعقد لان سماع الشطرين شرط لصحة الزواج وباسماعهم

(مادة ٨) اذا زوج الاب بنته البالغة العاقلة بامرها ورضاها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح النكاح بمحض شاهد واحد رجل او امرأتين

وكذلك اذا أمر الاب غيره ان يزوج بنته الصغيرة فزوجها بمحضر رجل أو امرأتين والاب حاضر بالمجلس صح النكاح

الكتاب او التعبير عنه منها قد سمعا الشطرين بخلاف ما اذا لم يوجد واحد منهما ولذا قال بعض المحققين ان هذا الشرط الذي هو اتحاد مجلس الايجاب والقبول لاستثناء منه اصلا حتى فى مسألة الزواج بالكتابة لان سماع الشهود الكتاب سواء كان منها او من غيرها او التعبير عنه منها ايجاب فكأن الكاتب اوجب فى هذا المجلس وقولها زوجت نفسي منه فى هذا المجلس قبول وحينئذ فمجلسهما متحد فلا استثناء. وهو حسن — انظر مادة (٩)

وبما ان اللفظ أدلُّ على مقصود كل شخص من غيره والمعقود عليه فى الزواج امر خطير فلا يُعْدل عن اللفظ الى غيره الا لضرورة فاذا كان احد المتعاقدين اخرس فلا يشترط اللفظ لانه غير ممكن منه وحينئذ يصح زواجه باشارته اذا كانت معلومة مؤدّية الى فهم مقصوده — انظر مادة (١٠)

فاذا وجد عقد الزواج مستوفيا شرائطه المتقدمة صح ولا يحتاج الى الخُطبة ولا الى تسمية المهر لان الخُطبة سنة فلا تتوقف صحة الزواج عليها ولا يتعين فيها لفظ مخصوص ولكن الاحسن الخُطبة بما ورد ومنه الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات اعمالنا من يهدى الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له واشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله . يا ايها الناس اتقوا ربكم الذي

(مادة ٩) لا ينعقد النكاح بالكتابة اذا كان العاقدان حاضرين وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط ان تقرأ او تقرئ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته او تقول لهما فلان بعث اليّ يخطبني وتشهدهما فى المجلس انها زوجت نفسها منه

(مادة ١٠) ينعقد نكاح الاخرس باشارته اذا كانت معلومة مؤدية الى فهم مقصوده

خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا . يا ايها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتنّ الا وانتم مسلمون . يا ايها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيما . وكما ان الخطبة ليست بشرط فكذا تسمية المهر ليست بشرط في صحة العقد فيصح بدون تسمية المهر اتفاقا ومع نفيه اصلا عند الحنفية كما اذا قال لها تزوجتك بدون مهر وقبلت فان العقد يصح ولكن يجب للزوجة مهر المثل الآتي بيانه في مادة (٧٧) وقال الامام مالك رضي الله تعالى عنه لا يصح الزواج مع نفي المهر وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر في الحال ولا في المستقبل لا يصح . ووجه قولهما أن الزواج عقد مُعاوَضة كالبيع والمهرُ كالثمن والبيع بشرط أن لا ثمنَ لا يصح فكذا الزواج بشرط ان لا مهرَ وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية ايضاً الا أنه تُرِك بحديث ابن مسعود في المفوّضة . وقالت الحنفية ان الزواج عقد انضمام وازدواج فليس المال جزءاً في مفهومه فيتمّ بدونه خصوصاً وإن المقصود منه التوالد والتناسُل والازدواجُ دونَ المال فلا يشترط فيه ذكره بخلاف البيع بل المهر حكم من أحكامه والحكم لا يشترط ذكره في العقد كملك المشتري المبيع في عقد البيع فان ذُكِر الحكم في العقد فبها ويجب على الزوج اداؤه وان لم يذكر فالواجب مهرُ المثل لان العادة ان المرأة لا تتزوج الا بمهر مثلها فرجعنا اليه عند تعذر ايجاب المسمى

والأحسن أن يتزوج امرأةً صالحةً معروفةَ النسَب والحسَب والدِّيانة فان العِرق نزّاع . ولا يتزوج امرأة لحسبها وعزها ومالها وجمالها بل لدِينها فان

تزوّجها لذلك فلايزداد به الا ذُلا وفقراً ودناءة . والاحسن ايضاً ان يتزوج من هى فوقه في الخُلُق والادب والورَع والجمال ودونه في العزّ والحرفة والحسب والمال والسنّ فان ذلك أبعد من احتقارها له وانتنائها بغيره . ويختار ايسر الناس خطبة ومؤنة . وتزوُّجُ البكر أحسن للحديث « عليكم بالأبكار فانهن أعذب افواهاً وأنتق أرحاماً وأرضى باليسير » — انظر مادة (١١)

وعقد الزواج إما أن يكون منجزاً او معلقاً على شرط او مقروناً بشرط او مضافاً الى زمن مستقبل . فالمنجَّز هو ما صدر بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك فقالت قبلت وهذا لا كلام في صحته بعد استيفائه الشروط المتقدمة .

والمعلَّق على شرط هو ما عُلِّق فيه مضمون جملة على مضمون جملة اخرى بأداة من ادوات التعليق كان حضر ابني من سفره فقد زوجتك له فقد علق فيه مضمون جملة الجزاء وهو التزويج على مضمون جملة الشرط وهو حضور ابنه من السفر وهذا فيه تفصيل وبيانه أن مضمون فعل الشرط إما ان يكون كائناً اى محققاً وقت التكلم او مستقبلاً محققاً او معدوماً يُتوقع وجوده فان كان محققاً وقت التكلم كأن خطب رجل بنتاً لابنه فقال أبوها اني زوجتها من فلان فكذبه فقال ابوها ان لم اكن زوّجتها لفلان فقد زوجتها لابنك فقبل ابو الولد ثم علم كذبه ففي هذا المثال مضمونُ فعل الشرط وهو عدم تزويج البنت لفلان الذي ادَّعاه ابوها محقَّق في الماضي وحكم هذا الصحةُ ومثل هذا

(مادة ١١) ينعقد النكاح صحيحا بدون تسمية المهر ومع نفيه اصلا وبالعقد يجب مهر المثل للمرأة

ماذا قال رجل لآخر ان كان ابنك حضر من سفره الآن زوجته ابنتي فقبل ابو الابن وكان الابن وقت التكلم بهذه العبارة حضر من سفره ذان الزواج ينعقد صحيحاً لان مدلول فعل الشرط فيه محقّق .

وان كان مستقبلاً محققاً كما اذا قال رجل لامرأة ان جاء الغد فقد تزوجتك فان مجيء الغد وهو اليوم التالى ليومك الذي انت فيه محقق وحكم هذا عدم الصحة

وان كان معدوماً يتوقّع وجوده كما اذا قال ان رضى أبي تزوجتك وقبلت فان رضا الاب وقت هذا التكلم معدوم ويجوز رضاه وعدمه وحكم هذا أن العقد لا يصح وصاحب الدرر يقول ان العقد صحيح والتعليق لاغٍ وقال بعضهم ان وجد الشرط في المجلس صح العقد .

والمقرون بالشرط هو ما صدر فيه الايجاب غيرَ مقيد بشيءٍ أوّلا ثم أعقب بشرط زائد عليه كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بشرط ان لا أدفع لك مهراً فقبلت ففي هذا المثال صدر الايجاب وهو قوله تزوجتك منجزاً في اول الامر ولكن اتى بعده الشرط وهو عدم المهر وهذا فيه تفصيل لأن الشرط إما أن يكون من مقتضيات العقد كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك بشرط أن أنفق عليك وإما ان لا يكون من مقتضياته كما اذا شرط في العقد عدم المهر ففي الاول يصح العقد والشرط وفي الثانى يصح العقد ويلغو الشرط ويجب مهر المثل وستأتي هذه المسألة مفصّلة ان شاء الله تعالى في الباب الرابع في شروط المهر .

والمضاف الى زمن مستقبل هو مالم يقصد حصوله الآن بل تصد

حصوله بعد زمن معيَّن كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك غداً او بعد شهر فان غرضه أن التزوج لا يحصل في هذا الوقت وانما يحصل في الغد او بعد شهر من تاريخه وهذا لا ينعقد ولو جاء الزمن المضاف اليه — انظر مادة (١٢)

وزواج المتعة غير منعقد وصورته أن يقول أتمتع بك كذا مدةً بكذا من المال او يقول خذي مني هذه العشرةَ لأستمتع بك اياماً او متعيني نفسك أياماً أو عشرة ايام او لم يقل أياماً وهـذا العقد باطل وان حضره الشهود ويترتب على بطلانه أنه اذا مات احدهما فلا يرثه الآخر لان التوارث انما يكون بالعقد الصحيح .

وقال بعضهم إنه جائز لانه كان مشروعاً فيبقى الى ان يظهر ناسخ له ويستدلُّون على قولهم بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن) وبقول عطاء سمعت جابراً يقول « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وابي بكر ونصفٍ من خلافة عمر ثم نهى الناس عنه » والى هذا القول ذهبت الشيعة وخالفوا سيدنا علياً كرم الله وجهه وأكثر الصحابة والحجة على هؤلاء ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله تعالى ذلك الى يوم القيامة » وروى عن ابن عباس أنه امسك عن الفتوى بها فقال له سيدنا على إنك تائه لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن متعة النساء وقال بعضهم ثلاثةُ اشياءَ نسخت

(مادة ١٢) لاينعقد النكاح المعلق بشرط غير كائن او حادثة غير محققة الحصول ولا يبطل النكاح المقرون بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط دونه كما اذا اشترط الزوج في العقد عدم المهر فشرطه فاسد والعقد صحيح

مرتين المتعة ولحوم الحمرُ الاهلية والتوجهُ الى بيت المقدس . ولا دليل لهم في الآية المتقدمة لانّ الاستمتاع معناه التزوج والمهر يسمى اجرة بدليل قوله تعالى (فانكحوهنّ باذن اهلهن وآتوهن اجورهنّ) اي مهورهن والجواب عن حديث جابر أن الذين كانوا يفعلون ذلك لم يبلغهم النسخ ثم بلغهم فتركوه وهو ظاهر من كلامه غير خفي

ومثل زواج المتعة الزواج المؤقت بوقت كما اذا قال رجل لامرأة تزوجتك شهراً او سنة سواء قصُر الوقت او طال وقال زفر هو صحيح لازم لأن التوقيت شرط مخالف لمقتضى عقد الزواج والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الشرط .وغيره يقول ان الزواج المؤقت في معنى زواج المتعة لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد الزواج وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة للمعاني دون الالفاظ الا ترى انه لو قال شخص لآخر جعلتك وكيلا بعد موتى يكون وصياً ولو قال جعلتك وصياً في حياتي يكون وكيلا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وما ذاك الا لاعتبار المعني دون اللفظ واذا اعتبر المعنى صار متعة ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصُرت وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المدة التى عينت فى العقد ان كان الزوجان لا يعيشان اليها في الغالب كمائة سنة مثلا صح العقد لانه فى معنى المؤبد . وهو حسن

وجه الاول أن التأقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعاً الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة

ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء ويرد على هذا اشتراط الطلاق بعد شهر مثلاً وقت العقد فان العقد صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين مانحن فيه . واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً . وأما صورة النزاع فالشرط انما هو فى النكاح لافي قاطعه ولهذا لوصح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضى المدة عقد كما في الاجارة .

والفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت ان المؤقت يكون بلفظ التزويج وفى المتعة بلفظ اتمتّع او أستمتع . وقال صاحب الفتح الذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفى المؤقت الشهود وتعيينها — انظر مادتى (١٣) و (١٤)

وزواج الشِّغار صحيح وهو أن يزوج رجل موليَّته على أن يزوجه الآخر موليته ليكون بُضع كل من المرأتين مهراً للاخرى سواء كانت الولاية بنتاً او اختاً أو غيرهما. وصورته أن يقول رجل لآخر زوجتك بنتى على أن تزوجني بنتك ليكون بُضع كل منهما مهراً للاخرى فان قبل الثاني على هذا الشرط كان هذا زواج الشِّغار وهو صحيح ولكن يجب لكل من البنتين مهر مثلها على زوجها لانهما سميا مالا تصلح تسميته مهراً اذ المسمى ليس بمال فوجب مهر المثل

(مادة ١٣) لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة

(مادة ١٤) نكاح المتعة هو أن يعقد الرجل عقداً على امرأة بلفظ المتعة وهو باطل لا ينعقد أصلا وان حضره الشهود ولا يتوارث به الزوجان

وقال الشافعي رحمه الله تعالى والامام احمد يفسد الزواج بهذا الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لاشغارَ في الاسلام » والنهي يقتضي فساد المنهي عنه واستدلت الحنفية بان الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة وهذا شرط فيه فلا يفسده بل يفسد الشرط الاتري انه لا يفسد بتسمية ما ليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية والنهي الوارد فيه انما كان من اجل اخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير ان يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية ونحن لا نخليه من المهر بل نوجب مهر المثل فكان صحيحاً .

فان لم يقولوا في العقد ان بضع كل واحدة مهر للاخرى ولا معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز الزواج اتفاقاً ولا يكون شغاراً . ولو زاد قوله علي ان يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان الزواج الثاني صحيحاً اتفاقاً والاول على الخلاف . واصل الشغور الخلو يقال بلدة شاغرة اذا خلت عن السلطان والمراد هنا الخلو عن المهر لانهما بهذا الشرط كأنهما أخليا البضع عنه — انظر مادة (١٥)

وبعض العقود يثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب مثل البيع فاذا اشترى شخص من آخر شيئاً وُصف له ولم يكن رآه قبل الشراء فعند رؤيته له يخيَّر بين امضاء عقد البيع وفسخه . واذا اشترى شيئاً وجعل لنفسه الخيار مدة ثلاثة ايام صح العقد والشرط وهو في المدة التي عينها مخير بين امضاء البيع وفسخه . واذا اشترى شيئاً ووَجَد به عيباً لم يكن عالماً به قبل الشراء

(مادة ١٥) نكاح الشغار وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهراً للأخرى ينعقد صحيحاً ويجب بالعقد مهر المثل لكل منهما

ولم تحصل البراءة منه فله ردُّه على البائع وأخذُ مادفعه من الثمن . وكلٌّ من خيار الرؤية والعيب يثبت وان لم يشترط فى العقد لأن السبب فى ثبوتهما الرؤية والعيب فمتى وجد السبب وجد المسبب بخلاف خيار الشرط فانه لا يثبت الا باشتراطه فى العقد اذ لا يتأتى وجود المسبب الذي هو الخيار الا اذا وجد السبب وهو الشرط .

وبعض العقود لا تثبت فيه هذه الخيارات ومنها عقد الزواج فاذا تزوَّج رجل امرأة ولم ير احدُهما صاحبَه قبل التزوج فليس لواحد منهما فسخ العقد مدَّعياً أن له خيار الرؤية لان الشارع أباح لكل منهما نظر صاحبه قبل العقد كما عرفته فى شرح مادة (٣) فاذا لم يحصل كان التقصير من جهة كلٍّ منهما فلا يثبت له الخيار ولانه يترتب على الفسخ ضرر لكل منهما . واذا تزوج بها واشترط احدهما الخيار لنفسه فى مدة ثلاثة أيام صح العقد وبطل الشرط فليس للمشروط له الخيارُ أن يفسخ العقد فى المدَّة لان فائدة هذا الشرط أن الانسان يختار ما هو الصالح له من الأمرين ويُمْضيه فكان عليه ان يبحث قبل اقدامه على العقد لان الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف البيع .

واذا تزوَّجها واشترط الزوجُ فى العقد شفاهاً او بالكتابة جمالَ المرأة او بكارتها او سلامتها من العيوب او اشترطت المرأة سلامته من الامراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط فاسد حتى اذا وجد أحدهما صاحبه على خلاف ما اشترط فليس له الخيار فى فسخ الزواج . وانما يثبت الخيار للمرأة اذا وجدت زوجها مجبوباً اوخصياً اوعنّينا فالمجبوب هو مقطوع الاعضاء المعلومة والخصى منزوع الخصيتين لا العضو المعلوم والعنين هو من لا يمكنه ان يصل الى النساء عجزا

أو لا يريدهن فمتى وجدت المرأة زوجها متصفاً باحدى هذه الصفات ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح فان شاءت اقامت معه وان شاءت رفعت الامر للقاضى ليفرّق بينهما كما سيأتي بيانه فى مادة (٢٩٨) وقال محمد لا يخيَّر الزوج بعيب فى الزوجة اصلا وتخير هى اذا وجدت زوجها معيباً بواحد من ثلاث وهي الجنون والجذام والبرص اذ لا تطيق المُقامَ معه فيتعذر عليها الوصولُ الى حقها لمعنى فيه فكان كالجبّ والعُنّة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه ان يستمتع بغيرها . وهذا حسن . وغيره يقول ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيُوب لا تفوّته بل توجب فيه خللا فلا يثبت الرد . والجذام هو داء يشق الجلد ويقطع اللحم فيتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى أصابه الجذام وهو مجذوم ويقال أجذم والبرص هو بياض شديد مبتمع . وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون واجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مُجَن ولا جنّه الله تعالى وانما يقال اجنه الله تعالى فهو مجنون .

وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا اتصف صاحبه بالجنون او الجذام او البرص سواء كانت هذه العيوب موجودة قبل العقد او وجدت بعده وهذا الخيار ثابت لكل منهما وان كان هو معيبا بالعيب الذي قام بصاحبه لان الانسان يَعاف من غيره ما لا يَعافه من نفسه ولان هذه الاشياء تُعاف طبعاً وأُيّد بالشرع فقال عليه الصلاة والسلام « فرّ من المجذوم فرارك من الاسد » وقيس عليه غيره بجامع النفرة في كل . ويثبت الخيار لوليها بكل من العيوب المتقدمة ان قارن العيب العقدَ وان رضيت هى لانه يعيَّر بذلك بخلاف ما اذا وُجدت بعد العقد فانه لا يعير به . ويثبت الخيار للزوج

اذا وجد بزوجته رتقا أوقرنا وهماعبارة عن وجود لحم أوعظم في المحل المعلوم .

ويثبت الخيار للزوجة اذاوجدت زوجها مجبوباً أو عنيناً قبل وطء فالعيوب ثلاثة أقسام قسم مشترك وهو الجنون والجذام والبرص وقسم خاص بالنساء وهو الرتق والقرن وقسم خاص بالرجال وهو الجب والعنة. ولا خيار لهما بغير ذلك كخنوثة واستحاضة وقروح سيالة

وكل هذا عند عدم الشرط فلو شرط في أحدهما وصف لا يمنع صحة الزواج سواء كان هذا الشرط كمالاً كالجمال والبكارة والحرية أونقصاً كضدها أولاً كمالا ولا نقصا كالبياض والسمرة فان وجد المشروط فيها وان لم يوجد فالعقد صحيح ويثبت الخيار لمن شرط من الزوجين ان ظهر الموصوف أقل مما شرط فان ظهر مثله أو فوقه فلا خيار وكذا لا يثبت الخيار لكل من الزوجين ان ظن أن صاحبه متصف بوصف فبان خلافه كأن ظنته عدلا كفوءاً فظهر فسقه أو دناءة نسبه أو حرفته أو ظنها مسلمة أو حرة فتبين أنها كتابية أو رقيقة لان كلاً منهما مقصر بترك البحث أو الشرط

وقال الامام مالك رحمه الله تعالى يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا كان صاحبه معيبا بشرط أن لا يسبق له علم بالعيب قبل العقد ولم يرض بالعيب حال اطلاعه عليه . والظاهر أن هذا ليس خاصاً بمذهب الامام مالك بل يقول به كل من يثبت الخيار بالعيوب . فان علم بالعيب قبل العقد فلا خيار له وكذا ان رضي بالعيب حال اطلاعه عليه سواء كان رضاه صريحا أو ضمنا بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب فلا خيار له وهذا الخيار ثابت لكل منهما ولو كان هو معيبا بنفس العيب الذي عند صاحبه لان الانسان يعاف من غيره

مالا يعافه من نفسه وبعضهم وهو اللخمي يقول ان كان معيبا بغير عيب صاحبه فله الخيار وان تماثلا في العيب ثبت الخيار له لا لها لانه بذل الصداق لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل وظاهر كلامهم ترجيح الاول . وقسم العيوب الى ثلاثة أقسام قسم مشترك بين الرجال والنساء وهو أربعة الجنون وان وقع مرة في الشهر والجذام والبرص والعذيطة وقسم يختص بالرجال وهو أربعة الخصاء والجب والعنة والاعتراض وقسم يختص بالنساء وهو خمسة الرتق والقرن والعفل والافضاء والبخر

ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة ان كانت موجودة وقت العقد ولم يعلم بها كما تقدم فان حدثت بعد العقد فاما أن تكون بالزوجة أو بالزوج فان كانت بالزوج فلها ردّه ببرص وجذام وجنون لشدّة التأذي بها وعدم الصبر عليها وليست العصمة بيدها حتى تفارقه وان كانت بالزوجة فليس له ردها لان العصمة بيده . فاماً أن يطلّق أو يرضى

ولا يثبت الخيار لكل من الزوجين فى غير هذه العيوب كالعمي والعور والعرج مما يعد فى العرف عيبا وكل هذا عند عدم الشرط فان وجد اتبع وله الرد أولها بكل عيب اشترطت البراءةُ منه واذا وصفها وليُّها عند الخطبة بقوله هى سليمة العينين طويلة الشعر لا عيب بها فوجدت بخلافه فله الردّ لان وصفه لها منزّل منزلةَ الشرط وكذا وصفُ غيره كأمها بحضوره وهو ساكت

ولا يثبت الخيار لكل منهما بخلف الظن فاذا ظن احدهما صاحبه متصفاً بوصف مخصوص وتبين خلوُّه منه فليس له رده لان التقصير حاصل من جهته بترك البحث أو الشرط

وقال الامام أحمد بن حنبل يثبت الخيار لكل من الزوجين بالعيب فى

صاحبه وقسم العيوب الى ثلاثة أقسام أيضا فالمختص بالرجل الجب والخصاء والشلل والعنة ففى الثلاثة الاول لها طلب الفسخ ومتى ثبت ذلك يجاب للحال لانه لا فائدة فى التأجيل وهذا باتفاق كل المذاهب وفى العنة يؤجل سنة هلالية فان حصل المقصود فبها والا يفسخ القاضى بالطلب وهذا باتفاق الكل أيضا

والمختص بالانثى انسداد المحل بأى شىء كان أو بخرْهُ أو تقرُّحه بقروح سيالة أوكانت مفضاة أومستحاضة فى الأصح . والمشترك بينهما الجنون ولو أحيانا والجذام والبرص وبخر الفم والباسور والناسور واستطلاق البول والغائط فيفسخ بكل عيب تقدم سواء كان مختصا أو مشتركا ولا يثبت الخيار بغير ما ذكر من العيوب كالعرج والعور والعمى والخرس والطرش والقرع اذا لم تكن له رائحة لان ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعدّيه بخلاف العيوب المتقدمة ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة اذا لم يُعلم به وقت العقد ولم يَزُل بعده ولم يرض به حال اطلاعه عليه فان علم به وقت العقد أو زال العيب بعده فلا خيار وكذا لو رضى به حال اطلاعه عليه سواء كان رضاه صريحا كقول من له الخيار أسقطت الفسخ أو دلالة كالوطء بعد العلم ان كان الخيار له وتمكينها منه ان كان الخيار لها لأن كلا منهما يدلُّ على الرغبة في صاحبه . وما ذهب اليه غير الحنفية فى باب الرد بالعيوب هو الأوجه — انظر مادة (١٦)

(مادة ١٦) لا يثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب سواء جعل الخيار للزوج أو للزوجة . فاذا اشترط الزوج في العقد شفاها أو بالكتابة جمال المرأة او بكارتها او سلامتها من العيوب او اشترطت المرأة سلامته من الامراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط باطل حتى اذا وجد أحدها صاحبه بخلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ النكاح وانما يكون الخيار بشروطه للمرأة اذا وجدت زوجها عنيناً أو نحوه

وأما أحكامه فهي المترتبة عليه عند حصوله اذ حكم كل عقد هو مايترتب عليه فمتى انعقد الزواج مستوفياً كل الشرائط المتقدمة ترتبت عليه الأحكام التي تناسبه وحينئذ تثبت الزوجية بين الرجل والمرأة ويلزم كلاً منهما أحكامه سواء زُفَّت اليه الزوجة أو لم تُزَف فيترتب عليه المهر بالعقد ولو كان مجرداً عن الزفاف فان سميا مهراً وقت العقد وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب وان لم يسميا أو سميا مالا تصلح تسميته مهراً فالواجب عليه مهر المثل. وتلزمه نفقتها بانواعها الثلاثة وهي الكسوة والسكنى والأكل على حسب حال الزوجين الا اذا كانت ناشزة أى خارجة عن طاعته بغير حق أو كانت صغيرة بحيث تكون غير صالحة للوطء ولا للاستئناس بها فى بيته فلا تلزمه النفقة

ويترتب عليه أيضاً حلُّ استمتاع كل منهما بالآخر بعد أن لم يكن جائزاً قبل العقد وتثبت له ولاية التأديب عليها وتجب عليها طاعته فيما هو مباح شرعاً فان أمرها بما ليس كذلك كشرب الخمر أو ترك الصلاة أو الصوم مثلاً فلا تجب عليها الطاعة بل الواجب مخالفته فيما ذكر وتتقيد بملازمة بيته فلا تخرج بغير حق شرعى الا باذنه ولها الخروج بحق شرعي ولو أبى كالخروج لزيارة أبويها فى كل أسبوع مرة وباقي المحارم فى كل سنة مرة . ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي فمنه يجب عليها المنع كما اذا كانت حائضاً أو نفساء وكذا اذا لم يوفها معجَّل مهرها فلها منعه من ذلك لأنه اذا لم يقم بحقوقها فلها منعه من حقوقه.

ويترتب عليه أيضاً ثبوت حرمة المصاهرة وهى حرمة الزوجة على اصول الزوج وفروعه سواء دخل بها أو لم يدخل وحرمة اصول الزوجة على الزوج دخل أو لم يدخل وحرمة فروعها عليه ان دخل بها . ويترتب عليه أيضا ثبوت

الارث من الجانبين فاذا مات الرجل بعد العقد على المرأة أو ماتت هي ولو قبل الدخول ورث الحي منهما المتوفي — انظر مادة (١٧)

ومتى انعقد الزواج غير صحيح بأن فقد شرطاً من الشروط التي عرفتها مما تقدم فلا تثبت الزوجية ولا تترتب عليه الأحكام فيلزمهما ان يفترقا لأن كلاً من المتعاقدين يجب عليه عدم الامضاء فى العقد الفاسد فاذا لم يفترقا وجب على القاضي التفريق بينهما لانه نصب ناظراً للمصالح الدينية والدنيوية ولا تثبت به حرمة المصاهرة فلا تحرم المرأة على اصول الرجل وفروعه ولا تحرم عليه اصولها وفروعها ولكن محل عدم حرمة المصاهرة ان تركها أو فرق القاضى بينهما قبل الوطء أو ما يقوم مقامه وهو اللمس والنظر بشهوة فان حصل ما ذكر بعد واحد من هذه الأشياء ثبتت حرمة المصاهرة المتقدمة كما ستعرفه فى مادة (٢٤) ولا يتوارث به الزوجان فاذا مات أحدهما ولو بعد الدخول فلا يرثه الآخر لأن التوارث انما يكون بعد العقد الصحيح لا الفاسد ولا يلزم الزوج المهر المسمى فى العقد ولا مهر المثل ان لم تكن هناك تسمية ان حصل التفريق قبل الوطء أو فض البكارة ان كانت بكراً فان كان

(مادة ١٧) متى انعقد النكاح صحيحا ثبتت الزوجية ولزم الزوج والزوجة أحكامه من حين العقد ولو لم يدخل بالمرأة فيجب عليه بمجرد العقد مهر مثلها ان لم يكن سمي لها مهرا وتلزمه نفقتها بانواعها مالم تكن ناشزة أو صغيرة لا تطيق الوطء ولا يستأنس بها فى بيته. ويحل استمتاع كل منهما بالآخر ويثبت له ولاية التأديب عليها وتجب عليها طاعته فيما كان مباحا شرعا وتتقيد بملازمة بيته ولا تخرج بغير حق شرعى الا باذنه ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي بعد ايفائها معجل مهرها وتثبت حرمة المصاهرة ويثبت الارث من الجانبين الى غير ذلك من احكام النكاح

بعد واحد منهما لزمه مهر المثل لأن الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن عقر بالضم وهو المهر أو عقر بالفتح وهو الحد وقد انتفى الثاني لوجود الشبهة وهو العقد فيجب الأول — انظر مادة (١٨)

الباب الثالث

﴿ في موانع النكاح الشرعية وبيان المحللات والمحرّمات من النساء ﴾

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محلية الزواج بالنسبة الى بعض بني آدم سواء كان هذا الاخراج دائميا أو مؤقتا بوقت مخصوص أفرد الفقهاء له باباً على حدته وبينوا فيه أسباب التحريم فمتى وجد سبب منها حرم التزوج ومتى انتفي السبب حل . ولكن لايجوز للرجل أن يجمع فى عصمته من المحللات ماشاء من العدد بل يقتصر على أربع نسوة فى عصمته سواء كان تزوجهن في عقود متفرقة كما إذا تزوج كل شهر مثلا واحدة او في عقد واحد بأن وكل اربع نسوة رجلا فى ان يزوجهن لفلان فقال هذا الوكيل للرجل زوجتك موكلاتي فلانة وفلانة الخ فقبل الرجل صح هذا العقد بالنسبة الي

(مادة ١٨) كل عقد نكاح لم تحضره الشهود أو فقد شرطا آخر من شروط الصحة فهو فاسد لا تترتب عليه احكام النكاح ويجب التفريق بين الزوجين ان لم يفترقا ولا تثبت به حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق أو المتاركة قبل الوطء أو ما يقوم مقامه ولا يتوارث فيه الزوجان واذا لم يسم الزوج مهرا للمرأة وقت العقد فلا يلزمه مهر مثلها الا بعد اتيانها فى القبل اوفض بكارتها ان كانت بكراً

الجميع اذا لم يكن متزوجا بغيرهن فقد حصل فى هذا المثال تزوج أربع في عقد واحد ويمكنك الاتيان بعدّة امثلة

والدليل على ان الرجل لا يجوز له الا تزوج اربع قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورُباعَ) والنص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال القاسم بن ابراهيم يجوز التزوج بالتسع لان الله تعالى أباح نكاح ثنتين بقوله مثنى ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهي للجمع فيكون المجموع تسعا ومثله عن النخعي وابن ابي ليلى وقال بعض الشيعة والخوارج يجوز ثماني عشرة امرأة لان قوله مثنى يفيد التكرار لكونه معدولا به عن اثنين اثنين مكررا وكذلك ثلاث ورباع واقل التكرار مرتان فيكون ثماني عشرة وبعض الناس يقول ان للرجل ان يتزوج ما شاء من العدد لان مثنى وثلاث ورباع يفيد التكرار من غير حصر

وهؤلاء خرقوا الاجماع لان الامة اجمعت على انه لا يجوز اكثر من اربع ولا حجة لهم فيما ذكر لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى القسمة آحادا كما تقول ركب القوم دوابهم. والواو بمعنى او وحجة الاجماع ما صح ان النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين غيلان الثقفي وبين مازاد على الاربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة وغيره ممن اسلم وهو متزوج اكثر من اربع ولم ينقل عن احد في زمن النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده الى زمننا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة بالزواج . ولو كان المعنى كما زعموا لما كان لذكر ثلاث ورباع معنى لان مثنى يفيد التكرار لا الى نهاية وحصر وكلام الله سبحانه وتعالى منزه عن التكرار وعدم المعنى

وهذا اذا كان الرجل حراً فلو كان رقيقاً فلايجوز له الا تزوج اثنتين وهو قول سيدنا عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف لان الرق منصف للنعمة فيتنصف العدد المباح للحر بالنسبة للزواج ومع هذا فالأحسن لمن خاف عدم العدل بين الزوجات ان لا يتزوج الا واحدة لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة — انظر مادة [١٩]

فمتى كان هذا العدد بالنسبة للحر والعبد محلاً للعقد صح الزواج وان كان غير محل له بأن كانت المرأة محرمة على من يريد التزوج بها لاى سبب كان كان العقد فاسداً — انظر مادة [٢٠]

واسباب تحريم المرأة على الرجل تنقسم الى قسمين مؤبَّدة ومؤقتة . فالمؤبدة تنحصر في ثلاثة انواع الاول المحرَّمات بسبب النسب الثاني المحرمات بسبب المصاهرة الثالث المحرمات بسبب الرضاع . والمؤقتة تنحصر في خمسة انواع النوع الاول حرمة الجمع بين المحارم الثاني حرمة الجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع الثالث عدم الدين السماوي الرابع التطليق ثلاثا الخامس تعلق حق الغير بزواج او عدَّة والاصل في هذا قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم

(مادة ١٩) يجوز للحر ان يتزوج أربع نسوة في عقد واحد أو في عقود متفرقة

(مادة ٢٠) يشترط لصحة النكاح ان تكون المرأة محلا له غير محرمة على من يريد التزوج بها

اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما والمحصنات من النساء) وآيات أخرى سترد عليك — أنظر مادة [٢١]

ولنذكر لك كلا منها على حدته فنقول

﴿ المحرمات بسبب النسب ﴾

يحرم بالنسب أنواع أربعة الاول اصول الشخص الثاني فروعه ولو بعدت الوسائط الثالث فروع ابويه وان نزلوا الرابع فروع اجداده وجداته اذا انفصلوا بدرجة واحدة فيحرم عليه بالاول والثاني أمه وجدته وان علت سواء كانت من جهة الأم او من جهة الاب وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان نزلت كل منهما لقوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم)

ولا يقال ان النص قاصر على الأم والبنت فلا يتناول الجدة ولا بنت البنت ولا بنت الابن فلا تحرم كل منهن لانا نقول ان الجدات امهات اذ الام معناها فى اللغة الاصل والبنت معناها الفرع قال الله تعالى (هن ام الكتاب) اي اصله وقال عليه الصلاة والسلام « الخمر ام الخبائث » اي اصلها وعلى هذا تكون حرمة من ذكر ثابتة بهذه الآية او نقول ثبتت حرمة الجدات وبنات

(مادة ٢١) أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع والمؤقتة هي الجمع بين محرمين والجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع وعدم الدين السماوي والتطليق ثلاثاً وتعلق حق الغير بنكاح او عدة

الاولاد بالاجماع اونقول ثبتت حرمتهن بدلالة النص لان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن اولاد الجدات فهن اقرب من اولادهن فيحرمن من باب اولى وكذا حرم بنات الاخ وبنات الاخت ولا شك ان بنات الاولاد اقرب منهن فكنَّ اولى بالتحريم لان الحكمة في تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف لان في الاستفراش استخفافاً به وتعظيمه واجب شرعاً ولان تزوجهن يفضي الى قطع الرحم لان التزوج لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين فيكون ذلك سبب جريان الخشونة بينهما فيفضي الى قطع الرحم فيمنع منه اصلا فكل من كان اقرب فهو اولى بالمنع

ويحرم عليه بالثاني والثالث اخته وبنتها وبنت اخيه وان نزلت درجتهما وعمته وعمة اصوله وخالته وخالة اصوله لقوله تعالى في الآية السابقة (واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الاخت) ويشمل النص الاخت لابوين أو لأب أو لام وبنت كل منهن ويشمل أيضاً بنت الاخ الشقيق أولأب أو لأم وكذلك يشمل العمات والخالات المتفرقات لان الاسم يشمل الجميع وكذا يدخل فى العمات والخالات بطريق الحقيقة عمة الاب والجد وان علا وخالة كل منهما وعمة الام والجدة وان علت وخالة كل منهما . فاذا علمت ما تقدم تعلم أن بنات الاعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات تحل وليست الحرمة والحل المتقدمان قاصرين على المذكر بل يشملان المذكر والمؤنث فكما يحرم على الرجل ان يتزوج باصوله وفروعه من الاناث يحرم كذلك على المرأة التزوج باصولها وفروعها من الذكور وكما يحرم على الرجل ان يتزوج بنات أخواته واخوته يحرم على المرأة التزوج بابناء اخواتها واخوتها وهكذا وكما يحل للرجل

بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات يحل للمرأة ابناء الاعمام والعمات الخ انظر مادة (٢٢)

﴿ المحرّمات بسبب المصاهرة ﴾

ويحرم بالمصاهرة أنواع اربعة أيضاً. الاول فرع زوجته المدخول بها الثانى اصول زوجته. الثالث زوجة فروعه وان سفلوا. الرابع زوجة اصوله وان علوا

فبالاول يحرم على الرجل ان يتزوج بنت زوجته التى دخل بها لقوله تعالى في الآية السالفة (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) لثبوت قيد الدخول فيها سواء كانت في حجْره او فى حجْر غيره لان ذكر الحجور في الآية خرج مخرج العادة لا الشرط اذ العادة ان المرأة اذا تزوجت وكان لها بنت تأخذها معها الى منزل زوجها وحينئذ تكون في حجْره ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم لا لتعلق الحكم به كما في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا الربا اضعافا مضاعفة) وقوله (ولا تأكلوها اسرافا وبِدارا)

ويدلك على هذا انه اكتفي في الاحلال بنفي الدخول في قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان الحجر شرطاً لما اكتفى بنفى الدخول

(مادة ٢٢) يحرم على الرجل ان يتزوج من النسب امه وجدته وان علت وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان سفلت واخته وبنت اخته وبنت اخيه وان سفلت وعمته وعمة اصوله وخالته وخالة اصوله ويحل له بنات العمات والاعمام وبنات الخالات والاخوال وكما يحرم على الرجل ان يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ويحل للمرأة ابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات

بل كان يقول فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فلا جناح عليكم

وبعضهم يقول لاتحرم بنت الزوجة الا اذا دخل الزوج بأمها وكانت في حجره مستدلا بظاهر هذه الآية وقد عرفت الجواب عنه

ويشترط في التحريم بالدخول ان يكون هو مشتهي وهي مشتهاة ايضاً بأن كانا بالغين او مراهقين فان كان كل منهما غير مشتهي وقته او كان هو مشتهى وهي غير مشتهاة او بالعكس وحصلت الفرقة بينهما فلا يثبت التحريم ولو بعد الدخول فاذا تزوج صغيرة لاتشتهي فدخل بها وطلقها وانقضت عدتها فتزوجت بغيره وأتت منه ببنت جاز للاول التزوج ببنتها لعدم الاشتهاء ومثله ماذا تزوج صغير امرأة مشتهاة ودخل بها وافترقا قبل اشتهائه وكان لها بنت جاز له التزوج بها

وبنت خمس لاتكون مشتهاة اتفاقا وبنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ والأصح انها لاتثبت الحرمة والذي حققه ابن عابدين في الغلام انه يكون مراهقاً اذا بلغ سنه اثنتي عشرة سنة . ومثل هذا ماذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول بأن ماتت المرأة او طلقها قبله فلا تحرم عليه بنتها لاشتراط الدخول في الآية ولم يوجد

وبالثاني يحرم على الرجل ان يتزوج ام زوجته وجدتها من أيّ جهة كانت سواء دخل بزوجته أولم يدخل لقوله تعالى (وأمهات نسائكم) ولم يشترط الدخول كما اشترطه في البنت ولفظ الامهات يشمل الجدات كما عرف ذلك مما تقدم

وبالثالث وبالرابع تحرم زوجة ابيه وزوجة ابنه وان بَعُد الأب والابن

بان كان أبا الأب أو ابا الأم أو أبا أم الأب وان علا أو كان ابن الابن وان سفل . أما حرمة زوجة الاصل فلقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) ولفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد . وأما حرمة زوجة الفرع فلقوله تعالى (وحلائلُ أبنائكم الذين من اصلابكم) وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولفظ الابناء يتناول ابناء الأولاد وان سفلوا . ولا يشترط في التحريم دخول الفرع والأصل بالزوجة لاطلاق النص ولكن محل الاطلاق اذا كان العقد صحيحاً فلو فاسدا لم يثبت التحريم الا بالدخول او ما يقوم مقامه فالذي علم مما تقدم أن الزوجة تحرم على اصول الزوج وعلى فروعه ويحرم على الزوج اصول الزوجة وفروعها فقط واما فروع الزوجة واصولها فلا تحرم على اصول الزوج وفروعه فيجوز ان يتزوّج رجل امرأة وابنه او ابوه امها او بنتها من غيره — انظر مادة (٢٣)

وابوحنيفة يقول من زنى بامرأة او لمسها او نظر الى العضو المخصوص منها بشهوة ترتبت حرمات المصاهرة فيحرم على الزاني التزوج بفروع المزني بها واصولها وتحرم المزنى بها على اصول الزاني وفروعه ولا تحرم على اصول الزاني وفروعه اصول المزني بها ولا فروعها فيجوز لابن الزاني ان يتزوج ام مزنية ابيه وبنتها ويجوز لابي الزاني التزوج بام المزني بها وبنتها متبعا في ذلك لسيدنا عمر وعمران بن

(مادة ٢٣) يحرم على الرجل أن يتزوّج بنت زوجته التى دخل بها وهو مشتهى وهي مشتهاة سواء كان فى نكاح صحيح أو فاسد فان دخل بها وهو غير مشتهي أو هى غير مشتهاة أو ماتت قبل الدخول أو طلقها ولم يكن دخل بها فلا تحرم عليه بانها، وتحرم عليه أم زوجته بمجرد العقد الصحيح عليها وان لم يدخل بها وزوجة فرعه وان سفل وأصله وان علا ولو لم يدخل بها في النكاح الصحيح

الحصين وجابر بن عبد الله وابيّ بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) بناءً على أن النكاح هو الوطء حقيقة ولهذا حرم على الابن ماوطئ ابوه بملك اليمين وبقوله عليه الصلاة والسلام «ملعونٌ من نظر الى فرج امرأة وبنتها » وبقوله صلى الله عليه وسلم « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها ولا ابنتها » وقال الشافعي رحمه الله تعالى الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام « لايحرّم الحرامُ الحلالَ » ولانها نعمة فلا يكون المحظور سبباً في زوالها ولان الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزنيّ بها للمطاق ثلاثا . ومذهب الامام الشافعي هو الظاهر — انظر مادة (٢٤)

﴿ المحرمات بسبب الرضاع ﴾

يحرم بالرضاع كلُّ من حرم بالنسب والمصاهرة وهن امه وبنته واخته وبنات اخوته وأخواته وعمته وخالته وأمُّ امرأته وبنتها وامرأةُ ابيه وامرأة ابنه كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب والمصاهرة لقوله تعالى (وامهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وهذه الآية وان لم ينص فيها الا على الام والاخوات من الرضاعة ولكن ثبتت حرمة الباقي بقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فلو أرضعت امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة ابيه من

(مادة ٢٤) يحرم على الرجل أن يتزوج أصل مزنيته وفرعها وتحرم المزنى بها على أصوله وفروعه ولا تحرم عليهم أصولها وفروعها

الرضاعة ويحرم على زوج المرضعة امرأةُ هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وحرم على هذا الصبي ايضاً بناتُ المرضعة وبناتهن لأنهن اخواته وبنات اخواته وهكذا الباقي وهناك مسائل مستثناة من عموم هذا الحديث ووجه الاستثناء ان المعنى الذى لأجله حرم في النسب ليس موجوداً فيها

فمن هذه المسائل ام اخيه رضاعا فاذا ارضعت امرأة صبياً وكان لها ابن من النسب يجوز لابنها ان يتزوج بأم الصبي الذى رضع من امه مع انها ام اخيه رضاعاً لان ام الاخ من النسب انما حرمت لكونها امه ان كانا شقيقين او زوجة ابيه ان كانا لأب وهذا المعنى منتف في الرضاع ومنها اخت ابنه رضاعاً فاذا ارضعت امرأة ولداً ولهذا الولد اخت لم ترضع من تلك المرأة يجوز لزوج المرأة ان يتزوج اخت ذلك الولد الذى هو ابنه من الرضاع لان اخت الابن من النسب انما حرمت لانها اما بنته او بنت زوجته المدخول بها وهذا المعنى منتف في الرضاع واما اخت الاخ فانها تحل نسباً فرَضَاعا من باب اولى فاذا كان لامرأة بنت وتزوجت هذه المرأة بغير ابي البنت ورزقت منه بابن وكان لهذا الرجل ابن من غير تلك المرأة جاز لهذا الابن ان يتزوج تلك البنت مع انها اخت اخيه من النسب وسيأتي لك زيادة ايضاح في باب الرضاع

وانما كانت حرمة من ذكر مؤبدة أى لا تحل اصلاً لان سبب الحرمة موجود على الدوام فمتى ثبتت الامومة او زوجية الاصل او الفرع فلا تنفك ما داما موجودين بخلاف ما يأتي لان سبب الحرمة قد يزول فالحرمة ثابتة ما دام السبب موجوداً فان زال زالت الحرمة وثبت الحل كزوجة الغير مثلاً فانها تحرم ما دامت هذه الزوجية قائمة فان زالت الزوجية زالت الحرمة وثبت

الحل — انظر مادة [٢٥]

﴿ الجمع بين محرمين ﴾

يحرم على الرجل ان يجمع بين الاختين فاذا كانت امرأة في عصمته فلا يجوز له ان يتزوج اختها وكذلك اذا طلقها ولم تنقض عدتها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً لان آثار الزواج باقية ما دامت العدة فاذا انقضت العدة جاز له التزوج باختها ومثل اخت الزوجة عمتها وخالتها وبنت اخيها وبنت اختها فلا يجوز له ان يتزوج على من في عصمته او في عدته عمتها ولا خالتها ولا بنت اخيها ولا بنت اختها لقوله تعالى فى الآية السالفة (وأن تجمعوا بين الاختين) وسرى حكمها الى كل امرأتين ايتُهما فرضت مذكراً حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب او الرضاع كالجمع بين المرأة وعمتها او المرأة وخالتها او بنت اخيها او بنت اختها لاننا اذا قدّرنا المرأة مذكراً حرمت عليه عمته ولو قدرنا العمة مذكراً حرم عليه تزوج بنت اخيه ولو قدّرنا المرأة في الثاني مذكراً حرم عليه تزوج خالته ولو قدرنا الخالة مذكراً حرم عليه التزوج ببنت اخته ولو قدرنا المرأة مذكراً فى الثالث حرم عليه التزوج ببنت أخيه ولو قدرنا بنت الأخ مذكراً حرم عليه تزوج عمته وهكذا وقد ثبت هذا ايضاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لا تُنكَح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة اختها فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم» وهذا الحديث فيه

(مادة ٢٥) كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع الا ما استثنى من ذلك في باب الرضاع

تكرار الحكم الواحد بصفتين مختلفتين فى موضعين لأن المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين الجمع بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها وفائدته ازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الأخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي عليه الصلاة والسلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال . ويتشأ عن الأصل الذى عرفته حرمة الجمع بين العمتين او الخالتين لانه اذا فرضت واحدة منهما مذكراً حرمت الاخرى عليه وذلك ان يتزوج كل من الرجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة للاخري او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين خالة للاخرى وانما قالوا في القاعدة المتقدمة ايتهما فرضت مذكراً حرمت عليه الاخرى لانه لو جاز تزوج احداهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها او امراة ابنها فانه يجوز الجمع بينهما عند الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة على وبنته ولم ينكر عليه احد . وبيان ذلك انه لو فرضت بنت الزوج مذكراً بان كان ابن الزوج لم يجز له ان يتزوج بها لانها زوجة ابيه ولو فرضت المرأة مذكرا لجاز له ان يتزوج ببنت الزوج لانها بنت رجل اجنبي وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها فان المرأة لو فرضت مذكرا لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه ولو فرضت امرأة الابن مذكرا لجاز له التزوج بالمرأة لانه اجنبي عنها ومن باب اولى ما اذا انتفت الحرمة من الجانبين كالجمع بين بنتى العم او امرأتين لاعلاقة بينهما اصلا فانك

لو قدرت ايتهما مذكرا فلا يحرم عليه التزوج بالاخرى فيجوز الجمع بينهما

وبما ان المحرَّم انما هو الجمع بينهما فاذا وقعت الفرقة بين الرجل والمرأة المانعة بأيّ سبب كان جازله ان يتزوج باختها او غيرها من المحارم اللاتي لايجوز له الجمع بينهما لانه والحالة هذه لايصدق عليه انه جمع بين محرمين لانه ليس في عصمته الا واحدة . فلو كانت الفرقة بموتها جاز له فى الحال التزوج بالاخرى لعدم العدة . وان كانت بطلاق فان كان رجعياً فلا يجوز له التزوج بالثانية الا بعد انقضاء العدة بالاتفاق. وان كان بائناً فعند ابي حنيفة هوكالرجعي وقال الشافعي له التزوج بالثانية ولو فى العدة

واستدل الشافعي بان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع كما في الرجعي فلابد من اعماله واعمالُ القاطع وهو الطلاق الكامل يقتضي القطع بالكلية فيثبت الحكم بقدر دليله

وقال ابوحنيفة لانسلم انقطاع النكاح بالكلية لان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع عن الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه وهذه كذلك مادامت فى العدة ولا خلاف فى ان هذه الاشياء مترتبة على النكاح فلولم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخراً كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت فى العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام. ومثل البائن الخلع فانه طلاق بأن وان كان مختصاً ببعض أحكام ستأتي فى كتابه فاذا قال رجل لامرأته خالعتك فى نفير عشرين جنيها مثلا وقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال المسمى وحصلت الفرقة بينهما بالخلع

فاذا اراد أن يتزوج باختها مثلا فى العدة فهو على الخلاف المتقدم بين ابى حنيفة والشافعي ومثله ما اذا وقعت الفرقة بينهما بالفسخ لا بالطلاق كأن زوّج رجل اخته لآخر وهى صغيرة وكان الزوج كفؤا ودفع لها مهر المثل فان هذا التزوج صحيح نافذ غير لازم لها ان تفسخ هذا العقد عند بلوغها فاذا حصل هذا بعد الدخول فقد وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الفسخ وعليها العدة فاذا اراد زوجها العقد على عمتها مثلا فلا يجوز له ذلك ما دامت امرأته في العدة. ويشترك الطلاق والفسخ في حصول الفرقة بين الزوجين ولكن الطلاق ينقص العدد بخلاف الفسخ فاذا فرض في المثال المذكور انها تزوجته ثانياً ولم يكن طلقها أصلاً ملك عليها ثلاث طلقات بخلاف ما اذا اوقع على زوجته طلاقاً وردها الى عصمته بعده ولم يكن وقع عليها الا هذا الطلاق فلا يملك عليها الا طلقتين — انظر مادة (٢٦)

﴿ تعلق حق الغير بزواج أو عدة ﴾

يحرم على الرجل ان يتزوج امرأة غيره حفظاً للانساب ولعدم الفائدة لسبق حقوق الزوج لانا لو جوزناه فاما ان نقول يختص بها الأول او الثانى او تكون مشتركة فان كان الأول فلا فائدة في الزواج وان كان الثانى يكون

(مادة ٢٦) لا يحل للرجل ان يتزوج أخت امرأته التى في عصمته ولا اخت معتدته ولا عمة احد منهما ولا خالتها ولا بنت اخيها ولا بنت اختها. فاذا ماتت المرأة المانعة أو وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق او خلع او فسخ زال المانع وجاز له بعد انقضاء عدتها ان يتزوّج اختها او غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن

تعدّياً على حقوق الزوج الأول فلا تهضم وان كان الثالث اختلطت الانساب وهو لا يجوز وهذا هو السر في ان الرجل يتزوج اكثر من واحدة بخلاف المرأة

وكما لا يجوز للرجل ان يتزوج امرأة غيره كذلك لا يجوز له ان يتزوج معتدته سواء كانت معتدة لطلاق او وفاة لأن من فوائد العدة تعرُّفَ براءة الرحم فمن الجائز ان تكون المعتدة حاملاً والحمل غير معروف فلو جاز تزوجها وأتت بولد فلا يدري أهو من الأول أو الثاني فتختلط الانساب وهو غير جائز لما يترتب عليه من الخلل في النظام ولذا لو انقضت العدة جاز لغيره التزوج بها لانتفاء ما ذكر

ولما كانت الحكمة ماذكر عمموا عدم تزوج المعتدة ولو كانت العدة بعد فرقة من نكاح فاسد او وطء بشبهة كما اذا تزوجها بعقد لم يستوف جميع شروطه أو زُفَّت اليه امرأة وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبينت الحقيقة بعد ذلك ففرق بينهما لان كلاً من هاتين لو أتت بولد وادعاه الرجل يثبت نسبه منه فمنع التزوج لحقه وعدم اختلاط الانساب — انظر مادة (٢٧)

ومن تعلق حق الغير ما اذا كانت المرأة حاملاً وكان الحمل ثابت النسب بأن كان ابوه معروفاً فانه لا يجوز تزوجها لانها والحالة هذه تكون في العدة وقد عرفت انه لا يجوز تزوج المعتدة فان كان الحمل غير ثابت النسب بان كان من الزنا يجوز تزوجها ولا يواقعها الزوج حتى تلد الا اذا كان الذى تزوجها هو الذي زنى بها ففي هذه الحالة يجوز له وقاعها وقال ابو يوسف ومالك واحمد بن

(مادة ٢٧) يحرم نكاح زوجة الغير ومعتدته قبل انقضاء عدتها سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة او فرقة من نكاح فاسد او وطء بشبهة

حنبل وزفر لا يجوز تزوج الحبلى من الزنا بغير الزاني ايضاً لان هذا الحمل محترم لذاته لا لصاحب الماء ولذا لا يجوز اسقاطه ولو اذن الزاني للزوج في وقاعها فلا يجوز ولان الزواج شرع لحكمة فاذا لم تترتب عليه حكمته لم يشرع أصلا بخلاف ما اذا تزوجت بالزاني الذى حبلت منه لان الأحكام مترتبة عليه من حل الوطء ووجوب النفقة والسكنى وغير ذلك واستدل أبو حنيفة ومحمد بان امتناع النكاح لحرمة صاحب الماء لا للحمل بدليل جواز التزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره ولا حرمة للزاني وامتناع الوطء كى لا يسقي ماؤه زرع غيره لأن به يزداد سمعه وبصره حدّة لقوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره لأن به يزداد سمعه وبصره حدّة» وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح كحرمته بالحيض والنفاس وانما لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطء فقات الاحتباس وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل وطؤها لانها زوجته ولا حرمة لماء الزنا — انظر مادة [٢٩]

﴿ التطليق ثلاثاً ﴾

اذا طلّق رجل زوجته طلاقاً رجعياً او بائناً سواء كان واحدة او اثنتين جاز له مراجعتها في الطلاق الرجعي بدون عقد ومهر جديدين ما دامت في العدّة فان خرجت من العدة فلا بد من العقد والمهر وجاز له ردُّها فى البائن

(مادة ٢٩) يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها ويصح نكاح الحامل من الزنا ولا يواقعها الزوج حتى تضع حملها مالم يكن الحمل منه

بعقد ومهر جديدين سواء كان في العدة اوبعدها لقوله تعالى (الطلاقُ مرتان فامساكٌ بمعروف اوتسريح باحسان) فان طلقها ثلاثاً سواء كان وقوع الثلاث مرة واحدة او متفرقاً فلا يحل له التزوج بها الا اذا انقضت عدتها منه وتزوجت بغيره ودخل بها هذا الغير دخولا حقيقياً وحصلت الفرقة بينهما باي سبب كان سواء كان بالطلاق او بالموت وانقضت عدتها من هذه الفرقة لقوله تعالى بعد الآية السابقة وهي الطلاق مرتان (فان طلقها فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) ومعلوم أن غيره لا يتزوجها ما دامت في عدته والزوج الاول لا يتزوجها ما دامت متزوجة بالثاني ولا في عدته وانما اشترط دخول الثاني دخولا حقيقياً لانه ورد عن ابن عمر انه قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر فيغلق البابُ ويرخي الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها هل تحل للاول قال لا تحل للاول حتى يجامعها وسيأتي لك في شرح مادة (٢٤٨) زيادة الاستدلال على هذا — انظر مادة [٢٨]

﴿ الجمع بين الاجنبيات زيادةً على اربع ﴾

قد علمت في شرح مادة (١٩) أن الحر لا يجوز له ان يجمع بين اكثر من اربع بالدليل فاذا تزوج أربعا بعقود صحيحة فليس له ان يتزوج خامسة حتى يطلق احدى الاربع وينتظر حتى تنقضي عدتها سواء كان الطلاق رجعياً أو

(مادة ٢٨) يحرم على الرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحاً ويدخل بها حقيقة ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها

بائناً وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان الطلاق بائناً فله ان يتزوج خامسة ولو قبل انقضاء العدة والدليل ما تقدم في شرح مادة (٢٦) فان طلق الاربع فلا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن فان انقضت عدة الكل معاً جاز له تزوج اربع وان واحدة فواحدة وهكذا

فلو كان عقد واحدة او اثنتين منهن غير صحيح جاز له التزوج حتى يكمل في عصمته اربع نسوة بعقود صحيحة ومع هذا فالأحسن ان لا يتزوج اكثر من واحدة متى خاف الجور لقوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة) — انظر مادة (٤٠)

﴿ عدم الدين السماوي ﴾

يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية وهي التي تعتقد ديناً سماوياً ولها كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود والتوراة لموسى والانجيل لعيسى لقوله تعالى (اليوم أُحلَّ لكم الطيبات وطعامُ الذين أوتوا الكتاب حلٌّ لكم وطعامكم حلٌّ لهم والمحصناتُ من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) اي واحل لكم المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وقيد بعضهم حل التزوج بما اذا لم تعتقد ان المسيح إله او ان العزير إله فلو اعتقدت ذلك فلا يجوز ولكن بالنظر الى الادلة ينبغي ان يجوز الاكل من ذبائحهم والتزوج بنسائهم ومتى اقرت بنبي وآمنت به يجوز التزوج بها ذمية

(مادة ٣٠) من له اربع نسوة بنكاح صحيح فلا يجوز له ان ينكح خامسة حتى يطلق احدى الاربع ويتربص حتى تنقضي عدتها

كانت او مستأمنة او حربية فالذمية هى المقيمة في ديار الاسلام تدفع الجزية وليس من نيتها العود الى بلادها والمستأمنةهي من دخلت دار الاسلام بامان والواجب على المسلمين معاملة الذميين والمستأمنين معاملة حسنة كما يعاملون به بعضهم فلا يتعرضون لأموالهم ولا لدمائهم ولا لاعراضهم قولا أو فعلا

والحربية هى المقيمة فى غير ديار الاسلام وهذه يكره تزوجهالانفتاح باب الفتنة من التعلق بها المستدعي للمقام معها فى دار الحرب وتعريض الولد للتخلق باخلاق أهل الكفر — انظر مادة (٣١)

ولا يجوز للمسلم ان يتزوج غير الكتابية وهى التى لاتقر بنبي ولاتؤمن بكتاب منزل كالوثنية وهى التى تعبد الصنم والمجوسية وهي التى تعبد النار والصابئة وهي التى تعبد النجوم اذ كل الرسل عليهم الصلاة والسلام اتوا بعبادة الخالق جل وعلا وان اختلفت الشرائع فى كيفية العبادة ولم يأت رسول قط بعبادة غيره .وحرمة تزوج الصابئة هو قول الصاحبين وقال ابوحنيفة يجوز تزوجها وهذا الخلاف مبنى على انهم عبدة أوثان أم لا فعندهما هم عبدة أوثان لانهم يعبدون النجوم وعندأبى حنيفة ليسوا بعبدة اوثان وانما يُعظمون النجوم كتعظيم المسلم للكعبة فان كان كما فسره أبو حنيفة يجوز بالاجماع لانهم اهل كتاب وان كان كما فسراه لايجوز بالاجماع فلا خلاف فى الحقيقة وانما الخلاف مبنى على الاشتباه فى مذاهبهم فكل أجاب بما عنده من احوالهم والدليل على عدم حِلِّ التزوج بغير الكتابية قوله تعالى (ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمنّ ولأمة

(مادة ٣١) يحل نكاح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل سواء كنّ ذميات او غير ذميات مستأمنات أو غير مستأمنات مع الكراهة

مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم) وقوله عليه الصلاة والسلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » — انظر مادة (٣٢)

الباب الرابع

﴿ في الولاية على النكاح وفيه فصلان ﴾

﴿ الفصل الاول فى بيان الولى وشروطه ﴾

اعلم ان الولاية بفتح الواو معناها النصرة وعند الفقهاء هي حق تنفيذ القول على الغير رضي اولم يرض وهى نوعان عامة وخاصة والخاصة قسمان ولاية على النفس وولاية على المال والولاية على النفس قسمان ولاية ندب (استحباب) وهي الولاية على البالغة العاقلة بكراً كانت او ثيباً وولاية اجبار وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرا كانت او ثيباً ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين والولاية على النفس هي المقصودة هنا. وتثبت الولاية باسباب اربعة القرابة والملك والولاء والامامة والولى فى اللغة خلاف العدو اى الناصر وفي اصول الدين هو العارف بالله تعالى وباسمائه وبصفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب للمعاصي وعند الفقهاء وهو المقصود هنا الحر البالغ العاقل فيشترط فيه عندهم ان يكون حراً عاقلا بالغاً فلا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لان

(مادة ٣٢) لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتى يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل

الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فأولى ان لا تكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء لعجز كل منهم عن تحصيل الكفء لاشتغال العبد بخدمة مولاه ولعدم العقل عند المجنون وقصره عند الصبي وهذه الشروط الثلاثة يلزم اتصاف الولي بها سواء كانت المولية مسلمة او غير مسلمة ويشترط في الولي ايضاً الاسلام اذا كان من يراد تزويجه مسلما سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ومتى وجدت هذه الشروط في الشخص ثبتت له الولاية على غيره ولو كان فاسقاً فالفسق لا يسلب اهلية التزويج لكن اذا كان متهتكا وهو الذى لا يبالي بهتك ستره لا ينعقد تزويجه الا بشرط المصلحة كما سيظهر لك قريباً — أنظر مادة (٣٣)

وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولي بل بعض العقود وبيان ذلك ان مريد التزوج اما ان يكون صغيرا او كبيرا والكبير اما ان يكون عاقلا أو غير عاقل والعاقل اما ان يكون حرا اورقيقا فالشخص الكبير العاقل ان كان حرا مذكرا يصح تزوجه وينفذ لازما بلا ولي ولا حق لاحد من الاقارب في الاعتراض عليه ولو كانت الزوجه اقل منه شرفا ودفع لها اكثر من مهر مثلها وان كان حرا مؤنثا يصح تزوجها وينفذ لازما اذا كان الزوج كفأً والمهر مهر المثل فان كان الزوج كفأً والمهر اقل من مهر المثل صح العقد نافذا غير لازم فللولي اذا كان عصبة حق الاعتراض حتي يتم مهر المثل او يرفع الامر الى القاضى ليفسخ العقد وان كان غير كفء فلا يصح العقد اصلا كما سيظهر لك كل

(مادة ٣٣) يجب ان يكون الولي حرا عاقلا بالغاً مسلما في حق مسلم ومسلمة ولو فاسقاً

ذلك فى المواد الآتية والولاية هنا ولاية استحباب . وان كان الشخص الكبير رشيداً سواء كان مذكراً او مؤنثاً صح تزوجه موقوفاً على اجازة سيده فان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل . وان كان صغيراً غير مميز او كبيراً غير عاقل فلا يصح عقد الزواج الا بالولي والولاية هنا ولاية اجبار — انظر مادة (٣٤)

وتثبت هذه الولاية بواحد من أربعة الأول الملك الثاني القرابة الثالث الولاء الرابع الامامة فالأول لم يتعرض له الكتاب وان كان أشار اليه في المادة السابقة فتثبت الولاية للمالك على مملوكه في الزواج وغيره بسبب الملك وتثبت الولاية أيضاً بسبب من الأسباب الثلاثة الاخرى بالترتيب الذي يلقى عليك

فتثبت الولاية اوّلا للعاصب بنفسه على ترتيب الارث والحجب . والعصبة تنقسم انقساما أوّليا الى قسمين عصبة نسبية وهى الآتية من جهة القرابة وعصبة سببية وهي الآتية من العتق . والعصبة النسبية تنقسم الى ثلاثة أقسام عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره وكلامنا الآن انما هو فى العاصب بنفسه وهو ينحصر فى اربع جهات. بُنوَّة وأُبوَّة وأُخوَّة وعُمُومة فالبنوة تشمل الابن وابن الابن وان نزل والأُبوَّة تشمل الاب والجد الصحيح وهو أبو الأب وان علا والاخوَّة تشمل الاخ الشقيق والاخ لاب وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لأب وان نزل كل منهما والعمومة تشمل العم الشقيق والعم لأب وابن العم الشقيق وابن العم لاب وان نزل كل منهما . فان وجد واحد

(مادة ٣٤) الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين وليس الولي شرطا لصحة نكاح الحر والحرة العاقلين البالغين بل ينفذ نكاحهما بلاولى

فقط من هؤلاء ثبتت له الولاية اذ لا مزاحم له وان وجد اثنان او اكثر فان كان هناك مرجح في احدهما قدم صاحبه وان لم يكن هناك مرجح استويا والترجيح يكون اوّلا بالجهة فتقدم جهة البنوّة ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة فمتى وجد واحد من جهة من هذه الجهات وان بَعُدت درجته قدم على من بعده وان قربت درجته فابن ابن الابن مقدم على الاب ويسمى هذا تقديماً بالجهة وثانياً بالدرجة . فان وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن او الاخ وابن الاخ ترجح الاقرب درجة فيقدم الابن على ابن الابن والاخ على ابن الاخ لانه اقرب درجة ويسمى هذا تقديماً بالدرجة . وثالثاً بالقوة . فان وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة أيضاً كأخ شقيق وأخ لاب ترجح الاخ الشقيق لانه اقوى من الاخ لاب اذ الاول ينتسب بجهتين والثاني بجهة واحدة ويسمى هذا تقديماً بالقوة . فان لم يوجد مرجح بان كانت الجهة والدرجة والقوة واحدة كابنين واخوين شقيقين أو لاب استويا لاننا لو قدمنا احدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح فقد علمت مما تقدم ان التقديم يكون اولا بالجهة فان اتحدوا فيها يكون بالدرجة فان اتحدوا فيها ايضاً يكون بالقوة فان اتحدوا فيها أيضاً استووا في الولاية فان لم يوجد واحد من هؤلاء أصلا تنتقل ولاية التزويج الى العصبة السببية وهي الآتية من ولاء العتاقة فتثبت للمعتق اوّلا ولو انثى ثم لبنوّته ثم لابوّته ثم لاخوّته ثم لعمومته على الترتيب والترجيح والاستواء الذي عرفته في العصبات النسبية

اذا عرفت كل ما تقدم تعرف بداهة انه اذا اجتمع ابن المجنونة وابوها قدم ابنها ومثلها المجنون وقال محمد يقدم الاب لانه اوفر شفقة من الابن

ودليل ابى حنيفة وابي يوسف أن الابن هو المقدم فى العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا عبرة بزيادة الشفقة كأبي الام مع بعض العصبات والاحسن ان يأمر الابن الاب بالنكاح حتى يجوز بلاخلاف لان فى الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة فيجتمعان — انظر مادة (٣٥)

فاذا لم توجد عصبة نسبية ولا سببية تنتقل ولاية الاجبار بالنسبة للصغار ومن يلحق بهم الى الاصول غير العصبات ماعدا ابا الام مع ملاحظة الدرجة والقوة فحينئذ تقدم الام على ام الام وام الاب لقربها وتقدم ام الاب على ام الام لقوتها اذ هى منتسبة بالعاصب وهو الاب بخلاف ام الام فان لم يوجد واحد من الاصول انتقلت الولاية الى الفروع مع الملاحظة المذكورة وحينئذ تقدم البنت على بنت الابن وبنت البنت لقربها وتقدم بنت الابن على بنت البنت لقوتها اذ هى منتسبة بعاصب وهو الابن بخلاف بنت البنت وهكذا الترتيب فان لم يوجد احد من الفروع انتقلت الولاية الى الجد الغير الصحيح وهو ابو الام فاذا لم يوجد انتقلت الى طبقة الاخوات مطلقاً والاخوة لام مع الملاحظة المذكورة ايضاً وحينئذ تقدم الاخت الشقيقة على الاخت لاب والاخت لام وتقدم الاخت لاب على الاخت والاخ لام لما تقدم فاذا لم يوجد من هذه الطبقة احد انتقلت الولاية الى اولادهم حسب ترتيبهم المتقدم فان لم يوجد

(مادة ٣٥) الولي في النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الارث والحجب فيقدم الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب ثم الجد الصحيح وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم العم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لاب ثم ولاء العتاقة فولي المجنونة في النكاح ابنها وان سفل دون ابيها عند الاجتماع

احد من هـذه الطبقة ولا اولادها انتقلت الولاية الى طبقة العمات والاعمام لام مع الملاحظة المذكورة فان لم يوجـد احـد منهم انتقلت الى الاخوال والخـالات فان لم يوجـد احـد منهم انتقلت الولاية الى اولادهم حسب الترتيب المذكور

وقال أبو يوسف ومحمد لا ولاية لغير العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام « الانكاح الى العصبات » ففي هذا الحديث عرف الانكاح باللام فى غير معهود فيكون معناه هذا الجنس مفوض الى هـذا الجنس أي جنس الانكاح مفوض الى جنس العصبات فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافئهم وذلك يحصل من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثاً لهم على صيانة القريب عن غير الكفء واستدل ابو حنيفة بان ثبوت الولاية للنظر الى المولى عليه والنظر يحصل بالشفقة الباعثة عليه وهي موجودة فى الام وغيرها من الاقارب فتثبت لهم ولاية التزويج الا ان أقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفى ثبوتها لهم عند عـدمه والمعول عليه مذهب الامام — انظر مادة (٣٦)

فاذا عدمت جميع الاقارب من العصبات وغيرهم فالذي يزوج الشخص الصغير ومن يلحق به مولى الموالاة ان وجد وهو الذي اسلم ابو الصغير على يديه

(مادة ٣٦) اذا لم يكن عصبة تنتقل ولاية النكاح للام ثم لام الاب ثم للبنت ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن ثم لبنت بنت البنت وهكذا ثم للجد الفاسد ثم للاخت الشقيقة ثم للاخت لاب ثم لولد الام ثم لاولادهم ثم لباقي ذوي الارحام العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم اولادهم بهذا الترتيب

ووالاه بان قال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فان لم يوجد انتقلت الولاية الى السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا وليَّ له »

ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نوابه ان أذن لهم بذلك — انظر مادة (٣٧)

وليس لغير من ذكروا ولاية التزويج ولو كان وصياً لأن ولايته على المال لا على النفس فليس للوصي ان يزوج اليتيم واليتيمة سواء اوصى اليه الأب بذلك ام لا وفي رواية عن ابي حنيفة ان الأب ان اوصي اليه بذلك ثبتت له الولاية في التزويج ايضاً — وهذا حسن — والوصي لا تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة من جهة كونه وصياً فلو كان قريباً لهما بان أقام رجل احد اولاده وصياً على باقي اولاده وفيهم صغير فهذا الوصي له ان يزوج الصغيرة اذا لم يكن هناك من هو مقدم عليه في الولاية فان وجد من يقدم عليه كأبي الاب او كان هذا الوصي اخاً لاب للصغير وله اخ شقيق فليس للوصي ولاية التزويج بل تثبت لمن هو أقرب منه . ولو كان الوصي حاكماً بأن اقام رجل الحاكم الذي له ولاية التزويج وصياً على اولاده وفيهم صغير فلهذا الحاكم ان يزوج الصغير لكن لا من جهة كونه وصياً بل من جهة كونه حاكماً ومحل كونه يملك التزويج اذا لم يكن هناك من هو اولى منه فان وجد كأن كان للصغير اخ او ام فليس

(مادة ٣٧) السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره

للحاكم ولاية التزويج وقال الامام مالك للوصي ولاية الاجبار ان عين له الاب الزوجة او أمره بالجبر صراحة اوضمناً كما اذا قال له زوّجها قبل البلوغ او بعده أو على أي حالة شئت أو أمره بالنكاح ولم يعين له الزوج ولا الاجبار بان قال زوّجها — انظر مادة (٣٨)

ويشترط في الولاية الخاصة اتحاد الدين وحينئذ فلا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي كما انه لا ولاية للذمي على المسلم اصلا ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامه فللسلطان او نائبه الولاية على المسلمين والذميين في المال وفى الزواج . وللذمي الولاية فى الزواج وفى المال على ذمي مثله لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم اولياء بعض) فاذا فرضنا ثلاثة اخوة احدهم مسلم والآخر ان ذميان وأحدهما صغير فالولاية على نفسه وماله لأخيه الذمي ولو كان مسلماً فالولاية لأخيه المسلم — انظر مادة (٣٩)

فقد علم لك من ترتيب الاولياء فيما تقدم انه لا يجوز للولى البعيد ان يزوج الصغير والصغيرة مع وجود الولى القريب فاذا كانت بنت لها اخوان أحدهما شقيق والآخر لأب فليس للأخ لاب ان يزوج الصغيرة والشقيق موجود والا لما كانت هناك فائدة فى الترتيب ولكن محل ذلك اذا كان الاخ الشقيق مستوفياً شرائط الولى فان فقد شرط من الشروط التى عرفتها بان

(مادة ٣٨) ليس للوصى ان يزوّج اليتيم واليتيمة مطلقا وان اوصي اليه الاب بذلك مالم يكن قريباً لهما او حاكما تلك التزويج ولم يكن ثمة من هو اولى منه

(مادة ٣٩) لا ولاية في النكاح ولا فى المال لمسلم على ذمي الا اذا كان سلطانا او نائباً عنه وللذمى الولاية فى النكاح والمال على ذمي مثله

كان الاخ الشقيق صغيراً اومجنوناً فالولاية تنتقل الى الاخ لاب لان الشقيق في هذه الحالة كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية. وتنتقل الولاية للولى البعيد ايضاً اذا غاب الولى القريب واختلفوا فى الغيبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة ولكن المعول عليه انها بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء اخذ رأى الولي الغائب القريب ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد ولا يبطل تزويج الولى البعيد بعود القريب لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل وقال زفر رحمه الله تعالى لا يزوجها أحد وقال الشافعي رحمه الله تعالى يزوجها الحاكم في هذه الحالة اعتباراً لها بحالة ما اذا امتنع الولى القريب عن تزويجها فان الولاية تنتقل الى الحاكم بالاتفاق واستدل زفر بأن ولاية الاقرب قائمة ولهذا لو زوّجها حيث هو جاز ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضراً واستدل الباقون بأن هذه الولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى البعيد لأنه مقدم على السلطان فصار كما اذا كان الأقرب مجنوناً او رقيقاً اوصغيراً وقول زفر لو زوجها الاقرب حيث هو جاز لا رواية فيه فلنا أن نمنع لأنه لو جاز أدّى الى مفسدة. بيانه أن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه بذلك لدخل عليها الزوج وهي في حضن غيره وفساد هذا لا يخفى فلم يبق الا ولاية البعيد ولئن سلمنا ما قاله كما هو رأي الكثيرين فنقول للابعد بُعْدُ القرابة وقُرْب التدبير وللاقرب بُعْد التدبير وقرب القرابة فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد أوّلا نفذ ولا يردُّ — انظر مادة (٤٠)

(مادة ٤٠) لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الاقرب المتوفرة فيه =

فاذا كان الولي القريب موجوداً ومتوفرة فيه شروط الولاية فليس للبعيد التزويج فان زوجها والحالة هذه يكون هـذا العقد موقوفا على اجازة القريب فان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل ولا تكون الاجازة فى هذه الحالة الا برضاه صراحة او دلالة فسكوته لايعتبر اجازة لهـذا العقد ولو كان حاضراً مجلسه لأنه لايدل قطعياً على الرضا اذ يحتمل ان يكون لعدم المبالاة بهذا العمل الذي صدر من غير ولاية معتبرة

فلو امتنع القريب من تزويج الصغيرة فاما ان يكون امتناعه بحق او بغير حق فان كان الاولُ بان أبدى سبباً مقبولا كأن كان الخاطب لايدفع مهر مثلها ولو كان كفؤاً فلا حق لأحد في تزويجها وان كان الثاني بان لم يُبْدِ سبباً مقبولا فى عدم الزواج كأن كان الخاطب كفؤاً ويدفع مهر مثلها فلا يزوجها البعيد أيضاً بل الذي يزوجها فى هـذه الحالة هو القاضي أو نائبه سواء كان التزويج منصوصاً له فى منشوره اولا ولو كان الممتنع هو الاب

والفرق بين العاضل والغائب أن العاضل ظالم فتنتقل الولاية الى الحاكم لانّ رفع الظلم اليه والغائب غير ظالم لاسيما اذا كان سفره للحج والجهاد فافترقا فأشبه النفقة والحضانة فانها تنتقل الى البعيد

فان كان امتناع الأب من تزويجها للخاطب الكفء الذي يدفع مهر مثلها لتعلق ارادته بتزويجها لكفء آخر فان كان حاضراً فلا يكون ممتنعاً بغير

شروط الاهلية فاذا غاب الاقرب بحيث لاينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه جاز لمن يليه في القرب ان يزوّج الصغيرة ولا يبطل تزويجه بعود الاقرب وكذا اذا كان الاقرب غير أهل للولاية جاز للأبعد ان يتولى تزويج الصغيرة

حق فليس لاحد تزويجها لان شفقته دليل على انه اختار لها الانفع اما اذا كان الكفء الذي يريد تزويجها له غائباً وامتنع من تزويجها للحاضر فهو عاضل لأنه متى حضر الكفء فلا ينتظر غيره خوفاً من فواته ولذا تنتقل الولاية الى البعيد اذا غاب القريب

وبعضهم يقول تنتقل الولاية للبعيد عند امتناع القريب بغير حق كما في حال غيبته ولكن الصحيح ما تقدم لك من انتقالها للقاضي في هذه الحالة — انظر مادة (٤١)

وكل هذه الاحكام فيما اذا اختلفت الاولياء جهة أو درجة أو قوة فاذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين مثلا وكل منهما مستوف لشروط الولاية فأيهما تولى الزواج وكان مستوفياً كل الشرائط جاز هذا العقد سواء اجازه الآخر أو لم يجزه لأن الولاية ليست متجزئة وفي كل منهما جزء منها حتي يلزم اجتماعهما بل هي ثابتة لكل منهما على انفراده فله ان يتولى العقد بمقتضى هذه الولاية ومتى باشر شخص أيّ عقد مستوف لجميع شرائطه بولاية تامة نفذ ولا ينقض

ومن العلماء من قال لايجوز مالم يجتمعا على العقد والعمل فان زوّجها كل

(مادة ٤١) اذا عضل الاقرب وامتنع من تزويج الصغيرة فليس للابعد ولاية تزويجها بل يزوجها القاضي او نائبه بطريق النيابة عن العاضل ولو كان أبا الصغيرة اذا تحقق القاضي ان امتناعه كان بغير سبب مقبول وان الزوج كفء لها والمهر مهر مثلها وليس لاحد نقض النكاح الذي عقده القاضي او نائبه ولو لم يكن التزويج منصوصاً عليه في منشوره فان كان امتناع الاقرب من تزويجها لكون الزوج غير كفء لها او لكون المهر دون مهر المثل فلا يعد عاضلا ولا يجوز للقاضي أن يزوّجها

منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معاً بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح. ولو زوجها أبوها وهي بكر بالغة بأمرها وزوّجت هي نفسها من آخر فأيهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدري الاول ولا يعلم من غيرها فرّق بينها وبينهما لعدم أولوية واحد منهما على الآخر فلو قدمنا واحداً منهما لزم الترجيح بلا مرجح ومثل هذا اذا زوجها وليّان بأمرها - انظر مادة (٤٢)

ومتى ثبتت الولاية للحاكم فله ان يزوجها ممن شاء واستثنوا من ذلك تزويجها لنفسه ولأصوله كأبيه وفروعه كابنه وابن ابنه وان سفل فانه لايجوز كما اذا باع مال اليتيم لنفسه او لأحد من هؤلاء فانه غير جائز والسبب فى ذلك ان فعل القاضي حكم وحكمه لنفسه او لأحد من هؤلاء غير جائز. ومن هنا يعلم أن فعل القاضي حكم وان عرا عن الدعوى ولا منافاة بين هذا وقولهم — شرط نفاذ القضاء في المجتهدات أن يصير الحكم في حادثة تجرى فيها خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم — لأن ماهنا محمول على الحكم الفعلي وما قالوه محمول على الحكم القولي ومثل ماهنا القضاء الضمنى فلا تشترط له الدعوى والخصومة كما اذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه واسم جده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وان لم يكن فى حادثة النسب وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا

(مادة ٤٢) اذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى النكاح بشروطه جاز سواء اجازه الآخر أو لم يجزه

على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما ونظيره الحكم بثبوت الرمضانية فى ضمن دعوى الوكالة أو بثبوت الدين وأمثلته كثيرة — انظر مادة (٤٣)

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين ﴾

قد علمت مما تقدم أن الولاية في الزواج قسمان ولاية اجبار وولاية استحباب فالأولى تكون بالنسبة للصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والثانية بالنسبة للكبير والكبيرة المكلفين فمتى ثبتت الولاية لواحد من الاولياء المتقدمين سواء كان أباً او جداً او غيرهما وسواء كان عصبة او غير عصبة وسواء كان قريباً او غير قريب جاز له أن يزوج الصغير والصغيرة بكراً كانت او ثيباً والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة جبرا يعني رضى كل واحد منهم بهذا التزوج اولم يرض لأن كلا ممن ذكر ناقص العقل او فاقده فلا يهتدى الى الصالح له فجعل الشارع الولي ناظرا لمصالحهم فمتى رأى المصلحة فى شيء فعله ولا فرق بين ان يكون الجنون او العته اصلياً كأن بلغ كل من الصغير والصغيرة مجنونا اومعتوها أو طارئاً كأن بلغ كل منهما عاقلا ثم طرأ عليه الجنون او العته بعد ذلك غير أنه فى الحالة الاولى لم تنقطع الولاية لانها كانت موجودة فى حال الصغر واستمرت ببلوغ كل منهما غير صالح لتوليته شؤن نفسه وفى الحالة الثانية تنقطع الولاية بالبلوغ عاقلا لزوال السبب الموجب لها وهو قصر العقل ثم

(مادة ٤٣) لا يجوز للحاكم الذي له ولاية الانكاح أن يزوّج اليتيمة التى لا ولي لها من نفسه ولا من أصوله وفروعه

تعود بطرو ما يوجبها ولكن لاتعود الا اذا استمر شهرا على ماهو المعتبر واختلفوا فى المعتوه على اقوال كثيرة والمرتضى انه سيئ التدبير قليل الفهم لايعرف السماء من الارض ولا الطول من العرض الا أنه لايضرب ولا يشتم بخلاف المجنون — انظر مادة (٤٤)

والاولياء ليسوا في حكم واحد بالنسبة لتزويج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما بل هم منقسمون الى قسمين الأول الاصل المذكر العصبة وهو الأب والجد الصحيح وان علا والفرع المذكر أيضاً وهو الابن وابن الابن وان سفل . الثاني غير من ذكر ولو كان الحاكم وكل من القسمين له حكم يخصه. وبيانه انه اذا ولى واحد من القسم الأول عقد الزواج بأن ولى الأب أو الجد عقد زواج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما عند عدم الابن أو ولى الابن عند وجوده عقد زواج من يلحق بهما فهناك حالتان لكل منهم . الأولى أن يكون كل منهم غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً . الثانية ان يعرف بسوء الاختيار سواء كان آتياً من جهة المجانة أو الفسق . والماجن هو الذي لايبالي بما يصنع وبما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب

ففي الحالة الأولى يصح الزواج وينفذ ويلزم يعني انه لايثبت خيار فسخ هذا العقد عند البلوغ في حالة الصغر والافاقة في حالة الجنون والعته فى

(مادة ٤٤) للاب والجد وغيرهما من الاولياء ولاية انكاح الصغير والصغيرة بشروطه جبرا ولو كانت ثيبا وحكم المعتوه والمجنون والمجنونة شهرا كاملا كالصغير والصغيرة

جميع الصور التي تتأتى هنا وهي أربع . الأولى ان يكون الزوج كفؤا والمهر مهر المثل . الثانية ان يكون الزوج كفؤا والمهر أقل من مهر المثل . الثالثة أن يكون الزوج غير كفء والمهر أكثر من مهر المثل . الرابعة أن يكون الزوج غير كفء والمهر أقل من مهر المثل أو مساو له

وكل من النفاذ واللزوم ظاهر في الصورة الأولى لظهور المصلحة حيث كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل وأما في باقي الصور فكان الظاهر في أول الأمر الجواب بعدم الصحة لعدم المصلحة ولكن بامعان النظر نجد ماقالوه موافقاً للصواب لأن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولؤمها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد أهم من الكفاءة والمهر في نظر العقلاء فكل من الاصل والفرع المتقدمين يجد جداً بليغاً وينظر نظراً صائباً بما عنده من وفور الشفقة في اختيار الأهم وتقديمه على المهم خصوصاً وانه لم يعرف بسوء الاختيار بل بحسن النظر في العواقب لخوفه من اللوم في المستقبل فهو لايقدم على عمل من الاعمال الا بعد التدبر والتفكر فيما يترتب عليه فهذا كله يدل على انه ما زوج لغير كفء او باقل من مهر المثل الا لترجيحه المصالح الاخرى على الكفاءة والمهر فصححنا عقده نافذاً لازماً

وقال الصاحبان لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما. ولابي حنيفة ان الحكمة تدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح

المقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالى والدليل في غيرهما غير موجود . والمعول عليه مذهب الامام

ومثل الزوجة في هذه الصور الزوج لأنه كما يجوز للاب والجد والابن ان يزوج الانثى التي له الولاية عليها لغير كفء او باقل من مهر المثل يجوز له ايضاً ان يزوج المذكر بامرأة اقل منه أو باكثر من مهر مثلها ولا فرق فى النقص الذى يحصل فى مهر المثل بالنسبة للانثى والزيادة التي تحصل فيه بالنسبة للمذكر بين ما اذا كان الغبن يسيراً او فاحشاً فالغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين والغبن الفاحش هو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين — انظر مادة (٤٥)

وأما فى الحالة الثانية وهي التى عرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد مجانة أو فسقاً فلا يصح العقد الا فى الصورة الاولى وهي ما اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل لان المصلحة ظاهرة بخلاف الصور الباقية فانه لا يمكننا تصحيح العقد فيها لان الاسباب التى بنيت عليها صحة العقد فى الحالة الاولى وهى ما اذا لم يعرف كل منهم بسوء الاختيار قبل العقد منتفية ولذا لو كان سكران وزوج بنته من فاسق او شرير او فقير او ذي حرفة دنيئة لم يصح

(مادة ٤٥) اذا ولي الاب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من غير المكلفين وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقاً لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ ولو كان النكاح بغبن فاحش زيادة في المهر الذي دفعه الصغير ونقصا في مهر الصغيرة او كان الزوج غير كفء لها والمجنونة — اذا زوجها ابنها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء لزمها النكاح ولا خيار لها بعد افاقتها

العقد اصلا لانه حال السكر لا يهتدى الى ما قلناه — أنظر مادة (٤٦)

وان ولى واحد من القسم الثانى عقد الزواج وهو غير الاب او الجد وان علا والابن وان سفل ولو كان الام او القاضي بان زوج الاخ اخته او زوجت المرأة بنتها او القاضى اليتيمة التى لا ولى لها من الاقارب فلا يصح العقد اصلا اذا كان الزوج غير كفء سواء كان المهر اقل من مهر المثل او مساوياً له او اكثر او كان الزوج كفأ والمهر اقل من مهر المثل وكان الغبن فاحشاً اذ اليسير مغتفر. ويصح الزواج وينفذ غير لازم اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ويترتب على كون العقد غير لازم فى هذه الصورة ثبوت الخيار فى امضاء هذا العقد وفسخه لكل من الصغير والصغيرة عند البلوغ او الافاقة ولو بعد الدخول فان كان كل من الصغير والصغيرة يعلم بهذا التزوج قبل البلوغ ثبت له الخيار عند البلوغ وان لم يعلم به قبل البلوغ ثبت له الخيار وقت العلم به لانه لا يتصوّر ثبوت الخيار فى شىء قبل العلم به فاثبتناه عند تصوره وهو وقت العلم. فقد علم من هذا انه عند ما يتولى احد من القسم الثاني الزواج يصح وينفذ ولا يلزم فى الحالة الاولى المتقدمة وهي ما اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ولا يصح اصلا فى باقي الصور

وبعضهم روي عن ابي حنيفة ان المزوج اذا كان القاضي او الام يكون العقد لازما فلا يثبت الخيار في الفسخ واستدل على هذا بان ولاية القاضي تامة لانها تجمع المال والنفس وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانا كالاب

(مادة ٤٦) لو كان الاب او الجد مشهوراً قبل العقد بسوء الاختيار مجانة وفسقا وزوج صغيره او صغيرته بغبن فاحش فى المهر او بغير كفء فلا يصح النكاح اصلا

ولكن الصحيح عدم الفرق بين الام والقاضي وغيرهما لان ولاية الالزام تبنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل واحد منهما احدهما ولان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت الخيار في الحاجب ففى المحجوب من باب اولى . وقال ابو يوسف لا يثبت الخيار للصغير والصغيرة بالبلوغ ولو كان المزوج غير الاب والجد لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ قياساً على الاب والجد ولان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقده هو بعد بلوغه فلا يجوز له فسخه اصلا. ولابي حنيفة ومحمد ماروى من انه عليه الصلاة والسلام زوج امامة بنت حمزة وهي صغيرة لسلمة بن ابي سلمة وهي بنت عمه وقال « لها الخيار اذا بلغت » وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل أثبات الخيار لها اذا بلغت ولانه عليه الصلاة والسلام لم يزوج احدا بالنبوة ولو كان زوج بها لما تقدم عليه احد ولم ينقل الينا انه عليه الصلاة والسلام منع الاولياء من التزويج وزوج هو ولأن العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة لان اصل الشفقة موجود ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الاب والجد فيتطرق الخلل الى المقاصد فيثبت لهما الخيار ولوجود اصل الشفقة نفذناه في الحال ولقصورها اثبتنا لهما الخيار في المآل ليزال الضرر لو كان فيه ضرر ويضاف الى اختيارهما الى نفسهما اذ الشخص ينظر في شؤون نفسه اكثر من غيره فيبرأ الاولياء عن عهدة اليتامى بخلاف الاب والجد لانهما وافرا الشفقة تاماً الولاية فلا نحتاج الى اثبات الخيار وعلى هذا من يلحق بالصغير والصغيرة اذا زوجه الاب او الجد او الابن فلا خيار له

بعد الافاقة وان زوجه غيرهم ثبت له الخيار بعدها

وقال الامام مالك لاتثبت ولاية الاجبار لاحد من الاقارب على الصغير والصغيرة الا للاب حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب فلا يجوز وقال الشافعي وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكراً وان كانت ثيباً فلا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج الثيب الصغيرة الاب او الجد كرهاً لا ينفذ النكاح. واستدل الامام مالك بان القياس يأبى ان يكون للشخص على الغير ولاية اذا كان حراً الا لحاجة ولا حاجة عند انعدام الشهوة غير ان ولاية الاب ثبتت نصاً على خلاف القياس فان سيدنا أبا بكر زوج عائشة من النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت في الجد وشفقته قد نقصت فلا يكون في معناه (قلنا) لا نسلم ان ثبوت الولاية على الحر على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الابين متكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل وقت فأثبتنا الولاية في حال الصغر احرازاً للكفء لكل من يتاتي منه الاحراز أباً كان او غيره. واستدل الشافعي بان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولذلك لا يملك غيرهما التصرف في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلأن لا يملك التصرف في النفس وهو اعلى من باب اولى

ودليلنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما فى الاب والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصوراً بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فاظهرناه فى سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولى ثم يبيع المشترى من آخر ثم . . وثم . وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا تفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالباً فكان التدارك بالتوقف الى البلوغ ممكناً ويؤيد كلام الحنفية قوله صلى الله تعالى عليه وسلم «الانكاح الى العصبات» كما تقدم لك شرحه فى مادة ٣٦ — انظر مادة (٤٧)

فقد علمت مما تقدم انه متي زوج الصغير او الصغيرة غير الاب والجد من كفء ومهر تام صح العقد ولكن لكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ العقد فان اختار كل منهما بقاء العقد فلا كلام وان اختار الفسخ فلا ينفسخ العقد بمجرد اختياره له بل لا بد من ان يرفع الامر للقاضي ليفسخ العقد اذا لم يوجد مسقط للخيار بان صدر منه ما

(مادة ٤٧) اذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الاب والجد ولو القاضي فلا يصح النكاح أصلا بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر ويصح بالكفء وبمهر المثل ولكل منهما اذ لم يرض بالنكاح ولو بعد الدخول خيار فسخه بالبلوغ او العلم به بعده

يدل على الرضا صراحة او دلالة

ويترتب على عدم فسخ هذا العقد الابحكم القاضي أنه اذا مات احد الزوجين بعد البلوغ واختيار الفسخ ولكن قبل تفريق القاضي ورثه الآخر لان اصل العقد صحيح والزوجية قائمة لم تزل لعدم القضاء الذي هو شرط في ازالتها ويترتب عليه ايضا لزوم كل المهر في هذه الحالة اذا مات احد الزوجين لان الزوجية ما دامت قائمة ومات احد الزوجين ولو قبل الدخول يتأكد بها لزوم كل المهر والزوجية هنا قائمة ما دام القاضي لم يفرق بينهما فيتأكد لزوم كل المهر فاذا مات الزوج اخذت المرأة كل المهر من تركته واذا ماتت الزوجة اخذت ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط ما يخصه منه لانه من ضمن الورثة اما اذا مات احد الزوجين بعد حكم القاضي بالفرقة بينهما فان كانت هذه الفرقة بعد الدخول لزم كل المهر ايضاً لان المهر كما يتأكد بموت احد الزوجين يتأكد ايضاً بالدخول وقد حصل وان كانت قبل الدخول فلا يلزم كل المهر لان الزوجية قد انقطعت بحكم القاضي بفسخ العقد فصارا اجنبيين

فاذا اختار أحدهما فسخ العقد ورفع الأمر الى القاضي وحكم بالفرقة ولم يمت أحد الزوجين فللزوجة كل المهر ان كانت الفرقة بعد الدخول وان كانت قبل الدخول فلا يجب المهر ولا شيء منه سواء كان الخيار منه او منها لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ يجعل كانه لم يكن فلا يجب على الزوج شيء

وانما اشترط القضاء في فسخ النكاح بخيار البلوغ لأن في أصله ضعفاً اذ هو مختلف فيه لأن أبا يوسف يقول بعدم ثبوته ولانه لدفع ضررٍ خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوِّج ولذا يشمل المذكَّر والمؤنث لأن قصور الشفقة

موجود بالنسبة اليهما واذا كان الضرر خفيا يتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة

واذا اختار أحدهما فسخ النكاح ورفع الأمر للقاضي وكان الآخر صالحاً للدعوى عليه بأن كان بالغاً عاقلاً أحضره وحكم بالفرقة بعد استيفاء شروط الدعوى وان كان غير صالح بان كان صغيراً أو مجنوناً مثلاً فان كان له اب اوجدٌّ أو وصي من قبلهما أحضره وان لم يكن نصب القاضي وصياً فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على الرضا بالنكاح بعد البلوغ أو تاخيرها طلب الفرقة بعد البلوغ ان كان الزوج هو الصغير فان لم تكن بينة يحلفها الخصم على أنه لم يصدر منها مايدل على الرضا بعد البلوغ فان حلفت يفرق القاضي بينهما بحضرة الخصم بلا انتظار الى بلوغ الصبي ولا افاقة المجنون ومثل الصغير والصغيرة من يلحق بهما فان له الخيار بعد افاقته انظر — مادة (٤٨)

والشخص الذي له الخيار بالبلوغ اما ان يكون مذكراً او انثى والانثى اما ان تكون وقت البلوغ بكراً او ثيباً فان كانت بكراً واختارت فسخ النكاح فلا بد من الاشهاد على ذلك فوراً بأن تحضر شاهدين ان لم يكونا موجودين وتقول لهما بلغت الآن فاشهدا أني فسخت عقد زواجي لفلان الذي باشره أخي أو عمي مثلاً ولكن محل ذلك اذا كانت عالمة بالزواج قبل البلوغ اوعلمت به وقته لأن ثبوت الخيار لها لا يتصور الا اذا كانت عالمة بالزواج فان لم تكن عالمة بالزواج قبل البلوغ ولا وقته يثبت لها الخيار وقت علمها به ولو كان بعد البلوغ

(مادة ٤٨) اذا بلغ الصغير والصغيرة واختارا فسخ النكاح الذي باشره غير الاب والجد لزمهما أن يرفعا الامر الى الحاكم ليفسخ النكاح اذا لم يوجد مسقط للخيار فاذا مات احد الزوجين قبل ان يفسخ الحاكم النكاح يرثه الآخر ويلزم كل المهر للمرأة او لورثتها

فاذا فرضنا ان بنتاً زوّجها أخوها وهي صغيرة ولم تعلم بهذا الزواج الا بعد بلوغها بزمن ولو طويلاً يثبت لها الخيار وقت علمها لأن وقت علمها ينزل منزلة وقت البلوغ لعدم تمكنها من الخيار قبل العلم والولي ينفرد به فعذرت فان لم تختر نفسها وقت البلوغ او وقت العلم بالزواج وتشهد بل سكتت عن اختيار نفسها مختارة بطل خيارها فليس لها ان تختار بعد ذلك فان كان سكوتها قهراً عنها كما اذا هددها أخوها بايقاع أذى بها اذا اختارت نفسها فلا يكون سكوتها رضا بل لها ان تختار نفسها عند زوال هذا الاكراه فان لم تختر نفسها وقت البلوغ وكانت عالمة بالزواج او عند العلم بالزواج بعد البلوغ بل سكتت وبعد ذلك اختارت نفسها وفسخت العقد مدعية انها كانت جاهلة بثبوت هـذا الخيار لها وعند ما علمت اختارت نفسها او ادعت أنها تعلم بثبوته لها ولكن قالت لاأعلم انه يشترط على الفور بل هو ثابت لى متى اردت بطل خيارها بالسكوت ولا يقبل عـذرها بجهلها الخيار او الوقت الذي يثبت لهـا فيه لانها مطالبة بمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل لأن الجهل بالأحكام الشرعية في دار الاسلام لا يعد عذراً الا اذا كان المعتذر قريب عهـد بالاسلام أو نشأ في قرية بعيدة عن العلماء ويلزم كل شخص أن يعرف أحكام شريعته التي هو منتم اليها بلافرق بين المذكر والمؤنث خصوصاً ما يخصه منها وقبيح بالمرء ان ينتسب لدين من الأديان ولا يدري ما فيه من الأحكام — انظر مادة (٤٩)

فان كانت ثيباً وقت البلوغ ولم تختر نفسها بل سكتت ساعـة البلوغ او

(مادة ٤٩) الزوجة التى لها خيار الفسخ بالبلوغ اذا بلغت وهى بكر واختارت فسخ النكاح ينبغي لها ان تبادر باختيار نفسها وتشهد على ذلك فوراً حال البلوغ ان كانت=

ساعة علمها بالزواج ان كانت غير عالمة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت وانما يبطل بالرضا صراحة أو دلالة فالصريح كأن تقول اخترت البقاء مع زوجي الذي زوجنيه أخي أو عمي مثلا أو رضيت بهذا العقد والرضا دلالة كطلب مهرها اذا كان قبل الدخول أو نفقتها أو دخول الزوج بها وهي راضية لا مكرهة ومثل الثيب فيما ذكرناه الغلام فلا يبطل خياره بسكوته وقت بلوغه أو وقت العلم ولو بعد البلوغ وانما يبطل خياره بافصاحه بالرضا أو بوقوع مايدل عليه كدخوله بالزوجة ان بلغ قبل الدخول أو وطئها ان كان بعد الدخول أو دفعه المهر ان كان قبل الدخول

وانما كان السكوت دليلا على الرضا فى حق البكر لا الثيب والغلام لأن البكر تستحي من اظهار الرغبة في الزواج ولكنها لاتستحي من الرد فيكون سكوتها دليلا على مايحول الحياء بينها وبينه والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فلا يكتفي بغيره ومثلها الغلام وهو غير خاف على أحد — انظر مادة (٥٠)

عالمة بالنكاح قبله او عنده أو حال علمها ان لم تكن عالمة به وقت البلوغ فان سكتت عن اختيار نفسها مختارة عالمة باصل النكاح يبطل خيارها بالسكوت ولا يقبل عذرها اذا اعتذرت بجهلها الخيار او الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ومتى اشهدت على اختيارها نفسها ساعة البلوغ او ساعة علمها بالنكاح فلا يضر تأخيرها رفع أمرها الى الحاكم بل تبقى على خيارها وان طال الزمن مالم يوجد منها ما يدل على الرضا

(مادة ٥٠) اذا بلغت الزوجة التي لها الخيار وهي ثيب وسكتت عن اختيار نفسها ساعة البلوغ او ساعة علمها بالنكاح ان كانت غير عالمة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت وانما يبطل بالرضا صراحة او دلالة وكذلك الغلام لا يبطل خياره بسكوته بل بافصاحه بالرضا او بوقوع ما يدل عليه

وكل هذه الاحكام خاصة بالصغير والصغيرة ومن يلحق بهما أما الكبير والكبيرة الحران المكلفان فلهما احكام تخصهما فالحر البالغ العاقل له ان يتزوج بنفسه ولو كان سفيهاً أي مبذراً لماله على خلاف مقتضى الشرع والعقل فلا يشترط في صحة العقد الولى بل عقده صحيح نافذ لازم ولو كانت الزوجة التي تزوجها أقل منه شرفا أو كان المهر الذي دفعه اليها أكثر من مهر مثلها فلا اعتراض لأحد من الأولياء عليه لأن العار لا يلحقهم بهذا العمل وأما الحرة المكلفة فلا بد فيها من التفصيل بالنسبة للولى والمهر والزوج الذي تزوجت به. وبيان ذلك ان الحرة المكلفة إما ان يكون لها ولى أم لا فان كان لها ولى فاما ان يكون عصبة أو غير عصبة ولا يخفى عليك ان الولاية هنا ولاية استحباب لا ولاية اجبار وعلى كل فاما ان تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل أو بكفء والمهر أقل من مهر المثل أو من غير كفء مطلقاً أي سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساويا له أو أكثر فان زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل صح العقد نافذا لازما سواء كان لها ولىٌّ أو لم يكن وسواء كان الولى عصبة أو غير عصبة لانه اذا لم يكن لها ولى فالامر ظاهر وان كان فلا وجه للاعتراض عليها فيما فعلت لأن الاعتراض انما يكون عند لحوق العار لهم بفعلها وفعلها هذا حسن اذ الموضوع ان الزوج كفء والمهر مهر المثل — انظر مادة (٥١)

وان زوجت نفسها بكفء ولكن المهر اقل من مهر المثل فان كان لها

(مادة ٥١) للحر البالغ العاقل التزوّج ولو كان سفيها بلا توسط ولى وللحرة المكلفة أيضا ان تزوّج نفسها بلا ولي بكرا كانت او ثيبا وينفذ نكاحها ويلزم اذا كان الزوج الذي تزوجت به كفؤا لها وكان المهر مهر مثلها

ولىٌّ عاصب ورضي بذلك قبل العقد او بعده صح نافذا لازما أيضاً كما فى الصورة الأولى لأن المهر فى الابتداء حق الولى والمرأة وقد اسقط كل منهما حقه فلا اعتراض عليه وان لم يرض بذلك صح العقد نافذاً غير لازم اذ له الاعتراض على الزوج قائلا له اما ان تتم لها مهر المثل واما ان أرفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد فان تمم الزوج المهر فبها والا فالولي العصبة الامر الثاني وهو رفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد وهذا عند ابى حنيفة. وقال الصاحبان ليس له ذلك لأن مازاد عن العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما اذا ابراته من المهر بعد التسمية فلا اعتراض عليها بالاتفاق . ولأبي حنيفة أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويعيرون بنقصها فاشبه الكفاءة بل هو اولى منها لان ضرره اشد من ضرر عدم الكفاءة لانه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها فيرجع الضرر الى القبيله كلها فكان لهم دفعه بخلاف الابراء بعد التسمية فانه لا يعير به وحاصله ان فى المهر حقوقا ثلاثة احدها حق الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة دراهم او ما يساويها والثاني حق الاولياء وهو ان لا يكون اقل من مهر المثل والثالث حق المرأة وهو كونه ملكاً لها ثم حق الشرع والأولياء مراعي وقت الثبوت فقط فلا حق لهما حالة البقاء

واذا كان لها ولىٌّ غير عاصب او لم يكن لها ولى أصلاً صح العقد نافذاً لازماً أيضاً لأنه اذا لم يكن لها ولىٌّ فالمهر حقها فلها أن تسقط منه ما شاءت وان كان لها ولى غير عاصب فلا يلحقه عار بنقصان المهر فلا يثبت له حق الاعتراض

وان زوّجت نفسها بغير كفءٍ ولو كان المهر اكثر من مهر المثل فان لم يكن لها ولى أصلاً أو كان لها ولى غير عصبة صح العقد بلا اعتراض أحد عليه

لأنه عند عدم الولى تكون الكفاءة حقها فقط وقد أسقطتها فتسقط والولى غير العاصب لا يلحقه العار بتزويجها بغير الكفء مثل ما يلحق العاصب فلا حقّ له في الكفاءة. وان كان لها ولى عاصب فان رضي قبل العقد بتزويجها بغير الكفء صح أيضاً لأن الكفاءة حقهما وقد أسقط كل منهما حقه فيسقط وان لم يرض قبل العقد فلا يصح الزواج أصلاً وان رضى بعده لأن العقد وقع باطلاً والباطل لا تلحقه الاجازة وانما تلحق الصحيح الموقوف

وقال الامام الشافعي والامام مالك لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا لقوله عليه الصلاة والسلام « ايما امرأةٍ نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقوله أيضاً « لا نكاح الا بولى »

ودليلنا انها تصرفت فيما يصير حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج لكن على وجه لا يلحق العار بالاولياء كما تقدم لك وانما يطالب الولى بالتزويج كي لا تنتسب الى الوقاحة ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر اليه والاصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام «الأيّم احق بنفسها من وليها » وهى من لا زوج لها بكراً كانت او ثيباً فان ذلك فيه حقان حقه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها وحقها وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق الا اذا زوجت نفسها بغير رضاه وهذا الحديث متفق عليه والحديثان المتقدمان ضعيفان او مختلف في صحتهما فلا يعارضانه فان كان كل من الكبير والكبيرة رقيقين ثبتت الولاية لمالكهما بالاتفاق —

انظر مادة (٥٢)

ويترتب على كون تزويج الكبيرة المكلفة خالص حقها انها هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها او تأمر من يقوم مقامها في ذلك وحينئذ لا تجبر على النكاح سواء كانت بكراً او ثيباً بل اذا أراد الولى تزويجها فلا بد لنفاذ هذا العقد عليها من استئذانها اى طلب الاذن منها وحصول الرضا منها بذلك وان زوجها بالفعل قبل الاستئذان فلا ينفذ هذا العقد عليها ايضاً الا اذا رضيت به واجازته ولكن الرضا يختلف بحسب البكارة والثيوبة والمستأذن

وبيانه انها ان كانت بكراً فاما ان يكون الذي استأذنها الولىّ القريب او من يقوم مقامه او الولىّ البعيد — فان استأذنها الولى القريب قبل العقد بان كان لها أب وجدٌ والذي استأذنها هو الأب او وكل شخصاً بالنيابة عنه في استئذانها او أرسل شخصاً يستأذنها واخبرها كل منهم بالزوج وبالمهر فرضيت صريحاً بأن قال لها الاب اريد ان أزوجك لفلان بمهر كذا فقالت في محله اونم الزوج الذي اخترته مثلا او لم تصرح ولكن وجد منها ما يدل على الرضا سواء كان تبسما او ضحكا أو بكاء اوغيرهما والمعول عليه في الضحك والبكاء قرائن الأحوال فان الضحك قد يكون سروراً وقد يكون استهزاء والبكاء قد يكون للسخط وقد يكون اسفاً على فرقة الأهل ومما يدل على الرضا في جانب البكر سكوتها عند

(مادة ٥٢) اذا تزوّجت الحرة المكلفة بلا رضا وليها باقل من مهر المثل صح العقد وللولي اذا كان عصبة حق الاعتراض على الزوج حتى يتم مهر المثل ان رضى او يفسخ الحاكم النكاح واذا تزوّجت بغير كفء لها بلا رضا وليها العاصب صراحة قبل العقد فالنكاح غير جائز اصلا ولا ينفع رضا الولي بعد العقد واذا لم يكن لها ولي عاصب وزوجت نفسها من غير كفء اوكان لها ولى ورضى بزواجها بغير الكفء فالنكاح صحيح

الاستئذان مختارة فان كان سكوتها باكراه كما اذا ارادت ان تقول لا اتزوجه فقال لها ابوها ان تكلمت قتلتك مثلاً فسكتت فلا يكون هذا السكوت رضا كان كل هذا توكيلا له بالزواج فله ان يزوجها من الزوج الذي عينه لها بالمهر الذي سماه ايضاً — ويتفرع على كونه توكيلا ان الولى لو استأذنها في رجل معين فقالت يصلح او سكتت ثم لما خرج قالت لا ارضى ولم يعلم الولى بعدم رضاها فزوّجها منه فهو صحيح لان الوكيل لا ينعزل حتى يعلم وهو قد زوجها قبل علمه بالعزل فوقت العقد كان وكيلا فيصح وان زوجها الولى القريب بالفعل ثم اخبرها هو بهذا العقد وبالزوج وبالمهر ايضاً او وكل او ارسل شخصاً ليخبرها او كان شخص حاضر العقد فتوجه اليها وأخبرها بدون وكالة ولا ارسال من الولى القريب وكان هذا الشخص عدلا وهذا هو المسمى بالفضولى فرضيت صريحاً او وجد منها مايدل على الرضا ولو السكوت كان هذا اجازة للعقد الذي حصل. ولو اختلف في السكوت بأن قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فأيهما أقام بينة قبلت فان لم تكن لأحدهما بينة ولم يكن دخل بها فالقول قولها بيمينها لانه يدعي عليها لزوم العقد وملك البضع وهى تنكره والقول للمنكر بيمينه ولا يكون سكوتها عند الاستئذان رضا الا اذا كان الاستئذان كاملاً بأن يسمى لها الزوج على وجه تقع لها به المعرفة ويسمى لها المهر اما الأول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيه او رغبتها عنه فلو قال ازوجك من رجل فسكتت لا يكون اذناً فلو سمي فلاناً أو فلاناً فسكتت فله ان يزوجها من ايهما شاء وهذا كله اذا لم تفوّض الامر اليه اما اذا قالت له انا راضية بما تفعله انت بعد قوله ان اقواما يخطبونك او قالت زوجني ممن تختاره ونحوه فهو اذن صحيح فله ان

يزوجها ممن شاء ولكن ليس له بهذه المقالة أن يزوجها لرجل ردت نكاحه اوّلا لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة مطلقة فانه ليس للوكيل ان يزوجه مطلقته اذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل واعلمه بطلاقها - واما الثانى وهو تسمية المهر ففيه ثلاثة أقوال مصححة الاول انه لا تشترط تسميته في الاستئذان لان للنكاح صحة بدونه وصححه في الهداية الثاني يشترط تسميته لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة وقال في فتح القدير انه الاوجه الثالث ان كان المزوج ابا او جداً فلا يشترط ذكر المهر عند الاستئذان وان كان غيرهما يشترط — والظاهر هو الثانى

وان كان الذي استأذنها هو الولى البعيد بأن كان لها أخ شقيق واخ لأب فاستأذنها الاخ لاب وعين لها الزوج والمهر او استأذنها أجنبي فلا بد من افصاحها بالرضا او بوقوع مايدل عليه منها كطلبها المهر مثلا ولا يعدّ سكوتها في هذه الحالة رضا لان هذا السكوت قد يكون لقلة الالتفات الى كلامه اذ هناك من هو اولى منه فلم يقع دلالة على الرضا لأنه يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولى ولا فى حق ولى غيره احق منه لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأذن رسول الولى القريب لانه قائم مقامه — انظر مادة (٥٣)

(مادة ٥٣) لا تجبر الحرة البالغة على النكاح بكرا كانت او ثيبا بل لا بد من استئذانها واستئمارها فان كانت بكراً واستأذنها الولى القريب او وكيله او رسوله قبل تزويجها او زوجها الولي واخبرها هو او وكيله او رسوله اوفضولي عدل وعلمت بالزوج وبالمهر فسكتت عن رده مختارة لا مكرهة أو تبسمت اوضحكت غير مستهزئة أو بكت بلا صوت فذلك اذن في صورة استئذانها قبل العقد واجازة بعده وان استأذنها غير القريب =

وان كانت ثيباً فلا يكتفى منها بالسكوت او الضحك او التبسم سواء كان المستأذن او المخبر هو الولى القريب او البعيد بل لابد ان تعرب عن نفسها مفصحة برضاها او يقع منها ما يدل عليه وانما كان السكوت دليلا على الرضا بالنسبة للبكر لا للثيب لقوله عليه الصلاة والسلام «البكر تستأمر فى نفسها فان سكتت فقد رضيت والثيب تشاور» والمشاورة من باب المفاعلة وهى تقتضى الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب او لان المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان السكوت صار رضا بالنسبة للبكر لتوفر الحياء لان لها عند الاستئمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق فى حقها او وجود ما يدل على الرضا غير السكوت — فقد علم من هـذا ان البكر والثيب العاقلتين البالغتين لا بد من استئذانهما لنفاذ العقد وان الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت واحسنت واصبت او يبارك الله لك او لنا ونحوها وتارة يكون بالدلالة كطلب مهرها او نفقتها او تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك بالسرور من غير استهزاء فلا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وأن رضاها قد يكون صراحة وقد يكون دلالة غير ان سكوت البكر رضاً دلالة لحيائها دون الثيب لان حياءها قد

من الاولياء وعين لها الزوج والمهر فسكتت أو تبسمت أو ضحكت او بكت فلا يعدّ ذلك منها رضا بل لا بد من الافصاح بالرضا أو من وقوع ما يدل عليه منها

قل بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا

وقال الامام الشافعي يجبر الاب والجدُّ البالغةَ اذا كانت بكراً على النكاح مثل الصغيرة والجامع بينهما عنده الجهالة بأمر النكاح لعدم التجربة ولكونها جاهلة بأمر النكاح يملك الأب قبض صداقها بغير أمرها وللحنفية - انها حرة عاقلة بالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقياسها على الصغيرة قياس مع الفارق لان الولاية انما ثبتت على الصغيرة لقصور عقلها فلا يمكنها ان تنظر في شؤن نفسها بما هو صالح لها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيراً جاز لقصور العقل وان كان بالغاً فلا يجوز وصار كالتصرف فى مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه بالاتفاق فكذا ما نحن فيه وانما يملك الاب قبض صداقها برضاها دلالة لان الظاهر ان البكر تستحي من قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ليبعث بها الى زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لو نهته عن قبضه فلا يملكه لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها — انظر مادة (٥٤)

وما دامت الجلدة الرقيقة موجودة في المحل المعلوم فهى بكر تسري عليها احكام الابكار بالنسبة للزواج وغيره فان زالت هذه الجلدة الرقيقة التي يسمونها عذرة فان كان زوالها بتعنيس وهو طول المكث من غير تزويج او بوثبة اى نطة وهي الوثوب من فوق او بحيضة بان نزل عليها دم الحيض

(مادة ٥٤) البالغ الثيب اذا استأذنها الولي بعيداً كان او قريباً فسكتت فلا يكون سكوتها رضا بل لا بد ان تعرب عن نفسها مفصحة برضاها أو يقع منها مايدل عليه

بكثرة فازال عذرتها او بجراحة في المحل المعلوم لداع من الدواعي فهي بكر حقيقة وحكما اذ البكر هى التي يكون مصيبها اول مصيب وهـذه كذلك مشتق من الباكورة وهى اول الثمار او من البكرة وهي اول النهار ورد هـذا بان زائلة العذرة بالوثبة لو كانت بكراً حقيقة لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائلة العذرة مع أن له ان يردها واجيب بان الرد هنا باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر حقيقة ولان النطق سقط بالحياء وهـو موجود ههنا لانها تستحي لعدم الممارسة ومثل من زالت بكارتها بهذه العوارض المرأة التي فرق بينها وبـين زوجها بعنّة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنينا ورفعت امرها الى القاضي وفرق بينهما بعد اجراء ما يلزم اعتبرت بكراً لما تقدم وكذلك المرأة التي تزوجت برجل وفسخ العقد بينهما قبل الدخول او طلقها اومات عنها قبـل الدخول ايضاً ولو كان بعد الخـلوة الصحيحة فكل هؤلاء ابكار حقيقة وحكما حتى لو قال رجل اوصيت لابكار بني فلان بثلث مالي استحق جميع من ذكر لانهن ابكار حقيقة والزائل انما هو العذرة لا البكارة واما اذا زالت عذرتها بالزنا فقال الامام الشافعي وابو يوسف ومحمد انها ثيب حقيقة ولهذا لو اوصى لابكار بني فلان لا تدخل في الوصية ولثيبات بني فلان تدخل فيها وتستحق ويردها المشترى الشارط بكارتها فهى ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثابة للبيت الذي يعود النـاس اليه فى كل عام والتثويب العود الى الاعلام مرة بعد اخرى فجروا على هذا الاصل في تزويجها وقالوا لا بد من القول ولا يكتفي بسكوتها لانها ثيب وخرج الامام عن هذا الاصل فقال ان اشتهر حالها بان

خرجت واقيم عليها الحد او صار الزنا عادة لها بان تكرر فلا بد من القول فان لم تحد اولم يتكرر فهي بكر حكما لان الناس عرفوها بكراً والشرع جعل السكوت رضا لعلة الحياء واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لمعرفة الناس لها بالبكارة فيعيبونها بالنطق فتستحي فتمتنع من النطق فكانت العلة موجودة فيكتفي بسكوتها كي لا تتعطل مصالحها واتفقوا على انه لو زالت بكارتها بوطء بشبهة كما اذا زُفَّت امرأة لرجل وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين الحال بعد ذلك فرق بينهما او بنكاح فاسد تكون ثيباً حقيقة فلا يكون سكوتها اذناً بل لا بد من النطق او ما يدل على الرضا غير السكوت لعدم الحياء هنا ولان الشرع اظهر هذا الوطء حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر وثبوت النسب — انظر مادة (٥٥)

وقد علمت مما تقدم ان الغرض من الزواج التناسل وهذا لا يكون الا بالوطء فاذا كانت الزوجة مطيقة سلمت الى الزوج عند طلبه فان كانت صغيرة لا تطيق الوطء وطلبها الزوج فلا يجبر وليها على تسليمها له سواء كان أباً او غيره ومع ذلك فله طلب ما استحق من مهرها من الزوج لانه وجب بالعقد فان اتفقا على انها لا تطيق الوطء فيها وان اختلفا بان قال الزوج انها تطيقه وانكر الاب ذلك فلا بد من حكم بينهما وهو القاضي وحينئذ يعين القاضي من يثق بهن من النساء ويأمرهن بالكشف عليها ويأخذ بما يقلن

(مادة ٥٥) من زالت بكارتها بعارض او تعنيس فهي بكر حقيقة كمن فرق بينها وبين زوجها بمنة أو فسخ او طلاق او موت بعد خلوة قبل وطء ومن زالت بكارتها بزنا فهي بكر حكما مالم يتكرر منها أوتحد فان تكرر منها أو لم يتكرر وحدت فهي ثيب كالموطوأة بشبهه او بنكاح فاسد

فان وافقن الولي فلا يأمره بتسليمها وان وافقن الزوج امر الولي بالتسليم ولا يعتبر السن لانه من الجائز ان تكون بنت تسع تطيق الوطء لسلامة بنيتها من كل الامراض واخري في هذا السن وهى نحيفة لا تطيقه — انظر مادة (٥٦)

الباب الخامس

﴿ في الوكالة بالنكاح ﴾

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولى ينفذ على المولى عليه ناسب ان تذكر الوكالة بالنكاح عقب الولي والتوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه فيؤخذ من هذا التعريف ان كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات له ان يتولاه بنفسه وله ان يوكل غيره فيه وكل شخص لا يملك تصرفاً ليس له ان يوكل غيره فيه لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فاذا كانت الاولى غير موجودة فلا يتأتى وجود الثانية ويترتب على هذا ان الشخص متى كان عاقلا بالغاً سواء كان مذكراً او انثى يجوز له ان يوكل غيره بتزويجه لان له ان يتولاه بنفسه وكذلك الولى سواء كان اباً او جداً او غيرهما فان له ان يوكل

(مادة ٥٦) لا تسلم الزوجة الصغيرة للزوج حتى تطيق الوطء ولا يجبر الاب على تسليمها وله طلب ما استحق من مهرها من الزوج فان زعم الزوج انها تطيقه وانكر الاب ذلك فعلى الحاكم ان يأمر من يثق بهن من النساء بالكشف عليها فان قلن بصلاحيتها للرجال يأمر أباها بتسليمها والا فلا ولا عبرة بالسن

غيره بتزويج من له الولاية عليه سواء كان صغيراً او ملحقاً به لان له ان يتولى العقد بنفسه — وان الشخص متى كان صغيراً او ملحقا به فلا يجوز له ان يوكل غيره بتزويجه لانه ليس له ان يزوج نفسه فلا يوكل غيره اذ الولايه المتعدية فرع عن الولاية القاصرة وهذه غير موجودة فلا يتأتي وجود الثانية — انظر مادة (٥٧)

ولا يشترط ان يكون التوكيل بالكتابة بل يصح ان يكون كتابة وان يكون مشافهة ولا يشترط لصحة التوكيل الاشهاد عليه فاذا وكل شخص غيره فى التزويج او فى غيره ولم يشهدا على هذا التوكيل ففعل الوكيل الموكل فيه جاز على الموكل وانما يستحب الاشهاد عليه خوفاً من جحود التوكيل فيحصل النزاع فاذا كانت هناك شهود أمكن المدعى اثبات التوكيل بها بخلاف ما اذا لم يشهدا فانه لا يتأتى اثبات التوكيل بالبينة — انظر مادة (٥٨)

ولا يجوز للوكيل بالزواج ان يوكل غيره بل هو الذي يتولى العقد بنفسه سواء كان الموكل له هو الزوج او الزوجة لان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره فليس له ان يقيم غيره مقامه حتى اذا وجد من الموكل رضا بغير رأي الوكيل جاز للوكيل ان يوكل سواء كان هذا الرضا صراحة او دلالة فالصريح كما اذا قال رجل لآخر وكلتك في ان تزوجنى فلانة ولك ان توكل فلانا او لك ان

(مادة ٥٧) يجوز للزوج والزوجة أن يتوليا عقد نكاحهما بانفسهما وان يوكلا به من شاآ اذا كانا حرين عاقلين بالغين وللولي ابا كان أو غيره أن يوكل بنكاح من له الولاية عليهم من الصغار ومن يلحق بهم

(مادة ٥٨) يصح التوكيل بالنكاح شفاها وبالكتابة ولا يشترط الاشهاد عليه لصحته بل لخشية الجحود والنزاع

توكل من شئت ففي الحالة الأولى ليس له ان يوكل غير فلان المعين لعدم رضاه برأي غيره وفي الحالة الثانية له ان يوكل من شاء لتفويض الامر الى مشيئته فكل شخص وكله فقد شاء توكيله فيصح والدلالة كأن يقول له وكلتك في ان تزوجني فلانة وفوضت الامر الى رأيك في كل ماتفعله فتوكيله غيره في هذه الحالة صحيح ايضاً لانه من ضمن افعاله التي رضي بها الموكل فيصح — انظر مادة (٥٩)

فاذا ولى الوكيل عقد الزواج فقد انتهت مأموريته فلا يطالب بالحقوق المترتبة عليه لانه سفير ومعبر فقط بخلاف الوكيل في البيع فان كان وكيلا من جهة البائع يطالب بتسليم المبيع وان كان من جهة المشترى يطالب بالثمن ومثلهما جميع الحقوق المترتبة على عقد البيع كما يأتى لك في محله

وحينئذ فلا يطالب الزوج الوكيل بتسليمه الزوجة ولا تطالب الزوجة الوكيل بمهرها بمجرد هذا العقد فان حصل مايوجب مطالبته بالمهر غير العقد طولب به فان التزم الوكيل للزوجة او لوليها بدفع المهر سواء كان هذا الالتزام في العقد او بعده وجب عليه اداؤه لكن وجوب هذا الاداء لم يكن بالعقد بل بالضمان فان دفع الوكيل المهر واراد ان يأخذه من الزوج فان اعطاه من غير نزاع فبها وان تأخر عن الدفع اليه فان أذنه باعطائه للزوجة اجبر على الدفع للوكيل لان الوكيل فى هذه الحالة صار قاضياً دينه باذنه فلا يكون متبرعا وان كان الزوج لم يأذن له بالاعطاء فلا يجبر على دفعه لانه والحالة هذه يكون متبرعا

(مادة ٥٩) لا يجوز للوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا اذن موكله او موكلته او بلا تفويض الامر الى رأيه

حيث دفع الدين بلا اذن المَدِين — انظر مادة [٦٠]

فان ولى الوكيل العقد الذي وكل فيه وكان موافقاً لكل ما امره به الموكل لزمه وليس له ان يردّه اصلا فاذا وكل رجل رجلا آخر في ان يزوجه بنت فلان الفلانية بمائة جنيه مثلا فزوجها له بهذا المبلغ لزمه هذا العقد وليس له نقضه فان خالف بأن زوجه غير المسماة او زوج المسماة له بمائة وخمسين جنيهاً مثلا فلا ينفذ هذا العقد بل يكون موقوفا على مشيئة الموكل فان لم يرض به ابطله وان رضي اجازه وسيأتي لك ايضاح بما لا مزيد عليه ان شاء الله تعالى لهذا المقام في مادة ١٤٠ وما بعدها — انظر مادة [٦١]

الباب السادس

﴿ في الكفاءة ﴾

الكفء في اللغة النظير يقال كافأه أي ساواه ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم» وانما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والالفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة الا بين الاكفاء

(مادة ٦٠) لا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها الا اذا ضمنه لها فان ضمنه وجب عليه أداؤه وليس له الرجوع به على الزوج الا اذا كان الضمان باذنه

(مادة ٦١) يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به فان خالف فلا ينفذ عليه النكاح الا اذا اجازه

ولانهم يتعيرون بعدم الكفاءة فيتضرر الاولياء به. والكفاءة تعتبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة المرأة

والكفاءة حق الولى وحق المرأة فلو اسقط كل منهما حقه فالامر ظاهر ولو اسقط واحد منهما حقه بقي حق الآخر ويترتب على كون الكفاءة حقهما انه اذا تزوجت المكلفة بغير كفء برضا وليها العاصب قبل العقد صح لان كلا منهما اسقط حقه في الكفاءة فيسقط ولو زوجت نفسها من غير كفء بلا رضاه لم يصح العقد لانها وان اسقطت حقها فحقه باق ولو كانت الكفاءة حقها وحدها لصح هذا العقد. ولو زوج الاب او الجد وكل منهما معروف قبل العقد بسوء الاختيار او غيرهما من الاولياء موليته بغير كفء لم يصح هذا العقد ايضاً لان الولى وان اسقط حقه في الكفاءة الا ان حقها باق ولو كانت الكفاءة حق الولي وحده لصح هذا العقد — واعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده فاذا كان الرجل وقت التزوج كفؤا للمرأة التي تزوجها ثم زالت الكفاءة بأى سبب من الاسباب الآتية فلا يفسخ العقد بانعدام الكفاءة لانها من الشروط التي يلزم وجودها فى اول الامر ولا يشترط استمرارها لما يترتب على اشتراط الاستمرار من الحرج لان بقاء الشخص على حالة واحدة نادر فيلزم على اعتبار استمرارها فسخ عقود كثيرة ولا يخفى مافيه من الضرر — انظر مادة[٦٢]

(مادة ٦٢) تعتبر الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة فيجوز ان تكون ادنى منه في الشروط المذكورة في المادة الآتية والكفاءة حق الولي وحق المرأة واعتبارها عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده

وقد علمت مما تقدم انه اذازوجت المكلفة نفسها بلارضا وليها العاصب قبل العقد او زوج الصغيرة غيرُ الاب والجد من الاولياء او زوَّجها الابُ او الجـد وهو مشهور بسوء الاختيار قبل العقد يشترط لصحة النكاح ان يكون الزوج كفؤًا للمرأة فان كان غير كفء فلايصح العقد.والكفاءة معتبرة فى ستة أشياء وهي النسب ان كانا عربيين أصـلا والاسلام والحرية والمال والديانة والحرفة سواء كانا عربيين او غيرعربيين وقد نظم بعضهم هذه الاشياء الستة تسهيلا لحفظها فقال :

ان الكفاءة فى النكاح تكون فى ست لها بيت بديع قد ضبط
نسب واسـلام كذلك حرفة حـرية وديانة مال فقط

وانما اعتبرت فى هذه الاشياء لان التفاخر يقع بها فيما بين الناس فلا بد من اعتبارها فالنسب معروف والعربي عند الفقهاء هومن يعرف اتصال نسبه الى قبيلة من القبائل والعجميُّ بخلافه فقريش بعضهم اكفاء لبعض فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش.وعن محمد الا ان يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة وكأنه قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة ويدل على عدم اعتبار التفاضل بين قريش ان النبي عليه الصلاة والسلام زوج بنته من عثمان وهو عدوى لاهاشمي وزوج علىّ كرم الله وجهه بنته ام كلثوم من عمر وهو عدَوي لاهاشمي وهي هاشمية ويجمعهما قريش وكذا العرب غير قريش بعضهم اكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب اكفاء لقريش.والعجم ليسوا بكفءٍ للعرب والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام«قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل » وانما قال في

الموالى رجل برجل لانهم ضيعوا أنسابهم فلا يفتخرون بها لجهلها عندهم وانما يفتخرون بالاسلام والحرية والحرفة .. الخ وانما سمى العجم موالى لان بلادهم فتحت عنوة بايدي العرب وكان للعرب استرقاقهم فاذا تركوهم فكأنهم اعتقوهم والموالي هم المعتقون . وافضل الناس نسباً بنو هاشم ثم قريش ثم سائر العرب لما روى عنه عليه الصلاة والسلام « ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشاً واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر »

والقُرَشيان من جمعها أبٌ هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينسب الا لأب فوقه فهو عربي غير قرشي والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي عليه الصلاة والسلام فانه سيدنا محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مَنَاف بن قُصَي بن كِلاب بن مُرَّة بن كَعْب بن لُؤَيّ بن غالب بن فِهْر بن مالك ابن النَّضْر بن كِنانَةَ بن خُزَيمة بن مُدْرِكة بن إلياس بن مُضَرَ بن نِزَار بن مَعَدّ ابن عدنان. واقتصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان

والخلفاء الاربعة رضى الله تعالى عنهم كلهم من قريش لانتسابهم الى النضر فمن دونه وليس فيهم هاشمي الا على كرم الله وجهه فان الجد الاول للنبي صلى الله تعالى عليه وسلم جده فانه على بن ابى طالب بن عبد المطلب فهو من اولاد هاشم — واما ابو بكر الصديق رضى الله تعالى عنه فانه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السادس وهو مُرَّة فانه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة . واما عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فانه يجتمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجد السابع وهو كعب فانه عمر بن الخطاب بن نُفَيل بن عبد العُزَّي بن رِيَاح بن عبد الله بن قُرْط

ابن رَزاح بن عدى بن كعب ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان

واما عثمان رضي الله تعالى عنه فيجتمع مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى الجد الثالث وهو عبد مناف فانه عثمان بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف — انظر مادة (٦٣)

وإسلام الاصول معتبر في العجم واما في العرب فهو غير معتبر فمن لا أب له فى الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن لها آباء فى الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفؤاً لنسب آخر واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ففاخرتهم بالاسلام فمن كان له ابٌ فى الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يعده كفؤا وحينئذ لا يكون من اسلم بنفسه من العجم كفؤاً لمن لها اب في الاسلام ومن له اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن لها ابوان فيه أما من له ابوان فى الاسلام فكفء لمن لها آباء فيه لان اصل التعريف بالاب وتمامه بالجد فلا يشترط اكثر من ذلك فتبين من هذا ان الاسلام معتبر في حق العرب بالنسبة الى الزوج وحده لا الى ابيه وجده وفى حق العجم بالنسبة للزوج وابيه وجده

والحرية نظير الاسلام فيما ذكرنا بالنسبة للعجم واما بالنسبة للعرب فهي

(مادة ٦٣) اذا زوجت الحرة المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد أو زوّج الصغيرة غير الاب والجد من الاولياء او زوّجها الاب أو الجدوهو ماجن سيء الاختيار مشهور بذلك قبل العقد يشترط لصحة النكاح ان يكون الزوج كفؤا للمرأة نسبا ان كانا عربيين اصلا واسلاما ومالا وصلاحا وحرفة سواء كانا عربيين او غير عربيين فان كان الزوج غير كفء للمرأة في شرط من الشروط المذكورة فالنكاح غير صحيح في الصور المتقدمة

لازمة لهم لانه لا يجوز استرقاقهم ولا يبعد ان يكون من اسلم بنفسه كفؤاً لمن اعتق بنفسه ولا يكون معتق الوضيع كفؤا لمعتقة الشريف — انظر مادة(٦٤)

فالعجمي لا يكون كفؤاً للعربية ولو كان ذا جاه بان كان سلطاناً او عالماً وقال البعض ان كان الحسب والجاه آتيين من جهه السلطة فلا يكون كفؤاً لها وان من جهة العلم كان كفؤاً لان شرف العلم فوق شرف النسب ولذا قيل ان عائشة افضل من فاطمة رضي الله تعالى عنهما لكثرة علمها وفوق شرف المال ايضاً ولذا يكون العالم الفقير كفؤاً لبنت الغني الجاهل — انظر مادة(٦٥)

وأما الكفاءة في المال فقال بعضهم لا بد من التساوي فيه وعلى هذا لو تزوج رجل ثروته خمسة آلاف درهم بامرأة لها عشرة آلاف ولها اخ لا يرضى بذلك فله حق الاعتراض لان الكفاءة غير موجودة من جهة الزوج فالفائقة فى اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وهو المعول عليه وحينئذ يكون معنى الكفاءة في المال ان يكون الزوج مالكاً للمهر والنفقة حتى ان من لا يملكهما اولا يملك احدهما لا يكون كفؤاً لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه فلا بد منها ايضاً والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل

(مادة ٦٤) يعتبر الاسلام بالنظر للزوج وأبيه وجده لا غير فمسلم بنفسه ليس كفؤا لمسلمة أبوها مسلم ومن له أب واحد مسلم ليس كفؤا لمن لها ابوان مسلمان ومن له ابوان في الاسلام كفء لمن لها آباء

(مادة ٦٥) شرف العلم فوق شرف النسب فغير العربي العالم كفء للعربية ولو كانت قرشية والعالم الفقير كفء لبنت الغني الجاهل

عرفاً والمراد بملكه النفقة ان يكون مالكاً لنفقة شهر إن كان غير محترف او يتكسب كل يوم ما يكفيه ان كان محترفاً ومتى وجد هذان الامران عند الزوج فهو كفء ولو كانت المرأة ذات اموال جسيمة وثروة عظيمة — ويعدّ الزوج قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهر عن الاولاد ولا يتحملون النفقة الدائرة فلو كانت العادة انهم يتحملونها عنهم ايضاً عد قادراً بذلك — انظر مادة (٦٦)

واما الديانة فالغرض منها التقوى والزهد والصلاح واعتبار التقوى في الكفاءة قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو الصحيح لانها من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه فلما كان النسب معتبراً كانت الديانة اولى — وقال محمد لا تعتبر لانها من الامور الاخرى فلا تبنى احكام الدنيا عليها الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الي الاسواق سكران ويلعب به الصبيان فلا يكون الفاسق كفؤاً لصالحة بنت صالح سواء كان معلناً بالفسق ام لا وانما يكون كفؤاً لفاسقة بنت فاسق او فاسقة بنت صالح — انظر مادة (٦٧)

واما الحرفة فعند ابي حنيفة ان الكفاءة لا تعتبر فيها اصلا لانها ليست

(مادة ٦٦) لاعبرة بكثرة المال في النكاح فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله ونفقة شهر ان كان غير محترف او قدر على كفاية المرأة بتكسبه كل يوم ان كان محترفا فهو كفء لها ولو كانت ذات اموال جسيمة وثروة عظيمة

(مادة ٦٧) لا يكون الفاسق كفؤا لصالحة بنت صالح وانما يكون كفؤا لفاسقة بنت فاسق او بنت صالح

بلازمة ويمكن التحول الى انفس منها وعن ابي يوسف مثله إلا ان تفحش كالحائك والحجام والدباغ والكناس ولكن المعول عليه اعتبارها لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وهي وان امكن تركها يبقى عارها وحينئذ يكون المدار فيها على التفاخر والتعير ولذلك كانت معتبرة في العجم لان افتخارهم بها لا بالنسب بخلاف العرب فان افتخارهم به لا بها الا اذا كان العربي محترفا بنفسه بحرفة دنيئة فانها تعتبر فصاحب الحرفة الدنيئة لايكون كفؤا لبنت صاحب الحرفة الشريفة ولا يمكن في هذا المقام حصر الحرف وبيان الشريفة والخسيسة لكثرتها وتشعبها

فان اتفقت الحرف فالامر ظاهر وان اختلفت ولكنها متقاربة كالحائك والحجام فلا يعتبر التفاوت وتثبت الكفاءة فالحائك يكون كفؤا للدباغ والدباغ يكون كفؤا للكناس والصفار يكون كفؤا للحداد وهؤلاء ليسوا كفؤا لبنت العطار والجوهري والعطار يكون كفؤا للبزاز وحينئذ فيترك الحكم فيها الى العرف لان بعض البلاد يعد بعض الحرف شريفة في حالة عد البعض لها دنيئة فكل بحسب عرفه.

والعرف فى الشرع له اعتبار * لذا عليه الحكم قد يدار

واقتصارهم على الاشياء الستة المتقدمة يفيد انه لا يعتبر غيرها في الكفاءة فلا عبرة بالجمال ولا العقل فالمجنون كفء للعاقلة وفيه خلاف بين المشايخ ولا عبرة بالبلد ايضاً فالقروي كفء للمدني وعلى هذا يكون التاجر في القرى كفؤاً لبنت التاجر في مصر للتقارب ولا بالسن ايضاً فاذا زوج اخته الصغيرة لرجل طاعن في السن صح العقد وهكذا . ومع كل ما تقدم فالاحسن للاولياء

ان يراعوا الاشياء المتناسبة بين الزوجين كي تحصل الالفة والمحبة بينهما بخلاف ما اذا لم تراع فينجم من الضرر ما لا تحمد عقباه — انظر ماده(٦٨)

ومما يترتب على كون الكفاءة حق الولى وحق المرأة انه لو زوجت امرأة نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم انه كفء اوغير كفء ثم تبين انه غير كفء فلا خيار لها لانها اسقطت حقها في الكفاءة بعدم البحث والاشتراط ولكن الاولياء لم يحصل منهم ذلك فلهم الخيار او يكون العقد لاغياً على حسب الروايتين في مثل هذه المسئلة — وكذلك الاولياء لو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ولم يشترطوها ولم يخبرهم الزوج بها فليس لهم خيار الفسخ ولا لها أما اذا اشترطوا او اخبرهم الزوج بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر انه غير كفء كان لهم الخيار لانه اذا لم يشترطوا الكفاءة ولم يخبرهم الزوج بها كان الرضا بعدم الكفاءة من الولى ومنها ثابتاً من وجه دون وجه لان حال الزوج محتمل بين ان يكون كفؤاً وان لا يكون والنص انما اثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه ولانه عند عدم الاشتراط يكون التقصير حاصلا منهم جميعاً بترك البحث مع امكانه فكانهم راضون به على كل حال فلا يثبت لهم حق الفسخ بخلاف ما اذا اشترطو فلا يثبت رضاهم الا اذا كان كفؤاً فان ظهر غير كفء ثبت لهم حق الفسخ

(مادة ٦٨) تعتبر الكفاءة حرفة في غير العرب وفيمن يحترف بنفسه من العرب فاذا تقاربت الحرف فلا يعتبر التفاوت فيها وتثبت الكفاءة واذا تباعدت فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفؤا لبنت صاحب الحرفة الشريفة والعبرة في ذلك بعرف اهل البلد في شرف الحرف وخستها

ولو اخبرها الزوج بنسب غير نسبه فظهر انه دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ ثابت للكل وان كان كفؤا فحق الفسخ ثابت لها لا للاولياء وان كان ماظهر فوق ما اخبربه فلا فسخ لاحد وعن ابي يوسف ان لها الفسخ لانها عسى أن تعجز عن القيام معه واذا تزوجها على انه فلان بن فلان فاذا هو اخوه اوعمه فلها الخيار وهذا فى غاية الظهور — انظر مادة [٦٩]

الباب السابع

﴿ في المهر ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهرا وما لا يصلح ﴾

المهر هو المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد وله اسماء المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر

والعقد يصح وان لم يسم فيه مهر أو نفى بان تزوجها بشرط ان لا مهر لها لان النكاح لغة عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين — وهو واجب شرعا

(مادة ٦٩) اذا زوّج الولى موليته الكبيرة برضاها جاهلا قبل العقد كفاءة الزوج لها ثم علم بعده أنه غير كفء لها فليس له خيار فسخ النكاح ولا لها مالم يكن اشترط الكفاءة على الزوج او أخبره الزوج انه كفء فاذا هو غير كفء فلها ولوليها الخيار في الصورتين

لاظهار شرف المحل لا لصحة النكاح والدليل على ان عقد الزواج يصح وان لم يسم مهر في العقد قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة) حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح واقل المهر شرعاً عشرة دراهم فضة وتكون هذه العشرة وزن سبعة مثاقيل سواء كانت مضروبة او غير مضروبة لقوله عليه الصلاة والسلام « لا مهر اقل من عشرة دراهم » وعن سيدنا علي كرم الله وجهه اقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم ولانه حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى (قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم) وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدّر بماله شأن وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلأن تملك به منافع البضع من باب اولى ولا يشترط أن تكون الدراهم مسكوكة فلو سمي عشرة تبراً او عرضاً قيمته عشرة تبراً لا مضروبة صح

وقال الامام مالك اقل المهر ربع دينار وقال الامام الشافعي والامام احمد ما يجوز ان يكون ثمناً في البيع يجوز تسميته مهراً لان المهر حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجاناً فيكون التقدير اليها — ولنا ماتقدم وكل ما استدلوا به كقوله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتماً من حديد » محمول على المعجل حتى يمكن الجمع بين كل الروايات — والمعتبر في هذه الدراهم العشرة ان تكون وزن سبعة مثاقيل لا عشرة او ستة او خمسة وذلك ان الدراهم المستعملة في زمن سيدنا عمر كانت على ثلاثة انواع النوع الاول عشرة دراهم وزن عشرة مثاقيل الثاني عشرة دراهم وزن ستة مثاقيل الثالث عشرة دراهم وزن خمسة مثاقيل

فاراد ارباب الاموال اخراج زكاتها على حسب النوع الثالث وعمال بيت المال ارادوا الاخذ حسب الاول فرفع الامر الى سيدنا عمر فجمع الانواع الثلاثة واخذ ثلثها وهو سبعة فصار المعول عليه من ذلك الوقت عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل في كل المقدّرات الشرعية ولا يقبل من الزوجين تسمية اقل من هذا المقدار فان سميا اقل منها كملت العشرة مراعاة لحق الشرع وان سميا أكثر منها فلا يعارضهما احد اذ للزوج ان يسمي لزوجته ما شاء على حسب قدرته واتفاقهما — انظر مادة (٧٠)

ولا يشترط ان يكون المهر من الذهب او الفضة بل ما كان مقوما بمال يصلح تسميته مهراً سواء كان هذا الشيء من العقار كقطعة من الارض او بيت او من العروض كقطعة من الحرير او الصوف مثلا او من المجوهرات كخاتم من الماس اومن الانعام كجمل او حصان او المكيلات كعشرين اردبا من الحنطة او من الموزونات كخمسة قناطير من القطن او منافع الاعيان التي يستحق المال في مقابلتها كما اذا اعطاها عربة لتركبها مدة معينة او بيتاً لتؤجره وتأخذ الاجرة — ويصح ايضاً ان يكون المهر ديناً فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية لان الدين مال فان شاءت اخذته من الزوج وان شاءت ممن عليه الدين فظهر من هذا انه ليس الغرض عشرة دراهم بل هي او ما يقوم مقامها بان تكون قيمته مساوية لها واختلف في وقت القيمة هل هو وقت

(مادة ٧٠) أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو غير مضروبة ولاحد لاكثره بل للزوج ان يسمى لزوجته مهرا اكثر من ذلك على حسب ميسرته

العقد او وقت القبض والظاهر الاول فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة وصارت يوم التسليم ثمانية فليس لها غيره ولو كان على عكسه فلها العرض المسمى ودرهمان ولا فرق فى ذلك بين الملبوس والمكيل والموزون لان ماجعل مهراً لم يتغير في نفسه وانما التغير فى رغبات الناس

ولو تزوجها على ثوب وقيمته يوم العقد عشرة فقبضته وقيمته عشرون وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مستهلك ردت اليه عشرة لانه انما دخل فى ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض فيعتبر يومُ العقد فى حق التسمية ويومُ القبض فى حق دخوله في ضمانها — انظر مادة (٧١)

وكل ما ليس مقوماً بمال في ذاته أو فى حق المسلم لا يصح تسميته مهراً فالاول كالدم المسفوح ولحم الميتة التي ماتت حتف انفها والثاني كالخمر والخنزير فان كلا منهما ليس بمال في حق المسلم وان كان ما لا فى حق غيره فان سمى شيئاً مما ذكر فلا تؤثر تسميته على العقد بل هو صحيح والتسمية فاسدة فيجب على الزوج مهر المثل — انظر مادة (٧٢)

ويصح تعجيل المهر كله وتأجيلُه كله الى اجل سواء كان الاجل قريباً كعشرة ايام او عشرين يوماً او بعيداً كشهر وسنة او اكثر وكما انه يصح تعجيل الكل وتأجيل الكل يجوز تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب اتفاق الزوجين ان كان هناك اتفاق على ذلك فان لم يكن يتبع عرف البلد الذى وقع

(مادة ٧١) كل ما كان مقوماً بمال من العقارات والعروض والمجوهرات والانعام والمكيلات والموزونات ومنافع الاعيان التى يستحق بمقابلتها المال يصلح تسميته مهرا

(مادة ٧٢) كل ما ليس مقوما بمال في ذاته أو في حق المسلم لا يصلح تسميته مهرا وان سمى فالعقد صحيح والتسمية فاسدة

فيه العقد لان بعض البلاد يعجل اهلها النصف ويؤجلون الباقي والبعض الثلثين والثلث وهكذا

فلا يلزم دفع المهر او بعضه معجلا قبل الدخول وبعضهم يقول لا بد من ذلك لان سيدنا علياً لما تزوج فاطمة بنت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم واراد أن يدخل منعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً فقال يا رسول الله ليس لى شيء فقال أعطها درعك فاعطاها درعه ثم دخل بها

لكن المختار جواز الدخول قبل الدفع لما روى عن عائشة قالت امرني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئاً وحينئذ يحمل المنع المذكور على الندب اى يستحب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها وتأليفاً لقلبها — انظر مادة (٧٣)

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في وجوب المهر ﴾

فقد بان لك مما تقدم أن المهر يجب على الزوج للزوجة شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها سواء دخل بها أولم يدخل وسواء اختلى بها خلوة صحيحة أولم يختل ولكن هذا الوجوب ليس متأكداً لأنه على شرف سقوط النصف أو الكل فيسقط نصفه بالفرقة التى أتت من قبله قبل الدخول وكله بالفرقة التى أتت من قبلها قبل الدخول ويتأكد هذا الوجوب بالدخول بها أو بالخلوة

(مادة ٧٣) يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله الى أجل قريب أو بعيد وتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب عرف أهل البلد

الصحيحة أو موت احد الزوجين ولو قبل الدخول كما ستعرفه ان شاء الله تعالى في الفصل الآتي وسواء سمى الزوج أو الولى مهراً عند العقد أو لم يسم أو نفاه أصلا — انظر مادة (٧٤)

والمهر الذي وجب بمجرد العقد يختلف على حسب الاحوال الآتية فان سمي الزوج عشرة دراهم او دونها مهراً لامرأته قبل العقد وجبت لها العشرة بتمامها فى الصورتين اما الاولى فبالاتفاق لانهما اتفقا على ما يصلح تسميته مهراً شرعاً وقد رضيت به فيجب واما الثانية فخالف فيها زفر وقال يجب لها مهر المثل لان تسميته مالا يصلح مهراً كانعدامها كما فى تسميته الخمر والخنزير ووجه قول غير زفر ان فساد هذه التسمية لحق الشرع فقد صار مقضياً بالعشرة واما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا عبرة بانعدام التسمية لانها قد رضيت بالتمليك من غير عوض تكرماً ولم ترض فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على رضاها بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضا بها لا محالة . وان سمي اكثر منها وجب ما سمى بالغاً قدره ما بلغ اذ للزوج ان يسمي لزوجته ما شاء على حسب مقدرته — انظر مادة (٧٥)

فاذا لم يسم الزوج ان كان هو المباشر لعقد الزواج بان كان بالغاً عاقلاً أو وليه بان كان صغيراً أو ملحقاً به مهراً وقت العقد فالواجب بالعقد هو مهر

(مادة ٧٤) يجب للزوجة المهر شرعا بمجرد العقد الصحيح عليها سواء سمى الزوج او الولي مهراً عند العقد أو لم يسم أو نفاه اصلا

(مادة ٧٥) اذا سمى الزوج عشرة دراهم أو دونها مهراً لامرأته وجبت لها العشرة بتمامها وان سمى أكثر منها وجب لها ما سمي بالغاً قدره ما بلغ

المثل ويجب ايضاً مهر المثل ان كان هناك تسمية ولكنها فاسدة سواء كان فساد التسمية آتياً من جهة كون المسمى ليس بمال اصلا كلحم الميتة التي ماتت حتف انفها أو من جهة كونه ليس بمال في حق المسلمين كالخمر والخنزير او من جهة جهالة نوعه وان كان ما لا في حق الكل كبيت او دار او حيوان او دابة او ثوب او عشرة ارادب من البر او خمسة قناطير من القطن ولم يبين نوعها لان الاثواب اجناس شتى كالحيوان والدابة فليس البعض اولى من البعض بالارادة فصارت الجهالة فاحشة وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار والجمل وغيرها وكذلك الدار فانها تختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى — ويجب مهر المثل ايضاً اذا نفي الزوج المهر اصلا بان تزوجها بشرط ان لا مهر لها وقال الشافعي لايجب لها شيء واستدلّ بان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء. ولنا ان المهر حق الشرع من حيث الوجوب كما عرفت مما تقدم وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما تملكه دون مالا تملكه — ويجب ايضاً مهر المثل في الشغار فاذا زوج كل من الوليين موليّته للآخر على ان يكون بضع كل منهما مهراً للاخرى صح العقد ووجب لكل منهما مهر مثلها بالعقد كما تقدم لك تفصيله في شرح مادة(١٥) — ويجب ايضاً مهر المثل في تعليم القرآن للامهار يعني اذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها ان يعلمها شيئاً من القرآن فالعقد صحيح والتسمية غير صحيحة وحينئذ يجب عليه مهر المثل وقال الشافعي التسمية صحيحة ويعلمها القدر المتفق عليه بينهما لان ما يصح اخذ العوض في مقابلته بالشرط

يصح تسميته مهراً وهنا يصح اخذ الاجرة في مقابلة تعليم القرآن فيصح تسميته مهراً وينبغي ان يكون مذهبنا مثل مذهبه لان المتأخرين افتوا بجواز اخذ الاجرة على تعليم القرآن والفقه فينبغي ان يصح تسميته مهراً لان ما جاز اخذ الاجر في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقاً ولهذا ذكر في فتح القدير في هذا الموضع انه لما جوز الشافعي اخذ الاجر على تعليم القرآن صح تسميته صداقا فكذا نقول يلزم على المفتي به صحة تسميته صداقاً ولم أر من تعرض له والله الموفق — وهو حسن ووجيه — انظر مادة (٧٦)

ومهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبيلة ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال بعضهم يعتبر بامها وقوم امها لان المهر قيمة لبضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء وليس بشيء وانما اعتبر بقوم الاب لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فيمن تزوجت بلا مهر لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الأب لانه أضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون جارية والبنت تكون قرشية تبعا لأبيها ولا تمثل بامها او بخالتها اذا لم تكونا من قبيلة أبيها فان كانتا كذلك مثلت بهما بان يكون ابوها قد تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان من قبيلتها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان وهي المقيسة والمقيس عليها وقت

(مادة ٧٦) اذا لم يسم الزوج او وليه مهرا وقت العقد وجب عليه مهر المثل وكذا لو سمي تسمية فاسدة أو حيواناً مجهول النوع أو مكيلا أو موزوناً كذلك أو نفى المهر أصلا ويجب أيضاً مهر المثل في الشغار وفي تعليم القرآن للامهار

العقد سناً وجمالاً ومالا وبلداً وعصراً وصلاحاً وعقلا وعفة وبكارة وثيوبة وعلماً وأدباً وعدم ولد لأن المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف لاختلاف الرغبات فيها ويعتبر ايضاً حال الزوج بأن يكون زوج هذه كأزواج امثالها من نسائها أى في المال والحسب وعدمهما لان لهما مدخلا في غلو المهر ورخصه وكذا للجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج أيضاً فينبغي اعتبارها في حقه لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن وكذا التقي بأرخص من الفاسق فاذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها ينظر الى امرأة تماثلها في هذه الأوصاف من قبيلة تماثل قبيلة أبيها فى الشرف والرفعة ويفرض لها مهرها الذي تزوجت به لانه هو مهر مثلها

وعند ما يراد اثبات مهر مثل امرأة بشترط اخبار رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول بان يقولا نشهد ان مهر مثلها مائة جنيه مثلا لأن فلانة التي هى من قبيلة ابيها تساويها فى الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا وقد تزوجت بهذا المبلغ ولما كانت هذه الاوصاف قلما تتحد في امرأتين سواء كانت من قبيلة واحدة او من قبيلتين فان اتفق الزوجان على ان مهر مثلها مائة جنيه مثلا فلا كلام لان الزوج قد رضي بدفع هذا المبلغ لها وهى رضيت بأخذه وان اختلفا فمن البديهي ان الزوجة لا بد وان تدعى الاكثر بأن تدعى ان مهر مثلها مائتا جنيه والزوج يقول انه مائة وخمسون وحينئذ يكون القول للزوج بيمينه لانه ينكر الزيادة والقول لمن ينكرها فان حلف لزمه ما يدعيه فقط وان امتنع عن اليمين لزمه ما تدعيه هي وايهما اقام البينة على ما يدعيه قبلت بينته

وهذا كله بالنسبة للحرة واما فى الجواري فانه ينظر الى مثل تلك الجارية

جمالا وسيداً بكم تتزوج ويعتبر مهر مثلها بذلك — انظر مادة (٧٧)

وقد علمت مما تقدم ان المهر اما ان يسمى فى العقد اولا فان سمي فى العقد فاما ان تكون التسمية صحيحة او غير صحيحة واذا لم يسم فى العقد فاما ان يكون مسكوتاً عنه او منفياً فان سمي وكانت التسمية صحيحة فهو الواجب وان سمي وكانت التسمية غير صحيحة لأى سبب من الاسباب المتقدمة او كان مسكوتاً عنه او منفياً فى العقد وجب مهر المثل فالمهر على العموم يجب بمجرد العقد وينبنى عليه انه اذا تزوجت امرأة بلا مهر وتسمى المفوضة بكسر الواو لانها فوضت نفسها الى الزوج بلا مهر وجب لها مهر المثل فى هذه الحالة لان المهر فى الابتداء ليس خالص حقها بل فيه حق الله تعالى الى العشرة وفيه حق الاولياء الى مهر المثل وفيه حقها ابتداء وبقاء فليس لها أن تسقطه

ويترتب على ذلك ان لها ان تطالب من الزوج فرض مهر لها ولو قبل الدخول ومتى طالبت منه ذلك يجب عليه ان يفرض لها فان قام بهذا الواجب واتفق معها على شيء فبها ولو كان أقل من مهر المثل الا اذا كان هناك ولى عصبة فله حق الاعتراض في هذه الحالة كما عرفته مما تقدم وان امتنع فلها أن

(مادة ٧٧) مهر المثل للحرة هو مهر امرأة تماثلها من قوم ابيها كأختها او عمتها او بنت عمها او عمتها ولا تمثل بامها اوخالتها اذا لم تكونا من قوم ابيها وتعتبر المماثلة وقت العقد سناً وجمالا ومالا وبلداً وعصراً وعقلا وصلاحاً وعفة وبكارة وثيوبة وعلما وأدباً وعدم ولد ويعتبر ايضا حال الزوج فان لم يوجد من يماثلها من قبيلة ابيها في هذه الاوصاف كلها او بعضها فمن قبيلة اخرى تماثل قبيلة ابيها ويشترط في ثبوت مهر المثل اخبار رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول ولفظ الشهادة فان لم يوجد ذلك فالقول للزوج بيمينه

ترفع أمرها الى الحاكم لأن ولايته عامة ونصب ناظراً لشؤون الناس والحاكم يحضره ويأمره بفرض شيء لها فان امتثل ورضيت بما فرضه فبها وان لم يمتثل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالطريقة التي عرفتها مما تقدم وحينئذ يلزم الزوج بما فرض لها في هذه الحالة سواء كان المفروض بالتراضي او بقضاء القاضي — انظر مادة (٧٨)

فان سمي المهر في العقد وكانت التسمية صحيحة يلزم الزوج بدفع المسمى فقط الا اذا حصلت زيادة على المهر بعد العقد بأن سمى مائة جنيه وزيد بعد العقد خمسون فانه يطالب بالمسمى والزيادة أي بمائة وخمسين — ولا يملك هذه الزيادة كل من ولى العقد وانما يملكها الزوج ان كان بالغاً عاقلا لأنه والحالة هذه تكون له الولاية على ماله فله ان يتصرف بما أراد فان كان صغيراً او ملحقاً به ملكها الأب والجد فقط لأن كلا منهما لوفور شفقته يكون ناظراً لمصلحة تربو على هذه الزيادة فلا يملك غير الزوج والأب والجد هذه الزيادة ولو كان القاضي او الام وانما جازت الزيادة لقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) ولان ما بعد العقد زمن لفرض المهر ولهذا جاز فرضه فيه اذا لم يفرض عند العقد فكانت حالة الزيادة كحالة العقد فتستند الى حالة العقد

ويشترط في صحتها ثلاثة شروط الأول معرفة قدرها فلو قال زدتك في

(مادة ٧٨) المفوّضة التي زوجت بلا مهر اذا طلبت من الزوج ان يفرض لها مهرا بعد العقد وقبل الدخول فلها ذلك ويجب عليه أن يفرض لها فاذا امتنع ورفعت المرأة امرها الى الحاكم يأمره بالفرض فان لم يفعل ناب منابه وفرض لها مهر مثلها بالنظر الى من يماثلها من قوم أبيها بناءً على شهادة الشهود ويلزم الزوج ما فرض لها سواء كان بالتراضي او بامر القاضي

مهرك ولم يعين الزيادة لم تصح الزيادة للجهالة — الثاني قبول الزوجة ان كانت مكلفة او قبول وليها ان كانت قاصرة الزيادة فى المجلس الذي حصلت فيه لاشتراط اتحاد مجلس الايجاب والقبول — الثالث بقاء الزوجية بان حصلت الزيادة وعقد الزواج باق بان لم يقع منه طلاق أصلا او وقع منه طلاق رجعي ولكن العدة لم تنقض فان انقصت العدة فى الطلاق الرجعى اوحصلت الزيادة بعد الطلاق البائن وان لم تنقض العدة فلا تصح لأن عقد الزوجية قد انتهى ومن باب اولى ماإذا حصلت الزيادة بعد موت الزوجة فقبلت الورثة فانه لا يصح لانتهاء عقد الزوجية بالموت وتصح الزيادة على المهر ولو كانت بعد هبته او الابراء منه سواء كانت من جنس المهر أو من غير جنسه

ومن فروع الزيادة على المهر ما لو راجع المطلقة رجعياً على ألف فان قبلت لزمت والا فلا - ومن فروعها أيضاً انها لو وهبت مهرها لزوجها ثم ان الزوج أشهد ان لها عليه كذا من مهرها فان قبلت جاز ووجهه انه يجب تصحيح التصرف ما أمكن وقد امكن بان يجعل كأنه زاد على المهر — انظر مادة (٧٩)

وكما يجوز للزوج الزيادة فى المهر للزوجة كذلك يجوز للزوجة ان تحط كل المهر او بعضه عن زوجها ان كان من النقدين بأن تقول له ابرأتك من كل المهر او من نصفه لأن المهر حالة البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء والحط في اللغة الاسقاط فيصح قبل الزوج سكت او يقبل لأن الاسقاط لا يحتاج فيه الى القبول بل ينفرد به المسقط بخلاف الزيادة فانه لا بد من قبولها في المجلس

(مادة ٧٩) يجوز للزوج او ابيه او جده الزيادة في المهر بعد العقد وتلزمه الزيادة بشرط معرفة قدرها وقبول الزوجة أو وليها في المجلس وبقاء الزوجية

ولكن الاسقاط يرتد برد المسقط عنه. ويشترط فى صحة هذا الحط شروط الاول ان تكون بالغة لانها والحالة هذه تكون لها الولاية فى مالها فلها أن تتصرف بما شاءت فلو كانت صغيرة فليس لها ذلك لعدم ولايتها على مالها وليس لأحد من الاولياء ذلك أيضاً ولو كان أباً او جداً لان تصرف كل منهما في مال الصغيرة مقيد بالمصلحة ولا مصلحة فى ترك شئ من مال الصغيرة بعد ثبوته بالعقد وكذا لو كانت كبيرة لانها هي ولية مالها لا الأب والجد فاذا حط كل منهما شيئاً من مهرها فان كان باذنها صح لأنه وكيل وان كان بغير اذنها توقف على اجازتها فان أجازته نفذ وان ردته بطل — الشرط الثاني ان تكون راضية مختارة حتى لو كانت مكرهة لم يصح فلو خوفها بالضرب حتي وهبت له مهرها لم تصح هذه الهبة — الثالث ان تكون فى حال صحتها فلو كانت مريضة مرض الموت فلا يصح ابراؤها زوجها من المهر ولا شيء منه الا اذا أجاز هذا الابراء بقية الورثة لان جميع التصرفات الانشائية فى مرض الموت وصية ولا تنفذ الوصية لوارث ولو كانت بأقل من الثلث الا اذا اجازها بقية الورثة — الشرط الرابع ان يكون المهر من النقدين فلو كان من الاعيان لم يصح لان الحط لا يصح فى الاعيان ومعنى عدم صحته فيها ان يكون وديعة عند الزوج فاذا ابرأته من المهر وكان حصاناً مثلا فلها ان تطالبه به ما دام موجوداً فى يده فان هلك بدون تعديه فلا يضمن لها شيئاً وان استهلكه هو ضمن قيمته — انظر مادة (٨٠)

(مادة ٨٠) كما يجوز للزوج الزيادة في المهر يجوز للمرأة البالغة ان تحط برضاها في حال صحتها كل المهر او بعضه عن زوجها ان كان من النقدين ولا يجوز لها حط شيء =

﴿ الفصل الثالث ﴾

﴿ في الاسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة والاحوال التي يجب لها فيها ﴾
﴿ نصف المهر والتي لا تستحق فيها شيئاً منه ﴾

اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد على شرف السقوط كلا او بعضاً وانما يتأكد هذا الوجوب ويلزم كل المهر باحد امور ثلاثة

الاول الوطء سواء كان في نكاح صحيح او فاسد او بشبهة فمتى حصل الوطء وجب كل المهر ولا يبالي بما اذا كان هذا الوطء حصل بعد عقد صحيح او فاسد او لم يحصل بعد عقد اصلا كالوطء بشبهة فاذا زفت امرأة الى رجل وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين بعد ذلك انها غير زوجته تفرق بينهما وجب عليه المهر — الثاني الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح فلا يتأكد لزوم كل المهر الا اذا كانت الخلوة صحيحة وكان النكاح صحيحاً فلو كانت الخلوة غير صحيحة ولو كان العقد صحيحاً او كانت الخلوة صحيحة ولكن العقد غير صحيح لم يتأكد لزوم كل المهر ومن باب اولى ما اذا كان كل من الخلوة والعقد غير صحيح فان المهر لا يتأكد لزومه — الثالث موت احد الزوجين ولو قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فاذا تزوج رجل امرأة ولم يدخل بها ولم يختل بها خلوة صحيحة ومات احدهما استحقت المرأة جميع المهر فاذا مات هو اخذت كل المهر من تركته وان ماتت هي اخذ ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط نصيبه

من الاعيان وليس لابي الصغيرة ان يحط شيئاً من مهرها ولا من مهر بنته الكبيرة الا برضاها

منه لانه وارث

والمهر المتأكد باحد هـذه الامور الثلاثة يختلف باختلاف الاحوال وبيانه ان المهر ان كان مسمي في العقد وكانت التسمية صحيحة والعقد صحيح فهو الواجب وان حصلت زيادة على المهر وكانت مستوفية للشروط المتقدمة في شرح مادة (٧٩) وجبت مع المسمى فان لم يسم المهر في العقد وفرض بعـده فالواجب هذا المفروض سواء كان فرضه بتراضي الزوجين او بقضاء القاضي

ويتأكد مهر المثل كله في ثلاثة احوال الحالة الاولى اذا كان النكاح فاسداً وحصل الدخول بالفعل — الثانية عند حصول وطء بشبهة — الثالثة اذا كانت التسمية غير صحيحة

ومتى حصل واحد من الامور الثلاثة التي تؤكد لزوم المهر بتمامه فـلا يسقط منه شيء ولو حصلت الفرقة من جهة الزوجة كما اذا كانت صغيرة زوجها غير الاب والجد ودخل بها الزوج واختارت نفسها عند البلوغ الا اذا ابرأته الزوجة منه فانه يسقط لان المهر في حالة البقاء حقها كما تقدم فلها ان تتنازل عنه بالشروط المتقدمة في المـادة التي قبل هذه — وانما تأكد كل المهر بحصول واحد من هذه الامور الثلاثة لان الدخول يتحقق به تسليم المبدل وهو منافع البضع وبتسليم المبدل يتاكد البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتاكد به وجوب الثمن فان وجوب الثمن قبـل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع فينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بحصول الفـرقة من جهتها وبالدخول تاكد — هذا بالنسبة للدخول وأما

الموت فلان الزواج ينتهي به حيث لم يبق قابلا للرفع والشئ بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه التي يمكن تقريرها لوجود ما يقتضي ذلك وليس هناك مايمنع منه وتلك المواجب هي الارث والعدة والمهر والنسب. وروى علقمة ان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه سئل عن رجل تزوج المرأة ولم يفرض ولم يمس حتى مات فرددهم ثم قال أقول فيها رأيي فان كان صواباً فمن الله وان كان خطأً فمني ومن الشيطان أرى لها مهر امرأة من نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام ناس من أشجع فيهم الجراح وأبو سنان فقالوا يا ابن مسعود نحن نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا فى بروع بنت واشق وان زوجها هلال بن مرة الاشجعي كما قضيت ففرح ابن مسعود فرحاً شديداً حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم — وأما الخلوة الصحيحة فانها تؤكد لزوم المهر عندنا مثل موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه لايتاكد لزوم كل المهر الا بالدخول الحقيقي لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتاكد المهر بدونه لان التاكد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمه بالوطء ولم يوجد ونحن نوافق على انه لايجب البدل الا بعد تسليم المبدل ولكن نقول ان التسليم وجد منها. وبيانه أن الواجب لايكون الا مقدوراً والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها فملك فيتاكد حقها فى البدل كما فى البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب على المشترى به تسليم الثمن وأما ما قاله من ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكنه تسليم ليس في قدرة المرأة فلا تكون مكلفة به وقال

تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) فانه أوجب جميع المهر بعد الافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء وقال عليه الصلاة والسلام « من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل » — انظر مادة (٨١)

والخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء وتؤكد لزوم المهر بتمامه هي ان يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بلا اذنهما وان يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي اوطبيعي او شرعي

فالشرط في الخلوة ان تكون بلا مانع من الوطء لانه لايتمكن من الوطء مع المانع والخلوة انما جعلت كالدخول للتمكن منه ومع المانع لايتمكن فلا تكون صحيحة والموانع ثلاثة أنواع حسي كالمرض وطبيعي كوجود ثالث وشرعي كحيض وصوم فرض فمتى كان أحدهما مريضا مرضاً يمنع الجماع او يلحقه به ضرر فلا تصح الخلوة وقيل هذا التفصيل فى مرضها وأما مرضه فمانع من صحتها مطلقاً لانه لايخلو عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح والحيض مانع طبعاً وشرعاً وكذا النفاس. والاحرام بالحج فرضا او نفلا مانع شرعاً لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الاحرام. وصوم رمضان مانع

(مادة ٨١) بالوطء في نكاح صحيح او فاسد أو بشبهة وبالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح وبموت احد الزوجين ولو قبل الدخول يتأكد لزوم كل المهر المسمى والزيادة التى زيدت فيه بعد العقد في النكاح الصحيح وكل مهر المثل في الفاسد والوطء بشبهة وعدم صحة التسمية وما فرض للمفوضة بعد العقد بالتراضي أو بفرض القاضي ولا يسقط المهر بعد تأكد لزومه باحد هذه المعانى الثلاثة ولوكانت الفرقه من قبل الزوجة مالم تبرئه

بالاتفاق لما يلزمهما بالجماع من القضاء والكفارة وأما صوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء فالصحيح انه لايمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بالافساد. والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله — ومن الموانع من صحة الخلوة ان تكون الزوجة صغيرة لاتطيق الجماع أو يكون الزوج صغيراً لايقدر على الجماع — ومن الموانع وجود ثالث معهما سواء كان الثالث بصيراً او اعمى يقظان أو نائما بالغاً او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ او يتناوم وان كان صغيراً لايعقل أو مجنوناً او مغمى عليه فلا يمنع صحة الخلوة. وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان

ومتى كان العقد صحيحاً وجبت بالخلوة العدة على المرأة سواء كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطاً واستحساناً لتوهم الشغل. ولكل من الشرع والولد حق فى العدة فلا يصدق الزوجان في نفيها باقرار كل منهما انه لم يحصل وطء والدليل على ان للشرع حقاً فيها ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والدليل على ان الولد له حق فيها قوله عليه الصلاة والسلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره» والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه بخلاف المهر فانه لا يجب الا بالخلوة الصحيحة لانه مال لا يحتاط في ايجابه — وذكر القدوري فى شرحه ان المانع ان كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدّة لثبوت التمكن من الوطء حقيقة وان كان حقيقياً كالمرض والصغر فلا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة وهو واضح — انظر مادة (٨٢)

(مادة ٨٢) الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطء وتؤكد لزوم كل المهر هى أن يجتمع الزوجان فى مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير اذنهما وان يكون الزوج =

والخلوة الصحيحة ليست كالوطء في جميع الاحكام بل في البعض من الاحكام التي اقاموها فيها مقام الوطء تأكد لزوم كل المهر ولو كان الزوج عنيناً بالاتفاق فلو كان مجبوباً فقال ابو حنيفة يجب كمال المهر ايضاً وقال الصاحبان لا يتأكد كل المهر بخلوته لانه اعجز من المريض بوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع من صحة الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجوداً سبب للوطء اذ الاصل السلامة في الوصف ايضاً فيدار الحكم عليه — ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق الستحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد أتت بما وجب عليها واما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها لما عرف في الخلوة

ومن المسائل التي اقاموا الخلوة الصحيحة فيها مقام الوطء ثبوت النسب فاذا اتت بولد بعد الخلوة الصحيحة ثبت نسبه من الزوج كما اذا اتت به بعد الدخول الحقيقي — ومنها النفقة الشاملة للسكنى فاذا طلق رجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة وجبت عليه نفقتها ما دامت في العدة كما اذا طلقها بعد الدخول الحقيقي — ومنها حرمة نكاح اخت الزوجة في العدة فاذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها يحرم عليه ما دامت في العدة ان يتزوج اختها ومثل اختها غيرها من محارمها كما تقدم لك في اسباب تحريم المرأة على الرجل كما اذا كان هذا الطلاق بعد الدخول الحقيقي — ومنها حرمة تزوج اربع غير مطلقته في عدة الخلوة فاذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها فلا يجوز له ما دامت في عدة الخلوة ان يتزوج باربع سواها كما اذا

بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسي او طبيعي او شرعي

كانت في العدة من الدخول الحقيقي

وبالتأمل نري انه لا لزوم الى ذكر كل هذه المسائل وجعلها من قيام الخلوة الصحيحة مقام الوطء لان ثبوت النسب ليس من احكام الخلوة القائمة مقام الوطء لانها من احكام العقد ألا تري ان النسب يترتب على العقد سواء حصل دخول ام لا وسواء حصلت خلوة ام لا — ولان كلا من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت واربع سواها في العدة ليس من احكام الخلوة الصحيحة القائمة مقام الوطء بل هي من احكام العدة فذكر العدة يغني عن كل هذه المسائل ولذلك قال بعضهم ان الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي الا في حق تكميل المهر ووجوب العدة ولم تقم مقامه في بقية الاحكام وهذا هو التحقيق

ولا تكون الخلوة الصحيحة مثل الوطء في مسائل منها الاحصان فلو زني رجل بامرأة بعد الخلوة بزوجته لا يرجم لفقد شرط الاحصان وهو الوطء بخلاف ما اذا دخل بزوجته دخولا حقيقياً ثم زني بامرأة فانه يرجم والمرأة مثل الرجل فيما ذكر ومحل ذلك ان تصادقا على عدم الدخول الحقيقي فان اقرابه لزمهما حكم الاحصان وان اقر به احدهم صدق في حق نفسه دون صاحبه لان الاقرار صحته قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره

ومنها حرمة البنات اي لم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حرمة البنات فلو خلا بزوجته بدون وطء ولا مس بشهوة لم تحرم عليه بناتها بخلاف الوطء

ومنها حل المطلقة ثلاثاً للزوج الاول فاذا تزوجت بغيره واختلي بها خلوة صحيحة فلا تحل للاول واذا دخل بها دخولا حقيقياً حلت له

ومنها الرجعة يعني انه لو طلق رجل امرأته طلاقا رجعيا واختلى بها في

العدة لم تكن هذه الخلوة رجعة مع ان الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل ولكن لو وطئها فى العدة يصير مراجعاً او نقول ان الرجل لو اختلى بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها لم تثبت له الرجعة عليها مع انه لو دخل بها دخولا حقيقياً وطلقها طلاقاً رجعياً ثبتت له الرجعة ما دامت فى العدة فلم يقيموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى الرجعة

ومنها الميراث فاذا طلقها طلاقاً رجعياً بعد ما اختلى بها ومات احدهما وهى فى عدة الخلوة فلا يرثه الآخر ولكن لو دخل بها دخولا حقيقياً وطلقها رجعياً ومات احدهما فى عدة الدخول الحقيقي ورثه الآخر وهذا ليس متفقاً عليه اذ هناك رأى يقول بالميراث فى عدة الخلوة — أنظر مادة (٨٣)

فقد علمت مما تقدم انه يتأكد لزوم كل المهر بالوطء وبالخلوة الصحيحة وبموت أحد الزوجين فاذا طلق الزوج امرأته قبل واحد من المذكورات فلا يجب عليه كل المهر وانما الواجب النصف ان كان قد سمي لها مهراً وقت العقد لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وانما وجب النصف لان معنا قياسين متعارضين احدهما يقتضي ثبوت كل المهر والآخر

(مادة ٨٣) حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطء في تأكد لزوم المهر كله في النكاح الصحيح ولو كان الزوج عنينا وفي ثبوت النسب والنفقة والسكنى وحرمة نكاح اخت الزوجة واربع سواها في عدتها ولا تكون الخلوة الصحية كالوطء فى الاحصان وحرمة البنات وحل المرأة للزوج الاوّل والرجعة والميراث من الزوج اذا مات والمرأة فى عدة الخلوة

يقتضي عدم ثبوت شيء منه فاننا لو نظرنا الى ان المعقود عليه عادلها سالماً أسقطنا كل البدل ولو نظرنا الى ان الزوج فوّت ما ملكه باختياره أوجبنا كل المهر فوجب النصف لتعارض الاقيسة فاذا تزوج رجل امرأة بمهر معلوم فانها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته اول الفصل المتقدم وان كان هذا الاستحقاق غير متأكد اذ بالطلاق قبل الدخول ينتصف هذا المسمى فكل من الزوجين يستحق النصف وهذا لا كلام فيه وانما الكلام في انه هل يعود النصف الى ملك الزوج بمجرد الطلاق اويتوقف عوده الى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف او تراضي الزوجين على ذلك وان كانت حصلت زيادة في المهر فهل تكون للزوجة وحدها او للزوج وحده او تتنصف بينهما يلزمنا قبل الجواب ان نعرف أولاً انواع الزيادة وما اذا كان المهر مقبوضاً للزوجة او غير مقبوض لان الحكم يختلف باختلاف هذه الأحوال فلا يمكن الجواب الا بعد التفصيل — فالزيادة اربعة أنواع الاول زيادة متصلة متولدة من الأصل كسمن الجارية وجمالها والثمر قبل قطعه — الثاني زيادة منفصلة غير متولدة كصبغ الثوب والبناء والزرع في الارض — الثالث زيادة منفصلة متولدة كالثمر بعد قطعه وكالولد كما اذا كان المهر بقرة مثلا فولدت فولدها زيادة منفصلة متولدة من الاصل — الرابع زيادة منفصلة غير متولدة من الاصل وهي بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للمهر وكل من هذه الأقسام اما ان يحصل والمهر غير مقبوض بان كان في يد الزوج او يحصل وهو مقبوض بان كان في يد الزوجة

فان كان المهر غير مقبوض بان لم يكن سلمه اليها عاد النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول الى ملكه بمجرد الطلاق ولا يتوقف عوده الى

ملكه على القضاء او الرضا لان الزوجة وان استحقت المهر بمجرد العقد الا ان هذا الاستحقاق ليس متأكداً وهو على شرف السقوط كلا او بعضاً ولم يتصل بهذا الاستحقاق ما يؤكده من قبل الزوج وهو تسليمه لها فيعود الى ملكه ما تبين انه مستحق له بمجرد الطلاق — وان كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة فان كانت متولدة من الاصل سواء كانت متصلة او منفصلة تتنصف بين الزوجين لانها نماء ملكهما فكل يأخذ منها بقدر استحقاقه في الأصل وهو النصف سواء كان حصول هذه الزيادة قبل الطلاق أو بعده وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل بان لم تكن بدلا عن جزء من الشيء نفسه بل كانت بدل منافعه كالكسب والغلة فقال ابو حنيفة انها للمرأة وليست بمهر وقال الصاحبان تتنصف مع الاصل وهذا هو الظاهر لانها نماء ملكهما أيضاً

وعلى هذا الخلاف كسب المبيع قبل القبض فعند ابي حنيفة هو للمشترى وعندهما يتنصف — وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل مثل الصبغ والبناء مثلا فلا تتنصف بالاتفاق وهي للزوج في هذه الحالة لان الموضوع ان المهر باق في يده لم يسلمه للزوجة فالظاهر انه هو الذي اوجدها نهى له

وان كان المهر مقبوضاً بان كان قد سلم المهر كله اليها فلا يرد النصف الى ملكه بمجرد الطلاق بل يتوقف عوده الى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف او تراضي الزوجين على ذلك لان المهر يجب للزوجة بالعقد فهي تملكه به وهذا الملك وان لم يكن متأكداً الا انه قد تقوى نوعا بالقبض الحاصل بتسليم الزوج لها المهر ولكن الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض كما في البيع الفاسد

فاولى أن لا يمنع بقاءه فلم يزل في ملكها الى ان يقضي القاضي له بالنصف او ترضى بذلك

ويترتب على كون النصف لايعود الى ملكه الا بالقضاء او الرضا ان الزوج لو تصرف في النصف قبل ذلك باي تصرف كان لم يكن تصرفه نافذاً بل يكون موقوفاً على اجازة الزوجة . فان اجازته نفذ وان ردته بطل وان الزوجة لو تصرفت في المهر قبل حصول احدهما بجميع التصرفات الشرعية نفذ تصرفها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء او الرضا واذا نفذ تصرفها وقضي للزوج بالنصف او حصل التراضي على ذلك يلزمها ان تعطي الزوج نصف قيمته يوم قبضه لانه تعذر رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج وانما اعتبرت القيمة يوم القبض لا يوم العقد لانه لم يصر مضموناً عليها الا بالقبض — وان كانت حصلت زيادة فى المهر فى هذه الحالة وهى حصولها بعد التسليم فاما ان يكون حصولها قبل الطلاق او بعده فان كانت بعده فاما ان يكون قبل القضاء او الرضا له بالنصف او بعد احدهما

فان كان حصولها قبل الطلاق او بعده ولكن قبل القضاء او الرضا بنصفه للزوج كانت الزيادة كلها للزوجة سواء كانت متصلة او منفصلة وسواء كانت متولدة او غير متولدة لان الكل نماء ملكها الا الزيادة المتصلة الغير المتولدة فانها وان لم تكن نماء ملكها لكن الظاهر انها هى التي اوجدتها اذ الموضوع ان المهر فى يدها وحينئذ يلزمها ان تعطي للزوج نصف قيمة المهر يوم قبضه كما تقدم — وان كان حصولها بعد الطلاق وبعد القضاء او الرضا تنصف بينهما لانها نماء ملكهما الا المتصلة الغير المتولدة فهى لها لان الظاهر انها هي

التي اوجدتها اذ المهر مقبوض فى يدها

والذي يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المهر المسمى فى العقد للآية المتقدمة وحينئذ لا تتنصف الزيادة التي زيدت بعد العقد على المهر المسمى في العقد بل تسقط بالطلاق قبل الدخول فصار حاصل وجوه الزيادة ثمانية لانه اما ان تكون متصلة متولدة او غير متولدة او منفصلة متولدة او غير متولدة وكل منها اما ان يكون فى يده او فى يدها كذا قالوا ولكن بالتأمل نرى ان الاقسام تزيد على ذلك لان المهر ان كان فى يدها فاما ان تكون الزيادة حصلت قبل الطلاق اوبعده وان كانت بعده فاما ان تكون قبل القضاء او الرضا او بعد واحد منهما وقد علمت احكام الكل — انظر مادة (٨٤)

وليس الطلاق شرطاً في تنصيف المهر قبل الوطء حقيقة اوحكماً بل كل فرقة أتت من قبل الزوج قبل الدخول يترتب عليها تنصيف المهر سواء كانت

(مادة ٨٤) اذا طلق الزوج امرأته قبل الوطء والخلوة الصحيحة من نكاح صحيح وكان قد سمي لها مهرا وقت العقد فلا يجب عليه الا نصفه وان لم يكن سلمه اليها عاد النصف الآخر الى ملكه بالطلاق مجردا عن القضاء او الرضا وان كانت حصلت زيادة في المهر قبل قبضه وكانت متولدة من الاصل تتنصف بين الزوجين سواء كان حصولها قبل الطلاق او بعده فان كان قد سلم المهر كله اليها فلا يعود النصف الى ملكه بالطلاق بل يتوقف عوده الى ملكه على الرضا او القضاء فلا ينفذ تصرفه فيه قبلهما وينفذ تصرفها في الكل قبل ذلك بجميع التصرفات الشرعية واذا تراضيا على النصف أو قضى للزوج به وكانت قد حصلت زيادة في المهر قبل الطلاق او بعده وقبل القضاء بنصفه للزوج فلا يلزمها الا نصف قيمة الاصل يوم قبضه والزيادة التي زيدت فيه متصلة كانت أو منفصلة متولدة او غير متولدة تكون لها خاصة ولا يتنصف ما زيد بعد العقد على المهر المسمى بل يسقط بالطلاق قبل الدخول

الفرقة طلاقاً او فسخاً والفرق بينهما ان الفرقة التي هي طلاق تنقص عدد الطلاق والفرقة التي هي فسخ لا تنقص عدده وحينئذ تشمل هذه الفرقة الفرق الآتية

أولا — الفرقة بالطلاق بان يقول الرجل لزوجته قبل ان يدخل بها أنت طالق او أنت بائن

ثانيا — الفرقة بالايلاء وهو في اللغة الحلف وفي اصطلاح الفقهاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة اشهر او اكثر فاذا تزوج رجل امرأة وقبل ان يدخل بها قال لها والله لا اقربك اربعة اشهر فان قربها في المدة يلزمه ما حلف به ففي هذا المثال يقع عليه اليمين بالله وتلزمه كفارة اليمين وان مضت المدة ولم يقربها طلقت منه طلاقاً بائناً فان كان لها مهر مسمى في العقد وجب عليه نصفه لها وهذه الفرقة طلاق فاذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً

ثالثاً — الفرقة باللعان وهو في اللغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد وفي الشرع هو شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة شهادة الزوج باللعن وشهادتها بالغضب قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه وشهاداتها مقام حد الزنا في حقها فاذا تزوج رجل امرأة وقبل ان يدخل بها رماها بصريح الزنا ورفعت الامر الى القاضي فان القاضي يحضره فان اثبت دعواه بالبينة حدت الزوجة حد الزنا وان عجز لاعن بان يقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا اربع مرات ويقول في الخامسة عليه لعنة الله ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا وبعد لعانه تلاعن هي بان تقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا اربع مرات وفي

الخامسة تقول عليها غضب الله ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا وانما اختير الغضب فى حقهن لانهن يكثرن اللعن فكان الغضب اردع لهن — ومتى حصلت الملاعنة فرق القاضى بينهما وهذه الفرقة طلاق لافسخ فاذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثا وسيأتي لك تفصيل هذا المقام فى مادة (٣٢٤) وما بعدها

رابعاً — الفرقة بالعنّة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنيناً ورفعت امرها الى الحاكم واجله سنة ولم يصل اليها فى هذه المدة وعادت الى القاضى وثبت لديه ذلك فرق بينهما وهذه الفرقة طلاق ايضا وهي آتية من قبله فاذا كانت قبل الدخول تنصف المسمي

خامساً — الفرقة بالردة وهي الخروج عن الاسلام والعياذ بالله تعالى فاذا ارتد الزوج قبل ان يدخل بزوجته انفسخ عقد الزواج وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق وقد أتت من قبله فاذا كانت قبل الدخول وكان لها مهر مسمى فى العقد وجب عليه نصفه

سادساً — الفرقة باباء الزوج الاسلام فاذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلمت الزوجة قبل الدخول يعرض الاسلام على الزوج فان اسلم فبها وان امتنع فرق القاضى بينهما لان غير المسلم لايجوز له ان يتزوج مسلمة فهذه فرقة اتت من قبله قبل الدخول فينتصف المسمى فى العقد

سابعاً — الفرقة بفعله بأصول الزوجة وفروعها مايوجب حرمة المصاهرة فاذا زني بأم امرأته قبل ان يدخل بها او قبلها بشهوة او فعل ببنتها ذلك حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة كما عرفته فى مادة (٢٤) فيجب عليه نصف

المسمى في العقد لانها فرقة اتت من قبله قبل الدخول فهذه هي الاحوال التى يجب فيها نصف المهر للزوجة

واما الاحوال التى يسقط فيها المهر بتمامه فتنحصر فى كل فرقة اتت من قبل الزوجة قبل الدخول فتشمل الفُرَق الآتية

اولا — الفرقة بارتدادها فان ارتداد احد الزوجين فسخ في الحال وقد عرفت الردة مما تقدم

ثانياً — الفرقة بامتناعها عن الاسلام اذا اسلم زوجها وكانت غير كتابية فاذا كان الزوجان غير مسلمين واسلم الزوج فان كانت زوجته كتابية لا يعرض عليها الاسلام بل الزوجية باقية لان المسلم له ان يتزوج كتابية ابتداء فبقاء من باب اولى وان كانت غير كتابية عرض عليها الاسلام فان اسلمت او دخلت في دين سماوي بقيت الزوجية والا فرق القاضي بينهما ولا يجب لها شيء

ثالثاً — الفرقة بفعلها بأصوله وفروعه ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا طاوعت الزوجة قبل الدخول ابا الزوج او ابنه فزني بها او قبلها بشهوة حرمت على زوجها حرمة مؤبدة كما عرفته فى مادة(٢٤)فلا يجب لها شيء من المسمى لان هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول

رابعا — الفرقة بخيار البلوغ فاذا بلغت الصغيرة التي زوجها غير الاب والجد بزوج كفء وبمهر المثل واختارت نفسها وفسخت العقد عند البلوغ قبل الدخول حقيقة او حكما فهذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول فتسقط جميع المهر. فان كانت المرأة لم تقبض المهر فلا يلزم الزوج اعطاؤها شيئا فان قبضت

منه شيئا يلزمها رده الى الزوج — انظر مادتي (٨٥ و ٨٦)

وقد علمت مما تقدم ان الذي يتنصف بالفرقة قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وحينئذ فلا يتنصف مهر المثل لانه انما وجب عند عدم التسمية في العقد او عند فسادها فلا يكون هناك شيء مفروض في العقد فوجب مهر المثل فلا يتنصف. ومثل مهر المثل في عدم التنصيف ما فرض للمفوضة بعد العقد سواء كان فرضه بقضاء القاضي او بتراضي الزوجين وقال الشافعي رحمه الله تعالى ما فرض بعد العقد يتنصف لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بقوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض في العقد لانه هو المتعارف — والظاهر مذهب الشافعي

فاذا حصلت الفرقة بين الزوجين في الاحوال التي وجب فيها مهر المثل او المهر المفروض بعد العقد فان كانت بموت احدهما او بعد الوطء او الخلوة

(مادة ٨٥) الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقة أو حكما هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقا أوفسخا كالفرقة بالايلاء واللعان والعنة والردة وابائه الاسلام اذا اسلمت زوجته وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة باصولها وفروعها فان جاءت الفرقة من قبلها كردتها وابائها الاسلام اذا اسلم زوجها وكانت غير كتابية وفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو باصله فلا يجب لها نصف المسمى بل يسقط وان كانت قبضت شيئاً منه ترد ما قبضت

(مادة ٨٩) اذا بلغت الصبية التي زوّجها غير الاب والجد من الاولياء زوجا كفؤا لها وبمهر المثل واختارت نفسها بالبلوغ قبل الدخول بها حقيقة او حكماً فلا مهر لها على زوجها ولا متعة كما تقدم في المادة الخامسة والثمانين

الصحيحة لزم مهر المثل ومافرض بعد العقد. وان كانت قبلها وكانت بغير الموت فان كانت من قبلها فلا تستحق شيئاً وان كانت من قبله فلا يتنصف كل منهما بل تجب لها عليه المتعة لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) اى على الغني بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله — انظر مادة (٨٦)

والخلوة الصحيحة انما تقوم مقام الوطء في النكاح الصحيح كما عرفته من الأسباب التي تؤكد لزوم المهر فلو كان النكاح فاسداً فلا تقوم مقامه فان حصل التفريق فيه بين الزوجين من القاضي او كانت المتاركة من الزوجين فان كان قبل الدخول الحقيقي فلا مهر للمرأة اصلا ولو كان بعد الخلوة الصحيحة واما اذا كانت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول فاما ان يكون هناك مهر مسمى في العقد اولا — فان كان فاما ان تكون التسمية صحيحة اولا — فان كانت هناك تسمية في العقد وكانت صحيحة وجب على الزوج الأقل من المسمى ومهر المثل فاذا فرضنا ان المسمى ثمانون جنيهاً ومهر المثل مائة وجب المسمى لأنه الأقل ولو كان بالعكس بان كان مهر المثل ثمانين والمسمى مائة وجب مهر المثل وان لم تكن هناك تسمية أصلاً او كانت ولكنها فاسدة وجب مهر المثل بالغاً قدره ما بلغ — انظر مادة (٨٧)

(مادة ٨٦) مهر المثل وما فرض للمفوّضة بعد العقد بالقضاء او الرضا لا يتنصف بالطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة فمن طلق زوجته قبلهما ولم يكن سمى لها مهرا وقت العقد أو سمى تسمية فاسدة من كل الوجوه حتى وجب لها مهر المثل أو فرض لها فرضا بعد العقد سقط عنه مهر المثل كله وما فرضه بعد العقد ووجبت لها عليه المتعة ان لم تكن الفرقة من قبلها

(مادة ٨٧) الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في النكاح الفاسد فان كان=

ومحل كون المهر يتأكد وجوبه بالدخول اذا كان الزوج يملك مباشرة عقد الزواج فان كان لا يملك ذلك فلا يتأكد المهر ولو حصل الدخول فاذا تزوج صبي مميز غير مأذون له من قبل الولى بالتزوج فهذا العقد يكون موقوفاً على اجازة الولى فان اجازه نفذ وان رده بطل فاذا دخل هذا الصبي بزوجته قبل اجازة الولى العقد وبعد الدخول رده فلا يلزم الولى ولا الصبي بمهر ولا متعة لان هذا الفعل غير مأذون فيه فكان اللازم البحث عن حالة الصبي ان كان يملك ذلك اولا فاذا لم يحصل يكون التقصير حاصلا من جهة الزوجة فلا تستحق شيئاً — انظر مادة (٨٨)

وعند ما يراد اعطاء المتعة للزوجة سواء كانت واجبة او مستحبة فلا تتقيد بشيء مخصوص بل المعتبر فيها عرف كل بلدة لاهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج فان الملابس تختلف في القرى والامصار فينظر الى البلدة التي حصل فيها العقد وتعطي بما يناسبها من أنواع الملابس. وبعد مراعاة عرف البلد يقول بعضهم يعتبر حال الزوجين فان كانا غنيين فمتعة الاغنياء وان كانا فقيرين فمتعة الفقراء وان كانا متوسطي الحال أو مختلفيه فمتعة الوسط ومع كل فهذا أمر لا ينضبط لان كلا من الأحوال الثلاثة له درجات. وبعضهم يقول

النكاح فاسدا ووقع التفريق او المتاركة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة فلا مهر للمرأة ولو خلا بها الزوج خلوة صحيحة وان تفرقا بعد الدخول وكان قد سمى لها الزوج مهرا فلها الاقل من المسمى ومهر المثل وان لم يكن سمى لها مهرا أو سمى مالا يصلح مهرا فلها مهر المثل بالغا قدره ما بلغ

(مادة ٨٨) اذا تزوج صبي محجور عليه امرأة بلا اذن وليه ودخل بها فرد الولى نكاحها فلا مهر لها عليه ولا متعة

يعتبر حال الزوج اتباعاً للنص وهو قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) اى على الغنى بقدر حاله وعلى الفقير المقل بقدر حاله وهذا هو الظاهر . ويخير الزوج بين اعطائها الأثواب التي تليق بحاله وما تساويه من النقود فان امتنعت من اخذ النقود تجبر على القبول لان الاثواب ما وجبت لعينها بل من حيث انها مال ولكن هذا ليس على الاطلاق بل بشرط ان لا تزيد على نصف مهر المثل ان كان الزوج غنياً لأن الحق عند التسمية آكد واثبت منه عند عدم التسمية وعند التسمية لايزاد على نصف المسمى في المتعة الواجبة فلأن لا يزاد عند عدمها على نصف مهر المثل اولى — وأن لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم لانها تجب على طريق العوض وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة فلا بد فى المتعة من ملاحظة هذين الامرين

والمتعة على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون مدخولا بها اولا فان لم تكن مدخولا بها فاما ان يكون مهرها مسمى اولا فان لم يكن مهرها مسمى فهى التى وجبت لها المتعة وان كان لها مهر مسمى فلا تستحب لها المتعة وان كانت مدخولا بها تستحب لها المتعة سواء كان لها مهر مسمى اولا

ومثل المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى المتوفي عنها زوجها فلا تستحب لها المتعة وقال الامام الشافعى رضي الله تعالى عنه تجب المتعة لكل مطلقة الا للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى لانها وجبت لايحاش الزوجة بالفراق فتجب لكل من أوحشت به الا انه في المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى يجب نصف المهر بطريق المتعة لان الطلاق ازال العقد فى هذه الحالة يعود

بُضعها اليها سالماً وذلك يقتضي سقوط المهر كله لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة وهي لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه وتجب لغيرها

ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل فوجبت المتعة والعقد يوجب العوض وهو مهر المثل فكانت المتعة خلفاً عنه والخلف لا يجامع الاصل وجوباً وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيئاً متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله — انظر مادة (٩٠)

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في شروط المهر ﴾

اذا تزوج رجل امرأة وجعل لها مهراً اقل من مهر مثلها ولكنه اشترط شيئاً لها فيه منفعة في مقابلة النقص الذى حصل من مهر المثل فلا يخلو الحال من احد امرين اما ان يكون ما اشترط لها يباح الانتفاع به واما ان لا يباح

فان كان الاول كما اذا كان مهر مثلها الفاً وخمسمائة وتزوجها على الف بشرط ان لا يخرجها من بلدها او بشرط ان لا يتزوج عليها او بشرط ان يطلق ضرتها او بشرط ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة او بشرط ان

(مادة ٩٠) المعتبر في المتعة عرف كل بلدة لاهلها فيما تكتسي به المرأة عند الخروج واعتبارها على حسب حال الزوجين ويجوز دفع بدل المتعة نقداً ولا تزيد على نصف لمهر المثل ان كان الزوج غنياً ولا تنقص عن خمسة دراهم ان كان فقيرا — ولا تجب المتعة من طلقت قبل الدخول ولها مهر مسمى ولا للمتوفي عنها زوجها وتستحب للمطلقة بعد الدخول سواء سمى لها مهر أم لا

يهدي لها الثياب الفاخرة مع الالف او بشرط ان لا يخرجها من منزل ابويها فلا يخلو الحال من احد امرين اما ان يفي بالشرط واما ان لا يفي به فان كان الاول بان وفي بما شرط فلها المهر المسمى لانه سمي ما صلح مهراً وقد تم رضاها به وان كان الثاني بان لم يف بالشرط فلها مهر مثلها لانه سمي ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها

ولا بد ان تكون هذه الشروط بصيغة المضارع بان يقول لها تزوجتك على ان لا أخرجك من منزل ابويك مثلا ليكون وعداً ان وفي به فبها والا فلا يلزمه ويكمل لها مهر المثل اما اذا اشترط بالمصدر كما اذا تزوجها على الف وطلاق ضرتها او عتق اخيها عتق الاخ وطلقت المرأة بنفس العقد ولا يتوقف على ان يوقعهما وللمرأة المسمي فقط وولاء الاخ يكون لها ان قال الزوج وعتق اخيها عنها لانها والحالة هذه هي المعتقة لتقدم الملك لها ويصير العبد من جملة المهر المسمى وان لم يقل الزوج عنها فهو المعتق والولاء له والطلاق الواقع رجعي لانه قوبل بالبضع وهو ليس بمتقوم وتقومه بالعقد لضرورة التملك فلا يتجاوزها فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرة فبقي طلاقاً بغير بدل فكان رجعياً . ولا يخفى ان حكم ما اذا اشترط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها انه ليس لها الا المسمى مطلقاً بالاولى اي سواء وفى بالشرط او لم يف وكذلك لو كان المسمى مساوياً لمهر مثلها او اكثر ولم يف بما وعد فليس لها الا المسمي

وان كان الثاني وهو ان يكون المشروط لها مع المسمى لا يباح الانتفاع

به شرعاً كالخمر والخنزير فان كان المسمى عشرة فصاعداً وجب لها وبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته وقال الامام احمد اذا فات الشرط فلها الخيار في الفسخ . فاذا تزوجها على ان يطلق ضرتها في اسبوع او بشرط ان لا يخرجها من منزل ابويها فان وفي فبها وان لم يوف فلها فسخ العقد لانها لم تتزوجه الاعلى شيء مرغوب فيه فصار كما اذا باع حصاناً على انه للسبق وهو بخلافه فللمشتري رده لفوات الوصف المرغوب فيه ولقوله عليه الصلاة والسلام « أحق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج » وهو ظاهر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وليست هذه الشروط فيه وقال عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالا » وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج عليها والمسافرة بها ونحو ذلك فكانت مردودة — انظر مادة (٩١)

ومثل اشتراط الزوج شيئاً لها فيه منفعة في نظير النقص عن مهر المثل اشتراطه وصفاً مرغوبا فيه عند الزوجة في نظير الزيادة على مهر المثل فاذا تزوج رجل امرأة بازيد من مهر مثلها واشترط في مقابلة الزيادة وصفاً يرغب فيه كالبكارة والجمال فان وجد ما اشترطه لزمه كل المسمى وان لم يوجد فلا يلزمه الا مهر المثل وتسقط عنه الزيادة لانه ما أتي بها الا في مقابلة وصف ولم

(مادة ٩١) اذا سمى الزوج للمرأة مهرا أقل من مهر مثلها واشترط في نظير ذلك منفعة فان كانت مباحة الانتفاع ووفى بالشرط فلها المسمى وان لم يوف به وجب عليه تكميل مهر المثل وان كانت المنفعة التي شرطها غير مباحة الانتفاع بطل الشرط ووجب المسمى ولا يكمل مهر المثل

يوجد فلا تستحق فاذا لم يُقابَل الوصف المرغوب فيه بشئ من المهر بل اشترطه كما اذا تزوج امرأة بشرط أنها بكر أو جميلة مثلا فوجدها بخلاف ما اشترط فان كان هناك مهر مسمى فى العقد لزمه وان لم يكن هناك مسمى وجب مهر المثل ولا ينقص منه شيء لان النكاح لا يثبت فيه خيار العيب كما عرفته في مادة (١٦) فارجع اليه تجد شرح هذه المشكلة وأقوال الائمة فيها بما لا مزيد عليه — انظر مادتي (٩٢و٩٤)

فيؤخذ مما تقدم انه ليس هناك الا تسمية واحدة سواء كانت اقل من مهر المثل او مساوية له او اكثر منه على حسب الاحوال المتقدمة أما اذا سمى لها مهراً على تقدير وآخر على تقدير آخر كما اذا تزوجها على الف ان أقام بها فى هذا البلد وعلى الفين ان اخرجها منه او على الف ان طلق ضرتها وعلى الفين ان ابقاها على ذمته او على الف ان كانت قبيحة وعلى الفين ان كانت جميلة صح الشرطان ووجب المسمى فى أي شرط وجد فان اقام بها في المثال الاول فلها الالف وان اخرجها فلها الالفان وهكذا في كل مثال من هذا القبيل لرضا كل منهما بمهر مخصوص في حالة مخصوصة فيسري عليهما هذا الرضا وهو مذهب الصاحبين وهو في غاية الظهور وقال ابو حنيفة ان وفي فلها الالف والا فمهر المثل ولكن لا يزيد عن الالفين لرضاها — انظر مادة (٩٣)

(مادة ٩٢) اذا تزوج الرجل امرأة باكثر من مهر مثلها على انها بكر فاذا هي ثيب وجب عليه مهر المثل لا الزيادة

(مادة ٩٤) اذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها ثيبا يلزمه كل المهر المسمى وان لم يكن مسمى يلزمه مهر المثل ولا ينقص لثيوبتها

(مادة ٩٣) اذا تردد الزوج في المهر كثرة وقلة بين صباحة المرأة وقباحتها =

وفى هذا المقام خبط وتشويش فى بعض الكتب ولكن هذا احسن ما قيل

﴿ الفصل الخامس ﴾

﴿ في قبض المهر وما للمرأة من التصرف فيه ﴾

قد علمت مما تقدم ان الولاية تنقسم الى ولاية على النفس وولاية على المال وان الشخص متى كان مكلفاً ثبتت له الولاية على نفسه فان كان غير مكلف ثبتت الولاية لغيره وقد عرفت ذلك الغير من ترتيب الاولياء فى عقد الزواج. واما الولاية على المال فتثبت لصاحبه فكل شخص سواء كان مذكراً او مؤنثاً تثبت له الولاية على ماله اذا لم يكن هنالك سبب من اسباب الحجر فان وجد واحد منها ثبتت لغيره الولاية على ماله وذلك الغير ينحصر فى ستة وليس لغيرهم ولاية على المال اصلا وهم مرتبون على هذا الترتيب الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح وهو ابو الاب وان علا ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه

ومن ضمن اسباب الحجر الصغر فمتى كان الشخص صغيراً سواء كان مذكراً او مؤنثاً ثبتت الولاية على ماله للاب فان لم يكن الاب موجوداً فوصيه فان مات الاب ولم يوص الى احد أو كان الاب موجوداً ولكن ليس اهلا للولاية فالولي هو الجد الصحيح فان لم يكن موجوداً فوصيه فان مات ولم يوص الى احد فالولى هو القاضى لماله من النظر العام فان شاء القاضي تولى بنفسه وان شاء اقام وصياً يتصرف فى اموال الصغار بما فيه المصلحة لهم

صح الشرطان ووجب المسمى في أى شرط وجد

وبما أن المهر ملك للزوجة ومن ضمن اموالها والصغر من اسباب الحجر فان كانت الزوجة صغيرة سواء كانت بكراً أو ثيباً فولاية قبض مهرها تكون لمن ذكروا على الترتيب الذى عرفته ومتى قبضه واحد منهم برئت ذمة الزوج منه فليس للزوجة مطالبته به ولو بعد البلوغ بل تأخذه ممن قبضه من الزوج لان الزوج قد دفعه لمن له الولاية شرعاً فيكون هذا الدفع معتبراً تبرأ به ذمته ومتى برئت ذمة شخص من دين فلا يعود هـذا الدين اليه فليس للزوجة اذَنْ حق فى مطالبته. وان كانت بالغة عاقلة غير سفيهة فلها ان تقبض مهرها بنفسها بدون معارضة لها من احد ولو كان الاب لان ولاية اموالها لها فى هذه الحالة فان شاءت تولت هي قبض المهر بنفسها وان شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها سواء كانت بكراً او ثيباً الا انه لا يجوز لواحد من هؤلاء قبض مهر الثيب الا بتوكيل صريح منها وأما البكر فلهم قبضه اذا لم يحصل منها نهى صريح عن قبضه والفرق بينهما ان العادة جارية بان الاب يقبض مهر البكر ليضم اليه شيئاً من ماله ويجهزها به بخلاف الثيب فان كانت فى العادة الثيب كذلك كانت مثل البكر — انظر مادة[٩٥]

فيؤخـذ مما تقـدم انه ليس لغير الاب والجد والقاضي ووصيهم ولاية قبض المهر اصلا وان ثبتت له الولاية فى التزويج كالاخ والعم والأم فكل

(مادة ٩٥) للاب والجد والوصي والقاضي ولاية قبض المهر للقاصرة بكرا كانت او ثيبا وقبضهم معتبر يبرأ به الزوج فلا تطالبه المرأة بعد بلوغها والمرأة البالغة تقبض مهرها بنفسها فلا يجوز لاحد من هؤلاء قبض مهر الثيب البالغـة الا بتوكيل منها ولا قبض مهر البكر البالغة اذا نهت عن قبضه فلو لم تنه فلهم قبضه

منهم ليس له ولاية قبض المهر من حيث كونه اخاً او عماً أو أماً فاذا اتصف واحد منهم بصفة تثبت له الولاية على المال ملك ذلك من هذه الجهة كما اذا اقيم واحد منهم وصياً سواء كانت اقامته من قبل الاب أو الجد أو القاضي فاذا توفى شخص وله اخ وأولاد صغار واقام أخاه وصياً على اولاده كانت له الولاية على نفس الاولاد من جهة كونه عماً وعلى ما لهم من جهة كونه وصياً واذا كان لهذا الرجل المتوفى ابن كبير واقامه وصياً ثبتت له ولاية النفس والمال على الصغار وهم اخوته واذا اقام زوجته التي هي ام الاطفال وصية ثبت لها عليهم الولايتان فاذا اعطى الزوج المهر الى واحد من هؤلاء او غيرهم وكان وصياً برئت ذمة الزوج من المهر فاذا بلغت البنت فليس لها ان تطالبه به وانما تطالب من اخذه لان الزوج اعطاه الى من يستحق اخذه فتبرأ ذمته فلا يدفعه أما اذا اعطاه الى واحد من هولاء ولم يكن وصياً فالبنت بعد البلوغ تخير مرة ثانية في اخذ المهر ممن استلمه او من الزوج وهو ظاهر لانه قصر في هذه الحالة اذا اعطاه الى من ليست له الولاية عليه فلا تبرأ ذمته امام الزوجة فتطالبه به فان اخذته من غير الزوج فبها لانه اعطاها ما استلمه من الزوج وان اخذته من الزوج فله ان يرجع على من دفعه اليه سواء كان الام اوغيرها لانه حينئذ يكون دفع المهر مرتين الاولى لغير المستحق والثانية للمستحق وهي الزوجة فيرجع على غير المستحق بما اعطاه له — انظر مادة (٩٦)

(مادة ٩٦) ليس لاحد من الاولياء غير من ذكر في المادة السابقة ولا للام قبض صداق القاصرة الا اذا كان وصياً عليها فاذا كانت الام وصية ابنتها وقبضت مهرها وهي صغيرة ثم أدركت فلها ان تطالب امها به دون زوجها وان لم تكن الام وصية وقبضته عن بنتها القاصرة فالبنت بعد الادراك ان تطالب زوجها وهو يرجع على الام =

وبما ان المهر ملك الزوجة فلها ان تتصرف فيه ولا يكون للزوج حق في معارضتها اصلا لانه لا ولاية له على اموالها ولا على نفسها الا بما يحفظ شرفه ونسبه فلها ان تتصرف بغير اذنه سواء كانت رشيدة او غير رشيدة وبلا اذن ابيها اوجدها عند عدمه او وصيها ان كانت رشيدة فان لم تكن رشيدة بان كانت صغيرة او بالغة غير عاقلة او عاقلة ولكنها مبذرة فى اموالها فالولاية تكون للاب ووصيه الى آخر من عرفتهم وحينئذ فهو الذي يتصرف فان ارادت التصرف بنفسها وكانت صغيرة مميزة او كبيرة معتوهة او سفيهة فلا ينفذ تصرفها الا اذا اذن لها صاحب الولاية فان تصرفت بغير اذنه كان تصرفها موقوفاً على اجازته فان اجازه نفذ وان ردّه بطل

فلها ان كانت رشيدة ان تتصرف في المهر بما شاءت وكيف شاءت ولها ان تملك نفس الشيء او منفعته لغيرها سواء كان زوجها أو اباها او امها او غيرهم وسواء كان هذا التمليك بعوض او بغير عوض فاذا ملكت الشيء نفسه الى غيرها بعوض سمي بيعاً واذا ملكته الى غيرها بغير عوض كان هبة وان ملكت منفعته الي الغير بعوض فهو اجارة وان ملكتها بغير عوض فهو اعارة لان الاعارة هي تمليك المنفعة بغير عوض واذا كانت مدينة لشخص في مبلغ واعطت له المهر مشترطة عليه انها متى دفعت له مبلغ الدين يعطيه لها كان هذا رهناً لان الرهن هو حبس شيء مالى بحق مالى يمكن استيفاء الحق من هذا الشيء كلا او بعضاً — انظر مادة (٩٧)

وكذلك الحكم في سائر الاولياء غير من ذكر قبل

(مادة ٩٧) المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا امر زوجها مطلقاً=

فقد بان لك ان المرأة متى كانت رشيدة فلها ان تتصرف في مهرها بما ارادت فيجوز لها هبة المهر لزوجها فان وهبته له وطلقها بعد الدخول او الخلوة الصحيحة فلا يرجع واحد منهما على الآخر بشيء لانها قبضت كل ماتستحقه وتصرفت فيه وقد تاكد بعد الاستحقاق بالدخول فلا رجوع لواحد منهما على الآخر

واما اذا وهبته له وطلقها قبل الدخول فللمسئلة صور واحكام مخصوصة لانه اما ان يتزوجها على مالا يتعين بالتعيين كالنقود او على مايتعين بالتعيين كالبيت والفرس وقطعة من الارض وكل واحد منهما على وجهين لان المهر في كل اما ان يكون كله مقبوضاً او غير مقبوض او بعضه مقبوضا والبعض غير مقبوض وكل واحد على وجهين لان المرأة اما ان تهب الكل او البعض واليك الاحكام

فان تزوجها على مالا يتعين بالتعيين بان تزوجها على الف جنيه مثلا وقبضته ثم وهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة جنيه لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد ولهذا لو سمي لها دراهم وأشار اليها كان له ان يحبسها ويدفع مثلها جنساً ونوعاً وقدراً وصفة ولا يلزمها رد عين ما أخذت

وبلا اذن ابيها او وجدها عند عدمه او وصيهما ان كانت رشيدة فيجوز لها بيعه ورهنه واجارته واعارته وهبته بلا عوض من زوجها ومن والديها ومن غيرهم

بالطلاق قبل الدخول فكانت هبة هذا الالف كهبة الف آخر وهي اذا وهبت له الف جنيه غير الالف الذي قبضته مهراً وطلقها قبل الدخول فلا شك في ان يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا هنا واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه ثبت له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزوناً او شيئاً آخر في الذمة غير الدراهم والدنانير فقبضته ثم وهبته له فطلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعين ولهذا لم يجب عليها ردُّعين ما قبضت

فلو لم تقبض الزوجة الالف وهو المهر في الصورة المتقدمة ثم وهبته كله له فطلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء لحصول المقصود وهو براءة ذمته وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لان المهر سلِّمَ له بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته مما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحق فلا تبرأ المرأة عما يستحقه — وجه الاستحسان ان مايستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالىَ باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لغيره لك على الف جنيه ثمن هذا البيت الذي اشتريته منك فقال له الآخر البيت بيتك ولى عليك الف جنيه قرضاً لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه فى السبب وهو بيع البيت

ولو قبضت النصف وهو خمسمائة ثم وهبته الالف كله أي المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيءٍ عند أبي حنيفة وقال الصاحبان يرجع عليها بنصف ماقبضت اعتباراً للبعض بالكل لانها

لو قبضت الكل ووهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت فيكون الامر كذلك اذا قبضت البعض ولأن هبة البعض الذي لم تقبضه حط والحط يلتحق بأصل العقد فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض وقد حصل له فلا يستوجب أخذ شئ منها والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح الا ترى انه يجوز عقد الزواج وان بقي بعد الحط اقل من عشرة دراهم ولو كان يلتحق بأصل العقد لما جاز كما لا يجوز الانشاء على أقل من عشرة دراهم ولهذا لا تتنصف الزيادة على المهر بعد العقد اذا طلقها قبل الدخول بها ولو كانت تلتحق لتنصفت وعقد الزواج مخالف لعقد البيع اذ الحط والزيادة يلتحقان بعقد البيع لا بعقد النكاح والسبب في ذلك ان النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة فلا تمس الحاجة الى رفع الغبن والبيع عقد مغابنة ومرابحة فتمس الحاجة الى رفع الغبن ولا يمكن ذلك الا بالالتحاق بأصل العقد والظاهر مذهب الامام وعلى هذا الخلاف لو وهبت النصف الباقي في ذمته ولم تهب من المقبوض شيئاً ووجه كلّ ما تقدم فان قبضت اكثر من النصف ووهبت الباقي فانها ترد عليه مازاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة فانه يرجع بمائة وعندهما يأخذ منها نصف المقبوض فترد ثلثمائة ولو وهبته مائتين يرجع عليها بثلثمائة تتميماً للنصف وأما اذا قبضت أقل من النصف ووهبت الباقي فهو معلوم بالاولى

ولو كان المهر مكيلا أو موزوناً او شيئاً آخر غير الدراهم والدنانير في الذمة فحكمه في جميع ماذكرناه كحكمها لعدم تعينه — وهذا كله اذا وهبته

للزوج فاذا وهبته لغير الزوج وسلطته على قبضه منه فاعطاه الزوج له او استلمه ممن كان ضامنا الزوج في دفعه ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه ايضاً لان الزوج او ضامنه سلم المهر الى من ملكته الزوجة له بالهبة فكان كلا منهما اعطاه لها فيرجع الزوج عليها بالنصف بالطلاق قبل الدخول لانه تبين انها لا تستحق الا النصف وهو قد سلمها الكل

فان كان المهر مما يتعين بالتعيين كالبيت مثلا فوهبت لزوجها الكل ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشئ سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده والقياس انه يرجع عليها بنصف قيمته وهو قول زفر لان استحقاقه لجهة الطلاق كما مر ولم يحصل له من تلك الجهة — وجه الاستحسان انه وصل اليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه فى الفسخ كما تعين في العقد ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شئ آخر مكانه بخلاف ماذا كان المهر ديناً وكانت الهبة بعد القبض حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت شيأ آخر مكانه جاز بخلاف ماذا باعت الصداق الذي يتعين بالتعيين من زوجها فطلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بالنصف لانه وان كان وصل اليه عين مايستحقه الا انه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر. فاذا وهبت له أقل من النصف والموضوع ان المهر يتعين بالتعيين وقبضت الباقي فانها ترد مازاد على النصف ولو وهبت له اكثره او النصف فلا يرجع عليها بشئ

ولو وهبت المهر لاجنبي وسلطته على قبضه فقبضه من الزوج ثم وهبه

الاجنبي للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق مطلقاً اى سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين اولا يتعين لانه لم يسلم اليه النصف من جهتها

هذا كله ان كانت رشيدة كما عرفت فان كانت غير رشيدة بان كانت صغيرة أو بالغة غير رشيدة فلا يجوز لها أن تهب شيئاً من مالها لان تصرفات الصغير المميز ان كانت ضارّة له ضرراً محضاً تقع باطلة مثل الهبة فان فيها اخراج الشيء عن الملك بلا عوض اصلا وأي ضرر أشد من ذلك . ولا يجوز لأبيها أن يهب شيئاً من مهرها لا للزوج ولا لغيره لان تصرفات الولى مقيدة بالمصلحة ولا مصلحة هنا . ومثل الاب غيره من أولياء المال بالطريق الاولى — انظر مادة(٩٨)

والشخص لا يجبر على تركه ملكه لغيره اصلا الا اذا كان لمصلحة عامة كالطريق العام مثلا فانه يؤخذ منه ملكه بقيمته ولو جبرا عليه وحينئذ لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لاحد ما سواء كان زوجا أو أبا أو أما أو غيرهم فان استلمت جميع المهر من زوجها فبها والا فلها الحق في طلبه منه في أي وقت شاءت دون سواها الا اذا كانت غير رشيدة فان الطلب يكون لوليها لا لها

(مادة ٩٨) اذا وهبت المرأة مهرها كله او بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول بها فله الرجوع عليها بنصفه ان كان من النقدين او من المكيلات او الموزونات فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل في الاولى او مابقي وهو النصف في الثانية لا رجوع ولو وهبته لاجنبي وسلطته على قبضه فقبضه من زوجها او من ضامنه ثم طلقها الزوج قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه ايضاً فان كان المهر مما يتعين بالتعيين كالعروض ووهبت زوجها النصف او الكل ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء مطلقاً وليس لابي الصغيرة ان يهب شيئاً من مهرها

واذا ماتت قبل ان تستوفي جميع مهرها فحينئذ يكون للورثة الحق في مطالبة الزوج بالمهر ان كان الزوج حياً موجوداً فان مات طالبت ورثتها ورثته بما يكون باقياً بذمته من مهرها ولكن بعد اسقاط نصيب الزوج الآئل له من ارثها لانه من ضمن الورثة فاذا فرضنا ان المهر كان مائتي جنيه وماتت الزوجة قبل ان تستوفي شيئاً منه وتركت زوجها وأمها وبنتها واختها الشقيقة فللورثة الحق في ان يطلبوا الزوج بالمهر بعد اسقاط نصيبه وهو هنا خمسون جنيهاً لان الزوج له الربع عند وجود الفرع الوارث للمتوفي وهي البنت هنا ولو كانت الزوجة استوفت نصف المهر قبل وفاتها طالبت الورثةُ الزوجَ ان كان حياً او ورثته بالباقي بعد اسقاط نصيبه وهو هنا خمسة وعشرون جنيهاً والام تأخذ السدس لوجود الفرع الوارث والبنت لها النصف والاخت لها الباقي بطريق التعصيب لانها صارت عصبة مع البنت ومحل اسقاط نصيب الزوج من المهر او ما بقي منه ان كان وارثا لها بان علم موتها قبله لان شرط التوريث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث او الحاقه بالاحياء تقديراً فان لم يعلم ذلك بان سقط بيت على الزوجين او غرقا في سفينة فاخرجا ميتين من تحت الردم اومن البحر ولم يدر من الذي مات منهما اولا فلا نورث احدهما من الآخر وحينئذ لا تسقط له شيئاً من المهر بل يؤخذ تمامه ان لم تكن قبضت منه شيئاً اومابقي منه ويعطى لغيره من ورثتها — انظر مادة (٩٩)

(مادة ٩٩) لاتجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لازوجها ولا لاحد من أوليائها ولا لوليها واذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقياً بذمته من مهرها بعد اسقاط نصيب الزوج الآيل له من ارثها ان علم موتها قبله

﴿ الفصل السادس ﴾

﴿ في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه ﴾

اعلم ان الضمان هو الكفالة التي هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بالدين أو بغيره فاذا كان شخص مديناً لآخر في خمسين جنيهاً مثلا وكفل المدين شخص آخر بهذا المبلغ وقبل الدائن ذلك كان هذا كفالة لان الشخص الذي ضمن الدين ضم ذمته الى ذمة المدين الاصلي في المطالبة بالدين نبعد أن كان الدائن ليس له الا مطالبة مدينه صار بهذا الضمان له الحق فى مطالبة الضامن أيضاً الاول بطريق الاصالة والثاني بطريق الكفالة فالمدين الاصلى يسمى مكفولا عنه والدائن يسمى مكفولا له والدين يسمي مكفولا به والشخص الذي ضمن المدين يسمى كفيلا وهذا العقد يسمى كفالة فتى كان شخص مديناً لغيره وكفل هذا الدين ثالث وكان من أهل الالتزام وقبل الكفالة الدائن صح هذا ويطالب الدائن من شاء منهما بالدين فان اخذه من المدين الاصلى فلا رجوع له على احد لانه دفع ما عليه وان اخذه من الكفيل يرجع على المدين ويأخذه منه ان كان أمره بالضمان لانه صار قاضياً دين غيره باذنه فيأخذه منه وان لم يأمره بالضمان فلا يأخذ منه شيئاً بغير رضاه لانه قضى دين غيره بغير اذنه فهو متبرع فلا يأخذ منه شيئاً جبراً عنه

ولا يخفى أن الزوج مدين لزوجته في المهر اذ هو الملزم بدفعه فاذا ضمنه شخص صح هذا الضمان سواء كان الضامن أجنبياً من الزوجين او ولياً لاحدهما اولهما فان كان اجنبياً وضمن المهر وأدّاه للزوجة يرجع به على الزوج

اذا كان الضمان بأمره فان لم يكن باذنه فلا يأخذ منه شيئاً جبراً لما عرفته مما تقدم وان كان ولي أحدهما او وليهما وضمن المهر للزوجة فاما ان يكون الضمان في حال صحته واما ان يكون فى حال مرضه مرض الموت وعلى كل فاما ان يكون المكفول له وهو الزوجة او عنه وهو الزوج وارثا للضامن اوغير وارث له فان كان الضمان فى حال الصحة فلا كلام فى صحته سواء كان المكفول له وارثا اوغير وارث وسواء كان الزوج كبيراً اوصغيراً لان الولى من اهل الالتزام وقد أضافه الى مايقبله فيصح الا انه ان كان الضامن ولى الزوج يشترط لصحته قبول الزوجة في مجلس الضمان ان كانت مكلفة فان كانت غير مكلفة يشترط قبول وليها فى المجلس أيضا فان كان الضامن ولى الزوجة فلا يشترط قبول احد فى المجلس لان ايجابه يقوم مقام القبول عنها وينفذ الضمان في هذه الحالة التي هى حالة الصحة من كل مال الضامن فاذا فرضنا ان المهر مائة جنيه وضمنه الولي وماله لا يساوى الا هذا المبلغ فللزوجة أخذه ولو كان اكثر اخذت منه بقدر المهر فلو كان ماله اقل من المضمون أخذت الكل ورجعت بما بقي على الزوج ولا حق لأحد من الورثة في المعارضة لان الشخص متى كان صحيحاً فله ان يتصرف في جميع امواله بكل ما أراد لمن اراد مالم يكن محجوراً عليه بسبب من اسباب الحجر

وان كان ضمان الولى المهر في حال مرضه مرض الموت فان كان المكفول عنه وارثاً فلا يصح هذا الضمان الا باجازة بقية الورثة فاذا زوج رجل ابنه وهو مريض وكان له اولاد سواه وضمن عنه المهر فلا يصح الا اذا اجازته الورثة لان الضمان في مرض الموت يعتبر وصية ولا وصية لوارث وحينئذ فلا حق

للزوجة في أخذ المهر من مال ابي الصغير اذا لم تجز الورثة لأن الضمان غير صحيح فان اجازته فلها هذا الحق لان المنع لحقهم وقد أسقطوه وهكذا الحكم فيما اذا كان المكفول له وارثاً فاذا زوج رجل بنته وهو مريض وضمن لها المهر فهو كما تقدم ولا يخفى انه لو انحصر ارث الضامن في المكفول له او عنه صح لان المنع كان لحق الورثة ولم يوجد سواه

ومثل هذا ما اذا كان كل من المكفول له والمكفول عنه وارثاً كما اذا زوج رجل بنته لابن اخيه الذي هو وليه وضمن عنه المهر وليس له وارث يحجب ابن الاخ فان الضمان لا يصح الا باجازة بقية الورثة فان كان كل من المكفول له والمكفول عنه غير وارث للضامن نفذ الضمان من كل المال ان أجازته الورثة وان لم يجيزوه نفذ من الثلث فقط فاذا زوج رجل له ابن ابنَ اخيه الذي هو وليه وهو مريض بنت رجل آخر بمائة جنيه مثلاً وضمن المهر عنه فان اجاز ابنه هذا الضمان نفذ من كل المال وللمرأة اخذ هذا المهر من كل ماله لان الابن الذي هو مستحق أسقط حقه وان لم يجزه نفذ من ثلث مال الضامن لان ابن الاخ في هذه الحالة غير وارث اذ هو محجوب بالابن وحينئذ ينظر الى اموال الضامن فان كانت المائة المضمونة تخرج من ثلثه بان كان ماله ثلثمائة جنيه او اكثر اخذت كل المهر وان كانت لا تخرج من الثلث بان كانت جميع أمواله مائة وخمسين جنيهاً مثلا اخذت خمسين وترجع بالباقي على الزوج — انظر مادة (١٠٠)

(مادة ١٠٠) ولي الزوج أو الزوجة يصح ضمانه مهرها في حال صحته صغيرة كانت الزوجة أو كبيرة بشرط قبولها الضمان في المجلس ان كانت كبيرة أو قبول وليها =

والمكفول له مخير في اخذ دينه ممن أراد من الكفيل او الاصيل فالمرأة ان كانت بالغة فهي مخيرة في هذا فلها ان تطالب زوجها بعد بلوغه او الضامن سواء كان وليه او وليها متى كان الضمان صحيحاً سواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً ومثله الزوجة فان كان الضامن هو ولي الزوج وكان كبيراً صح الضمان لانه وكيل فهو كالاجنبي وولايته عليه ولاية استحباب فحكم ضمانه مهرها كحكم ضمان الاجنبي فان ضمن عنه باذنه رجع والا فلا وأما ان كان الزوج صغيرا والضامن هو وليه ايضاً بان زوج ابنه وضمن للمرأة مهرها فان الضمان يصح ايضاً لان الولي سفير ومعبر فيه فلا ترجع حقوق العقد اليه وان كان مباشراً بخلاف ما اذا اشتري له شيئاً ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يصح ضمانه لانه اصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن اولم يضمن وأما اذا كان الضامن ولي الزوجة وكانت كبيرة فصحة الضمان ظاهرة لانه كالاجنبي اذا ضمن لها المهر ويثبت لها الخيار ان شاءت طالبت زوجها ان كان كبيراً وهي اهل للمطالبة او الولي ويرجع الولي بعد الاداء على الزوج ان ضمن بأمره سواء كانت الكبيرة عاقلة او مجنونة واما اذا كانت صغيرة وزوجها الاب وضمن لها مهرها صح في هذه الحالة لانه سفير ومعبر فلا ترجع اليه الحقوق وانما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد ولهذا لا يملكه بعد بلوغها الا برضاها صريحاً او دلالة بان تسكت وهي بكر بخلاف ما اذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري فانه لا يصح لانه اصيل فيه ولذا ترجع حقوق العقد اليه ويصح

ان كانت صغيرة ولا يصح ضمانه في مرض موته ان كان المكفول له أو عنه وارثاً له فان لم يكن وارثاً صح ضمانه بقدر ثلث ماله

تأجيله الثمن وابراؤه المشتري عندهما خلافا لابي يوسف لكنه بضمن للولد لتعديه بالتأجيل والابراء ويملك قبض الثمن بعد بلوغه فلو صح الضمان لصار ضامناً لنفسه — انظر مادة (١٠١)

فقد بان لك مما تقدم ان الاب اذا زوج ابنه الكبير وضمن مهر امرأته او ضمن المهر اجنبي طولب كل منهما بالمهر بحكم الكفالة فان اداه رجع على الزوج سواء اشهد كل منهما عند الاداء انه اداه ليرجع اولم يشهد اذا كان الضمان باذن الزوج وأما اذا زوج الاب ابنه الصغير فاما ان يكون له مال اولا فان كان له مال طولب الاب بدفع المهر منه سواء ضمن اولم يضمن لانه له الولاية في مال اولاده الصغار وما دام لهم مال فلا يلزمه شيء لهم حتى النفقة عليهم فانها تكون في مالهم وان لم يكن له مال بان كان فقيراً فان لم يضمن المهر عنه فلا يطالب به لان النكاح وان لم ينفك عن لزوم المال ينفك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فان ضمن المهر صح ضمانه لما عرفته مما تقدم ويطالب به بحكم الضمان فان سكتت الزوجة حتى بلغ الزوج وطالبته بالمهر ودفعه لها فلا يرجع به على أحد لانه قضى ديناً واجباً عليه واما ان طالبت الاب به واعطاه لها واراد الرجوع به على ابنه فالقياس انه يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الاب لان قيام ولاية الاب عليه في الصغر بمنزلة امره بعد البلوغ وفي

(مادة ١٠١) للمرأة المكفول مهرها أن تطالب به أيا شاءت من الزوج بعد بلوغه أوالضامن سواء كان وليها أو وليه واذا أدى الضامن رجع على الزوج ان امره بالضمان عنه والا فلا رجوع له عليه

الاستحسان لا رجوع له لان الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان او عند التأدية فحينئذ يرجع لأن الصريح يفوق الدلالة اعني دلالة العرف بخلاف الوصي اذا ادى المهر عن الصغير بحكم الضمان فانه يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد عادة فصار كبقية الاولياء غير الاب فان لهم حق الرجوع على الصغير اذا ضمنوا عنه المهر

ومحل اشتراط الاشهاد في الرجوع اذا لم يكن على الاب دين لابنه فلو كان على الاب دين للصغير فأدى مهر امرأته ولم يشهد ثم قال بعد ذلك انما أديت مهره عن دينه الذي عليّ صدق — هذا اذا أدى الاب بعد الضمان أما اذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار ان شاءت اخذت المهر من الزوج وان شاءت استوفت ذلك من تركة الاب لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ثم اذا استوفت من التركة رجع باقي الورثة بذلك في نصيب الابن ان لم يكن استلمه فان كان قبضه رجعوا عليه وقال زفر ليس لباقي الورثة حق الرجوع على الابن في نصيبه وعن ابي يوسف مثله لأن الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا امر من المكفول عنه اذ لا يفيد اذنه ولو اذن فلا تنقلب موجبة له ولهذا لو أدى الاب حال حياته وصحته لم يرجع الا اذا أشهد فكذا لا رجوع بعد الموت — قلنا هذه الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادّى عنه في حال حياته لان تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون

وكذا يرجعون اذا ادى فى مرض موته — ولو كان الضمان في حال الصحة — فان كان الضمان في مرض الموت فهو باطل لانه وصية ولا وصية لوارث الا باجازة باقي الورثة والمجنون بمنزلة الصبي فى جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير سواء كان الجنون اصلياً او طارئاً — انظر مادة (١٠٢)

ثم ان الشيء المجعول مهراً ان سلم للمرأة فبها وان لم يسلم لها بان هلك او استهلك او استحق فله احكام ستلقى عليك وهلاك الشيء زواله من غير ان يكون لأحد من الخلق مدخل فى ذلك والاستهلاك زواله أيضاً ولكن بسبب التعدي عليه والاستحقاق ظهور الشيء مملوكا لغير من ملكه . فالمهر ان كان غير متعين فلا يتأتى فيه ان نرتب احكاماً على كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة لعدم تأتيها في المهر بالنسبة للمرأة لانه اذا تزوجها على مائتي جنيه مثلا او على عشرين قنطاراً من القطن الفلاني وفرضنا ان الزوج عنده الف جنيه او خمسمائة قنطار من القطن الموصوف في تسمية المهر فاحترق القطن قضاء وقدراً او احرق بالتعدي او سرقت النقود او ادعى شخص ان هذا القطن ملكه واثبت استحقاقه له فلا يمكننا ان نقول ان المهر هلك او استهلك او استحق ونرتب على هذه الاشياء احكاماً بالنسبة للزوجة لان حقها لم يتعين في شيء

(مادة ١٠٢) اذا زوّج الاب ابنه الصغير الفقير امرأة فلا يطالب بمهرها الا اذا ضمنه فان ضمنه وأداه عنه فلا يرجع به عليه الا اذا أشهد على نفسه عند التأدية أنه أداه ليرجع به . ولو مات ابو الصغير الفقير قبل اداء المهر الذي ضمنه عنه فللمرأة تاخذه من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع به في نصيب الصغير من ميراث ابيه ولو كان للصغير مال يطالب ابوه ولو لم يضمن المهر عنه بدفعه من مال ابنه لا من مال نفسه لما له من ولاية التصرف في مال اولاده الصغار

مخصوص وانما هو قائم بذمة الزوج فهو مازم بتسليمه لها

فان كان المهر متعينا في العقد بان تزوجها وامهرها هذا البيت أو هذه القناطير من القطن او هذا الحصان مثلاً وهلك او استهلك أو استحق يمكننا ان نرتب على هذه الاشياء احكاماً فنقول ان هلك بعد ما استلمته الزوجة فلا ترجع على احد بشيء ما لأنه سلمها وقد هلك تحت يدها وان استهلك بعده ايضاً فان كانت هي المستهلكة له فكذلك وان كان غيرها ترجع على ذلك الغير بمثله ان كان مثلياً و بقيمته ان كان قيمياً سواء كان هو الزوج او غيره لأنه تعدى على ملكها وان استحق ترجع على الزوج بالمثل او بالقيمة

واما ان كان هلاكه قبل ان تقبضه من الزوج بان هلك تحت يده فانها تأخذ منه مثله او قيمته لانه مضمون عليه مالم يسلمه لها ولا تبرأ ذمته من ضمانه الا بالتسليم . وان استهلك في هذه الحالة فاما ان يكون المستهلك له الزوجة اوالزوج او المهر او اجنبياً فان كان الزوجة بان قتلت الحصان الذى جعل مهراً مثلا فقد صارت مستوفية حقها فلا ترجع علي احد وان كان الزوج اوالمهر بان كان عبدا فقتل نفسه رجعت على الزوج بالمثل او القيمة . وان كان اجنبيا خيرت بين امرين الاول ان تضمن الزوج مثله او قيمته وهو يرجع على المستهلك بها الثاني ان تأخذ ما ذكر من المستهلك وحينئذ تبرأ ذمة الزوج . وان استحق فى هذه الحالة رجعت على الزوج ببدله — فقد علم مما ذكر ان الاستحقاق لايختلف حكمه بالنسبة الى ما قبل القبض او بعده بخلاف الهلاك والاستهلاك

هذا ان استحق كل المهر فان استحق النصف مثلا فاما ان يكون المهر مثلياً او قيمياً فان كان مثلياً فلا حق لها الا فى اخذ نصفه والرجوع

على الزوج بمثل النصف المستحق وان كان قيمياً خيرت بين امرين الاول أخذ قيمة نصفه من الزوج وتصير شريكة للمستحق — الثاني اخذ قيمة الكل من الزوج وهو يشارك المستحق لان الشركة عيب فى القيمى لا المثلى وهى استحقت الشيء وحدها فاذا طرأت الشركة بالاستحقاق تضررت فتخير اذ الخيار ينفى الضرر ويمكنك ان تستخرج من هـذا حكم استحقاق الاقل والاكثر من النصف.

ومحـل تخييرها فى القيمى بين الامرين المتقدمين اذا لم يطلقوا قبـل الدخول فان حصل ذلك فلا حق لها الا في اخذ النصف لان الشركة حاصلة سواء استحق النصف او لم يستحق اذ الزوج مستحق للنصف بالطلاق قبل الدخول فهو مشترك على كل حال سواء كان الشريك هو الزوج او المستحق. فلا يثبت لها التخيير — انظر مادة (١٠٣)

(مادة ١٠٣) اذا كان المهر معيناً فهلك في يد الزوج او استهلك قبل التسليم او استحق بعده فللمرأة الرجوع عليه بمثله ان كان من ذوات الامثال او بقيمته ان كان قيمياً ولو استحق نصف العين المجعولة مهراً فالمرأة بالخيار ان شاءت اخـذت الباقي ونصف القيمة وان شاءت ردته واخذت كل القيمة فان طلقها زوجها قبل الدخول بها فلها النصف الباقي

﴿ الفصل السابع ﴾

﴿ في قضايا المهر ﴾

العادة الجارية ان المرأة لا تسلم نفسها الى الزوج الا بعد ان تأخذ شيئاً من المهر وهذا الشيء يختلف باختلاف البلاد فالبعض يعجل النصف والآخر يعجل الثلثين والبعض الآخر يعجل ثلاثة ارباع المهر وهكذا

فاذا سلمت امرأة نفسها لزوجها وقامت بعد ذلك تدعي انها لم تأخذ شيئاً من مهرها اصلا وهو ينكر ذلك لا تسمع دعواها لان العادة الجارية تكذبها فاذا فرض ان البلد الذي حصل فيه التزوج تخالف عادته العادة المتقدمة تسمع دعواها بلا نزاع ولذلك لو ادّعت ببعض المعجل تسمع الدعوى لان العادة انه بعد اشتراط تعجيل الثلثين مثلا يدفع النصف وتزف المرأة الى الزوج وتطالب بالسدس بعد ذلك مع انه من ضمن المعجل وكل ما عرفته بالنسبة للزوجة يقال بالنسبة لورثتها فاذا ماتت بعد تسليمها نفسها وادعت الورثة انها لم تأخذ شيئاً في حياتها لم تسمع دعواهم للعادة الجارية فلو اختلفت العادة تسمع دعواهم فمبنى سماع الدعوي وعدم سماعها على العادة الجارية اذ العرف له اعتبار ويعول عليه في بعض الاحكام — انظر مادة (١٠٤)

وهذا اذا حصل اتفاق على المسمى بعد تسليم المرأة نفسها فان كان هناك

(مادة ١٠٤) بعد تسليم المراة نفسها للزوج لاتقبل دعواها عليه بعدم قبضها كل معجل مهرها الا اذا كان التعجيل غير متعارف عند اهل البلد فان ادعت ببعض المعجل تسمع دعواها وما يمنع المراة من الدعوى يمنع ورثتها

اختلاف فاما ان يكون بين الزوجين بان كان فى حياتهما واما ان يكون بين احد الزوجين وورثة الآخر بان كان بعد موت احدهما وإما ان يكون بين ورثتهما بان كان بعد موت الزوجين وعلى كل فاما ان يكون الاختلاف فى اصل التسمية او في القدر المسمى

فان كان الاختلاف بين الزوجين في أصل التسمية بان ادعى احدهما تسمية قدر معلوم كمائة جنيه مثلا وانكر الآخر التسمية بالكلية بان قال لم نسم شيئاً في العقد فلا يخلو الحال عن احد امور اربعة الاول ان يكون الاختلاف بينهما قبل الطلاق وقبل الدخول — الثاني ان يكون قبل الطلاق وبعد الدخول — الثالث ان يكون بعد الطلاق وبعد الدخول — الرابع ان يكون بعد الطلاق وقبل الدخول فني الثلاثة الاول يكون احدهما مدعيا وهو من يدعي التسمية والآخر منكراً لها والواجب فى هذه الاحوال هو المسمى ان ثبت وان لم يثبت فمهر المثل والقاعدة ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر فان أقام المدعي بينة على دعواه لزم صاحبه مايدعيه لانه نوّر دعواه بالحجة وان عجز عن اقامة البينة فله تحليف الآخر لانه منكر واليمين عليه فان وجهت اليمين اليه فاما ان يمتنع عنها واما ان يحلف فان امتنع ثبتت دعوى صاحبه وان حلف انه لم تحصل تسمية اصلا يقضي بمهر المثل لان مدعى التسمية عجز عن اثباتها ومنكرها حلف على نفيها فليست هناك تسمية فترجع الى الاصل وهو مهر المثل لان العادة ان النساء يتزوجن بمهور امثالهن فيحكم به ولكن لا يحكم به بالغا ما بلغ بل يشترط ان لا يزيد على ما ادعته المرأة ان كانت هي المدعية للتسمية ولا ينقص عما ادعاه الزوج ان كان هو المدعي لها فاذا فرضنا ان

المرأة هي المدعية لها بان قالت سمينا المهر مائة وعشرين جنيهاً وحصل ما اوجب الرجوع الى مهر المثل فان كان مهر مثلها مساوياً لما ادعته حكم به وان كان اقل منه بان كان مائة حكم بها وهو ظاهر وان كان زائداً عليه بان كان مائة وخمسين جنيهاً حكم بما ادعته ايضاً لانها رضيت بهذا المبلغ فلا يزاد عليه واذا فرضنا ان الزوج هو المدعي لها وهي المنكرة بان قال سمينا المهر ثمانين جنيهاً وحصل ما اوجب الرجوع الى مهر المثل فان كان مهر مثلها مساوياً لهذا المقدار حكم به وان كان زائداً بان كان مائة جنيه مثلا حكم بها وان كان اقل بان كان ستين حكم بثمانين لان الزوج قد اعترف بان هذا هو الواجب لها فيحكم به بدون نقص

وفي الحالة الرابعة وهي ما اذا كان الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول تجب المتعة لانه تعذر القضاء بنصف المسمى لعدم ثبوته فرجعنا الى مهر المثل وهو لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فاوجبنا المتعة — انظر مادة (١٠٥)

وان كان الاختلاف بين الزوجين فى القدر المسمى ولا بد من ان الزوجة تدعي الاكثر بان ادعى الزوج ان المسمى مائة جنيه مثلا وهى تدعى مائتين فلا يخلو الحال من الصور الاربعة المتقدمة اذ الاختلاف اما ان يكون حال قيام الزوجية سواء كان قبل الدخول او بعده او بعد الطلاق والدخول اوبعد الطلاق قبل الدخول فني الاحوال الثلاثة الاول ان اقام احدهما

(مادة ١٠٥) اذا اختلف الزوجان فى اصل تسمية المهر فادعى احدهما تسمية قدر معلوم وانكر الآخر التسمية بالكلية وليس للمدعي بينة يحلف منكر التسمية فان نكل ثبت ما ادعاه الآخر وان حلف يقضى بمهر المثل بشرط ان لا يزيد على ما ادعته المرأة

بينة قبلت وقضى له بما ادعاه سواء كان هو الزوج او الزوجة وسواء كان مهر المثل شاهداً لها او له لم يكن شاهد لواحد منهما لانه نور دعواه بالحجة . وان لم يقم احدهما بينة قال ابو حنيفة ومحمد نجعل مهر المثل حكما بينهما وحينئذ لا يخلو الحال من احد امور ثلاثة : الاول ان يكون مهر المثل شاهداً لها — الثاني ان يكون شاهداً له — الثالث ان يكون مشتركا بينهما

فان كان مهر المثل شاهداً لها بان كان مائتين كما ادّعت او اكثر كان القول قولها بيمينها لان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه فان حلفت لزم الزوج ما ادعت به وان امتنعت عن اليمين وجب لها ما ادعى به الزوج لان امتناعها اقرار بما ادعاه فان اقام الزوج بينة قبلت بينته وقضي بما قال كما تقدم. فان اقام كل منهما بينة قال بعضهم تقدم بينتها لانها اظهرت شيئاً لم يكن ظاهراً بتصادقهما واما الظهور بشهادة مهر المثل فلا اعتبار به لانه لا يكون حينئذ حجة على الغير وقال بعضهم يقضى ببينة الزوج لان بينته تظهر حط المائة عن مهر المثل وبينتها لا تظهر شيئاً لان المائتين كانت ظاهرة بشهادة مهر المثل

وان كان مهر المثل شاهدا له بان كان مائة كما ادعى او اقل صدق قوله مع يمينه « بالله ما تزوجتها على مائتين » فان حلف لزمه ما اقر به وان امتنع لزمه ما ادعت به المرأة لاقراره بالامتناع عن اليمين وان اقامت هي البينة قبلت كما تقدم لانها نورت دعواها بالحجة وان اقام كل منهما بينة قدمت بينتها لانها تثبت امراً زائداً على ما يدعيه

ان كانت هي المدعية للتسمية ولا ينقص عنها ادعاه الزوج ان كان هو المدعي لها. واذا وقع الاختلاف بينهما بعد الطلاق قبل الدخول حقيقة او حكما تجب لها المتعة

وان كان مهر المثل مشتركا بين ما تدعيه هي وما يدعيه هو أي لايكون شاهداً لها ولا له بان كان مائة وخمسين فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له بها كما تقدم لرجحان دعواه باقامته البينة وان لم يقم احدهما بينة تحالفا اي حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه واثبات دعواه لان الزوج يدعي عليها الأقل من مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي عليه الزيادة عنه وهو ينكر فاستويا. ويتحالفان ايضاً اذا اقام كل منهما بينة للتعارض المتقدم فلو قدمت احدي البينتين لزم عليه الترجيح بلا مرجح وان كان محمد يقول بتقديم بينتها لاثباتها الزيادة ولكن الصحيح الاول وعند التحالف لايخلو الحال من احد امور ثلاثة : الاول ان يحلف واحد منهما ويمتنع الآخر : الثاني ان يحلف الاثنان : الثالث ان يمتنع الاثنان. فان كان الاول حكم على الممتنع بقول من حلف لان امتناعه عن اليمين اقرار بدعوى صاحبه . وان كان الثاني او الثالث نطرح دعوى الاثنين ونحكم بمهر المثل لاننا لو حكمنا بقول واحد منهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح وهذا لا يجوز

وقال ابو يوسف لا نجعل مهر المثل حكما بل القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء لايتعارف مهراً لها فيوافقها لان المرأة مدعية للزيادة وهو ينكرها والبينة على من ادعي واليمين على من انكر. ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لان العادة أن المرأة تزوج بمهر مثلها. وعند التحالف يبدأ القاضي بمن شاء منهما وكثير من الفقهاء يقول يحلف الزوج اولا لان اول التسليمين عليه يعني انه يجب عليه تسليم المهر أولا وبعد ذلك يجب عليها تسليم نفسها

وفي الصورة الرابعة وهي ما اذا كان الاختلاف بين الزوجين فى مقدار المهر قبل الدخول وبعد الطلاق تجعل متعة المثل حكما بينهما على التفصيل المتقدم فان شهدت لها بان كانت متعة المثل كنصف ماقالت او اكثر كان القول قولها مع يمينها وان كانت شاهدة له بان كانت كنصف ما قال أو اقل فالقول قوله مع يمينه وان كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه حلف كل واحد منهما كما فى حال قيام النكاح ولزمت المتعة وأيهما اقام بينة قبلت . فان اقاماها فبينتها اولى ان شهدت له المتعة وبينته ان شهدت لها لان البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر . وان كانت المتعة بينهما تحالفا فان حلفا وجبت متعة المثل. وعند أبي يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا أن ياتي بشيء لا يصلح وصحح بعضهم انه يتنصف ما ادعاه الزوج ورجحه فى الفتح قائلا ان المتعة انما تجب اذا لم تكن هناك تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقربه الزوج . ويحلف على نفي دعواها الزائد — انظر مادة (١٠٦)

وان كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر بان مات احدهما

(مادة ١٠٦) اذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال قيام النكاح قبل الدخول او بعده او بعد الطلاق والدخول يجعل مهر المثل حكما بينهما فان شهد لها بان كان كما قالت او اكثر يقبل قولها بيمينها ما لم يقم الزوج بينة على دعواه وان شهد له بأن كان كما ادعي او اقل يصدق بيمينه ما لم تقم عليه البينة وان كان مهر المثل مشتركاً بينهما لا شاهداً له ولا لها تحالفا فان حلفا او اقاما البينة وتهاترت البينتان يقضي بمهر المثل. ومن نكل منهما عن اليمين في الصورتين حكم عليه بما ادعاه صاحبه ومن اقام البينة منهما قبلت بينته وقضى له بها. وان اختلفا في قدره بعد الطلاق قبل الدخول تحكم متعة المثل على التفصيل المتقدم

وحصل الاختلاف بين الحي منهما وورثة المتوفى فالحكم فى هذا كالحكم فيما اذا كان الاختلاف بين الزوجين سواء كان الاختلاف في أصل تسمية المهر او في قدر المسمى فما عليك الا مراجعة المادتين المتقدمتين ومعرفة الاحكام التي فيهما بالنسبة لاختلاف الزوجين وأجرها على الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر

ولو كان الاختلاف بين ورثتهما بان مات الزوجان واختلفت الورثة فعند أبي حنيفة القول لورثة الزوج سواء كان الاختلاف في القدر أو في اصل المهر فان كان فى القدر لزمهم مااعترفوا به وان كان فى الاصل بان ادعى ورثتها المهر وانكره ورثته فلا شيء عليهم — وعندهما الاختلاف بعد موتهما كالاختلاف في حياتهما فان اختلفا في القدر قال محمد يحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول لورثة الزوج . وان اختلفا فى الاصل يقضي بمهر المثل اذا كان النكاح ظاهراً الا اذا اقامت ورثته البينة على ايفاء المهر او على اقرارها او اقرار ورثتها به لانه كان ديناً فى ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى — فان علم ان الزوجة ماتت اولا سقط نصيب الزوج من المهر لانه والحالة هذه من ضمن الورثة فيسقط من المهر ما يستحقه بطريق الميراث ويدفع الباقي لورثة الزوجة — وان علم انهما ماتا معا اولم يعلم ايهما مات اولا او علم ان الزوج مات اولا فلا يسقط شيء من المهر بل يقضي كله من تركته لان الزوج في هذه الاحوال لا يرث الزوجة فلا يسقط شيء من المهر

واستدل الامام على قوله بان موت الزوجين يدل على انقراض اقرانهما ظاهراً فمهر من يقدّر القاضى مهر المثل وهذا لان مهر المثل يقدر كمالها وكمال نساء

عشيرتها وموتهما يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء زمانها ظاهراً فلا يمكن تقدير مهرها ولانه لو سمعت الدعوى في ذلك لسمعت من وارث وارث وارث من ماتت في العصر الاول ان كان نكاحها ظاهراً مشهوراً في زماننا ولهذا احتج ابو حنيفة قائلا أرأيت لو ادعت ورثة ام كلثوم بنت على رضي الله تعالى عنهما على ورثة عمر رضي الله تعالى عنه أكنت اسمع البينة فى ذلك وأقضي فيه بشيء وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضى الوقوف على مقدار مهر المثل ولان القضاء به قد يؤدي الى استيفاء مهر المثل مراراً لان النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة فيقضي بمهر المثل ثم يأتي قوم آخرون فيدعون ذلك فيقضى لهم بمهر المثل ثم وثم فيتسلسل الى آخر الدهر — وهذا يدل على ان المسئلة مصورة فى التقادم فلو كان العهد قريباً قضى به ويدل ايضاً على انه لو اقيمت البينة على المهر قضى به على ورثة الزوج وهو مسلَّم فقد نقل عن ابي حنيفة انه قال لا اقضي بشيء حتى يثبت بالبينة اصل التسمية وبهذا اندفع ما علل به بعضهم مذهب الامام من ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فسقط بموتهما فانه يقتضى انه لا تسمع البينة عليه بعد موتها لسقوطه اصلا والمنصوص عن الامام خلافه كما علمت — والفتوى في هذا المقام على قول الصاحبين — انظر مادة (١٠٧)

(مادة ١٠٧) موت احد الزوجين كحياتهما فى الحكم اصلا وقدراً فاذا مات=

فقد بان لك مما تقدم ان الاختلاف سواء كان بين الزوجين او بين الورثة تارة يكون قبل تسليم المرأة نفسها للزوج وتارة يكون بعد التسليم وأنه يقضى بجميع مهر المثل في كل الاحوال التي يكون المهر فيها مستحقاً ولكن هل تأخذ المرأة او ورثتها جميع المقضى به او بعضه . إن كان الاختلاف قبل تسليم المرأة نفسها للزوج استحق كل المقضى به وان كان بعد التسليم سواء كان وقوعه فى حياتهما او بعد موتهما او موت احدهما فان لم يدع الزوج او ورثته ايصال شيء من المهر الى الزوجة او ورثتها استحق كل المقضى به ايضا وان ادعى الزوج او ورثته ذلك وقد جرت عادة اهل البلد بان المرأة لا تسلم نفسها الا بعد قبضها شيئاً من مهرها فحينئذ يقال لها لابد ان تقري بما وصلك معجلا والا قضينا عليك بالمتعارف فان أقرت بانها قبضت شيئاً معلوما وصادقها الزوج او الورثة على ذلك سقط هذا المقدار من مهر المثل واستحق الباقي منه وان لم تقرّ بما وصلها معجلا يقضى عليها باسقاط قدر مايتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقي — فان كان هناك اتفاق على القدر المسمى وانما الخلاف في انه هل وصل اليها شيء او لم يصل فهذا ظاهر اذ يقضي باسقاط النصف او الثلثين مثلا على حسب ما يتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقى منه

وان لم يكن بينهما اتفاق على ذلك فان كان الاختلاف في أصل التسمية

احدهما ووقع الاختلاف بين ورثته وبين الحي في اصل المهر او في قدره يحكم على الوجه المتقدم في المادة السالفة فاذا مات الزوجان واختلفت ورثتهما في قدر المهر المسمى فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به وان اختلفوا في اصل التسمية يقضي بمهر المثل على ورثة الزوج ان جحدوا التسمية ونكلوا عن اليمين وكذلك اذا اتفقوا على عدم التسمية فى العقد

والمنكر هم ورثة الزوج فلها بقية مهر المثل وان كان الاختلاف فى القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل. وهذا اذا كان حال حياة الزوجين او بعد موت احدهما فان كان بعد موتهما فان كان الاختلاف فى القدر فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به وان كان فى الاصل بان ادّعى ورثتها المسمى وانكره ورثته فلا شيء عليهم ولا يخفي عليك أن هذا مذهب الامام. والصاحبان يخالفان والفتوى على قولهما فراجع ذلك واعرفه من شرح المادة السابقة — انظر مادة (١٠٨)

وكل هذه الاحكام بعد حصول العقد فان كان قبله فالاحكام هي الآتية

فاذا طلق رجل امرأته وانفق عليها غيره وهي في المدة على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها . فاما ان تتزوجه بعد انقضاء المدة واما ان تمتنع عن ذلك فان تزوجته فلا يأخذ منها شيئاً من المصاريف التى صرفها سواء كانت نقودا او اطعمة لانه انفق لغرض مخصوص وقد حصل على مقصوده فلا يرجع بشيء . وان امتنعت عن تزوجه بعد انقضاء عدتها فاما ان يشترط عليها التزوج او لا يشترطه فان اشترط عليها التزوج فاما ان يكون ارسل اليها اشياء لتنفق على نفسها منها واما ان يكون ارسل اليها طعاما مهيأ للأكل او

(مادة ١٠٨) انما يقضي بجميع مهر المثل للمرأة في الصور المتقدمة اذا وقع الاختلاف قبل تسليمها نفسها فان وقع الاختلاف بعد التسليم سواء كان وقوعه فى حياتهما او بعد موتهما أو احدهما وادعى الزوج او ورثته ايصال شيء من المهر اليها وقد جرت عادة اهل البلد بان المرأة لا تسلم نفسها الا بعد قبض شيء من مهرها تقرر بما وصلها معجلا فان لم تقر به يقضي عليها باسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لمثلها ويعطى لها الباقي منه ان حصل اتفاق على قدر المسمى والا فان انكر ورثة الزوج اصل التسمية فلها بقية مهر المثل وان انكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل وبعد موتهما القول في قدره لورثة الزوج

أكلت معه مما يأكل فان كان الاول رجع به لانه ما أعطاها هذا الشيء الا لغرض مخصوص فاذا لم يحصل على غرضه استرد ما أعطاه فكأنها هبة في مقابلة عوض ولم يحصل فله حق الرجوع فيها . وان كان الثاني فلا يرجع لانه ليس بتمليك وانما هو اباحة اذ الشخص المقدم له طعام من عند غيره يستهلكه على ملك صاحبه لا على ملك نفسه وأيضاً لايعلم قدره — وان لم يشترط عليها التزوج بها بعد انقضاء عدتها فلا يأخذ منها شيئاً لانه انما انفق على قصده لاعلى شرطه وبعضهم يقول يرجع في هذه الحالة لان المعروف كالمشروط وهذا هو الظاهر — لنظر مادة (١٠٩)

واذا خطب الرجل امرأة غير معتدة لغيره وبعث اليها بهدية او دفع اليها كل المهر او بعضه وامتنعت عن تزوجه ان كانت كبيرة او امتنع وليها من ذلك او ماتت هي قبل عقد الزواج فأراد الزوج ان يسترد ما أعطاه وامتنعت هي او وليها من ذلك يحكم للزوج باسترداد مادفعه على انه من المهر سواء كان موجودا او غير موجود فان كان قائما أخذه نفسه ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال وان كان هالكا او مستهلكا اخذ عوضه وهو مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيمياً وانما رجع بالمهر مطلقا لانه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد وأما ان كان هدية فله استردادها ان كانت اعيانها موجودة فان هلكت او استهلكت فليس له استرداد قيمتها لانها كالهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج

(مادة ١٠٩) اذا انفق الخاطب على معتدة الغير وابت ان تتزوجه بعد انقضاء عدتها فان اشترط عليها التزوج بها فله حق الرجوع بما دفعه اليها من النقدين للانفاق على نفسها وان لم يشترط التزوج بها فلا رجوع له بشيء وكذلك اذا تزوجته واما الاطعمة التي اطعمها فلا يرجع بقيمها ولو اشترط عليها تزويج نفسها منه

فاذا لم يحصل العوض يرجع الواهب فى هبته ان لم يكن هناك مانع من الرجوع وهلاك الشيء واستهلاكه من ضمن الموانع من الرجوع في الهبة

ومن هذا تعلم حكم ما يقع كثيرا في زماننا من ان الرجل يخطب امرأة ثم يأخذ يكسوها ويهدي اليها فى الاعياد أو يعطيها دراهم للنفقة أو المهر الى ان يكمله لها طمعا في العقد عليها ليلة الزفاف فانها ان ابت ان تتزوجه يرجع عليها بغير الهدية الهالكة لان ذلك مشروط بالتزوج — ولو كان هناك قول يقول بالرجوع مطلقا اذا كان سبب العدول غير قهري لكان وجيها ايضاً لان المعطى ليس هبة حقيقة بدليل قولهم كالهبة فلا يأخذ حكمها من كل وجه

وقال ابن عابدين لم أر حكم ما لو مات هو او أبي فليراجع. وبعد المراجعة في عدة كتب لم أجد نصا فى ذلك فلا ادري من اى كتاب أتى المؤلف بالحكم فيها لانه قال او عدل هو مع ان الظاهر انه لا يرجع فى الهدايا مطلقا لانها وان كانت كالهبة بشرط العوض ولم يحصل الا ان عدم حصوله آت من جهته هو بل لو قيل في المهر كذلك لما عدم نصيباً من التوجيه اذا لم يكن مضطرا في الامتناع لان المنع ليس من المخطوبة او وليها بل المنع من جهته وان فرق بين موته وإبائه كان حسنا ومع كل ذلك فراجع لعلك تظفر بالنص

وفي البحر ما يؤيد هذا البحث فان فيه فى الجزء الثالث في صحيفة (١٩٩) مانصه — الثاني لو خطب ابنة رجل فقال ابوها ان نقدت الىّ المهر كذا ازوجها منك ثم بعد ذلك بعث بهدايا الى بيت الاب ولم يقدر على ان ينقد المهر فلم يزوجه فأراد الرجوع قالوا ما بعث للمهر وهو قائم او هالك يسترده وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه . اه — فهذا

يفيد ان المنع آت من قبل الزوج بلا اختياره بدليل قوله ولم يقدر على ان ينقد المهر فانه ربما يفهم منه انه لو كان قادراً على دفع المهر وامتنع لم يثبت له الرجوع وبالجملة فاني لم ار نصاً صريحاً في ذلك — انظر ماده (١١٠)

واذا تزوج رجل امرأة وبعث اليها شيئاً سواء كان هذا الشي من الذهب والفضة او من العروض كالحرير والصوف والكستور او خاتما من الماس. او كان مما يؤكل سواء كان مهيأ للأكل كخبز ولحم مشوى او غير مهيأ للاكل كالحنطة واللوز والدقيق والسكر والبن ولم يذكر الزوج وقت ارساله أنه من المهر ولا من غيره سواء كان هذا الارسال قبل ان تزف اليه الزوجة او بعد الزفاف ثم حصل خلاف بين الزوجين فقال الزوج ارسلته على انه من المهر وقالت الزوجة لا بل هو هدية فينظر الى العرف فان كان عرف اهل البلد جاريا بارسال الشيء المتنازع فيه على انه من المهر فالقول قول الزوج بيمينه لان الظاهر يشهد له وهو يسعى فى اسقاط ما فى ذمته ولانه هو المالك فهو اعرف بجهة التمليك كما اذا قال رجل لآخر اودعت عندك هذا الشيء وقال الآخر لا بل وهبته لي كان القول قول من يدعي الوديعة . وان كان العرف جاريا بارسال مثل الشيء المتنازع فيه هدية فالقول قول المرأة بيمينها لان الظاهر يشهد لها وبما اننا بنينا الحكم على العرف فلا يمكننا ان نقول ان القول قولها فيما اذا كان

(مادة ١١٠) اذا خطب احد امرأة وبعث اليها بهدية او دفع اليها المهر كله أو بعضه ولم تتزوجه او لم يزوجها وليها منه او ماتت او عدل هو عنها قبل عقد النكاح فله استرداد ما دفعه من المهر عيناً ان كان قائماً ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال او عوضه ان كان قد هلك او استهلك واما الهدايا فله استردادها ان كانت قائمة اعيانها فان كانت قد هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها

المرسل فواكه مثلا والقول قوله فيما اذا كان ثيابا لان ذلك يختلف باختلاف البلاد والازمان . فالحكم يختلف بالنسبة للبلد والزمن والزوج فلا بد من ان القاضي ينظر ويحكم حسب العرف الجارى

فان حلف الزوج ان ما ارسله اليها من المهر فاما ان يكون المبعوث موجودا او غير موجود بان كان هالكا اومستهلكا فان كان موجودا خيرت الزوجة بين امرين الاول ان تبقيه محسوبا من المهر وترجع على الزوج بالباقي ان لم يف بالمهر فان وفى به فلا رجوع . الثاني ان ترده على الزوج وترجع بباقي المهر ان كانت اخذت منه شيئاً غيره او ترجع بكله ان لم تكن اخذت منه شيئاً لانه عوض عن المهر فلا ينفرد به الزوج فلا بد من رضاها وهي لم تأخذه على انه من المهر بل على انه هدية كما ادعت ذلك

وان كان هالكا او مستهلكاً فلا يمكنها ان ترده على الزوج لكن ان كان مثلياً فلها ان ترد مثله على الزوج وتأخذ المهر وان كان قيمياً تحتسب قيمته من المهر فان بقي لاحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر وهذا كله اذا لم يكن المبعوث من جنس المهر فان كان من جنسه وقع التقاص كما لايخفى . فان اقام احدهما بينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقام كل منهما بينة قدمت بينتها لان البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر والظاهر يشهد له اذ هو يسعى في اسقاط ما في ذمته

فان ذكر وقت الدفع جهة اخرى غير المهر بان قال اصرفوا بعض هذه الدنانير الى الشمع وبعضها الى الحناء فلا يقبل قوله انه من المهر لانه صرف الى الجهة التي عينها فلا يتأتى صرفه لغيرها لان الظاهر يشهد لها

ولو ادعت المرأة ان المبعوث من المهر وقال هو وديعة فان كان من جنس المهر فالقول لها وان لم يكن من جنس المهر فالقول له بشهادة الظاهر

ولو بعث الى امرأته شيئاً وبعث اليه ابوها شيئاً ثم قال هو من المهر فلأيهما ان يرجع بما بعث ان كان من مال نفسه وكان قائماً وان كان من مال البنت باذنها فلها الرجوع ايضاً لانه عوض عن الهبة وهذا ظاهر اذا كان ما بعث الى الزوج بعد بعثه فان كان قبل ارساله فلا رجوع لانه هبة من الزوجة للزوج

واذا تزوج رجل امرأة وبعث اليها بهدايا واعطته المرأة في مقابلتها عوضاً ثم زفت اليه ثم فارقها وقال ان ما بعثته اليك عارية واراد ان يسترد ذلك وارادت المرأة ان تسترد العوض فالقول له فى الحكم لانه انكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها ان تسترد ما عوضته فاذا ادعى الزوج ان المرسل من الكسوة وقالت هو هدية فالقول قوله والبينة بينتها . — انظر مادة (١١١)

(مادة ١١١) اذا بعث الزوج الى امرأته شيئاً من النقدين او العروض او مما يؤكل قبل الزفاف او بعد البناء بها ولم يذكر وقت بعثه انه من المهر ولا غيره ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هو هدية فالقول له بيمينه فيما لم يجر عرف اهل البلد بارساله هدية للمرأة ولها فيما جرى به . فان حلف الزوج والمبعوث قائم فهي بالخيار ان شاءت ابقته محسوباً من مهرها وان شاءت ردته ورجعت بباقي المهر او كله ان لم يكن دفع لها شيئاً منه وان هلك او استهلك تحتسب قيمته من المهر وان بقي لاحدهما بعد ذلك شيء يرجع به على الآخر . وان اقاما البينة فبينتها مقدمة

﴿ الفصل الثامن ﴾

﴿ في الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التى تقع بشأنهما ﴾

اعلم ان المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا معارض لها ان كانت رشيدة فليس للزوج معارضتها في التصرفات التي تتصرفها في المهر وليس له ان ينتفع بشيء مما اشتُرِى به الا برضاها وحينئذ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من المهر ولا غيره ان كانت رشيدة ولا يجبر ابوها على ذلك ان كانت غير رشيدة لان الغرض من الزواج التناسل لا المال ويترتب على ذلك ان الزوجة اذا زفت الى زوجها بلا جهاز اصلا او بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه فليس له مطالبتها ولا مطالبة ابيها بشيء من المهر ولا تنقيص شيء منه بعد الاتفاق بل يلزم بدفع المتفق عليه وان بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز . وبعضهم يقول اذا زفت اليه بلا جهاز اصلا فله مطالبة الاب او مطالبتها بما بعث من الدنانير والدراهم وان كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما يليق بالمبعوث يعنى اذا لم تجهز بما يليق بالمبعوث فله استرداد ما بعث والمعتبر ما يتخذ للزوج لاما يتخذ لها الا اذا سكت بعد الزفاف زماناً يدل على رضاه فليس له ان يخاصم بعد ذلك وان لم يتخذ له شيء والمعتبر في طول الزمن وقصره العرف ويظهر من كلامهم ترجيح الاول — انظر مادة (١١٢)

(مادة ١١٢) ليس المال بمقصود فى النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج أو بلا جهاز اصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء منه ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه وان بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز

فان اشترى الاب بالمهر جهازاً لابنته كما هي العادة الجارية فلا كلام في انها تملكه بمجرد الشراء اذ هو بدل ما تملكه وهو المهر واما ان اشترى شيئاً من مال نفسه لجهازها ايضاً فاما ان يصرح وقت الشراء بانه يشتريه على ذمتها او لا يصرح فان صرح بذلك فاما ان تكون البنت كبيرة او صغيرة فان كانت كبيرة فلا يخلو الحال من احد امور ثلاثة الاول ان يكون الشراء والتسليم حصلا في حال صحته الثاني ان يكون الشراء حال الصحة والتسليم حال المرض الثالث ان يكون كل منهما حال المرض . فان كان الاول ملكته بالقبض فليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته بعد موته استرداد شيء منه اصلا الا برضاها لانه صار ملكا لها ولا يجبر احد على اعطاء ملكه لغيره فلو فرض ان الاب مات في هذه الحالة قبل ان يدفع ثمن الجهاز فالدائن يأخذ ثمنه من التركة ويقسم ما بقي منها بعد قضاء هذا الدين بين الورثة ومنهم البنت بدون ان يسقط من نصيبها شيء في مقابلة ثمن الجهاز

وان كان الثاني او الثالث فاما ان تجيز الورثة هذا التمليك اولا فان اجازته ملكته ايضاً لان هذا حقهم وقد اسقطوه فلا اعتراض عليهم متى كان كل منهم اهلا للتمليك وان لم يجيزوه فلا تملكه بل يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة حقه فيه لان التمليك والحالة هذه هبة للوارث حال المرض فتعتبر وصية ولا وصية لوارث الا باجازة بقية الورثة

ولا يقال ان هناك صورة رابعة وهي ما اذا كان الشراء حال المرض والتسليم في حال الصحة لأنا نقول ان الغرض من المرض هو مرض الموت اي المرض الذي يعقبه الموت فاذا صح من المرض الذي حصل فيه الشراء

فلا يقال انه مريض مرض الموت وحينئذ فلو حصلت هذه الصورة ملكته بالتسليم فتكون كالصورة الاولى — انظر مادة (١١٣)

وان كانت البنت صغيرة ملكته بمجرد الشراء في الصورة الاولى والثانية سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته او فى مرض موته او لم تقبضه فى حياته فليس له مادام حياً ولا لورثته بعد موته اخذ شيء منه والحالة هذه لانه صار مملوكا لها بمجرد الشراء فلو مات الاب قبل ان يدفع الثمن فللبائع اخذ ثمنه من التركة ويقسم الباقي منها على الورثة وليس لهم ان يسقطوا من نصيب البنت شيئاً فى مقابلة ثمن هذا الجهاز

وفى الصورة الثالثة ان اجازت الورثة ملكته لان كلا منهم اسقط حقه فيه فيسقط متى كان اهلا للاسقاط وان لم تجز فلا تملكه وحينئذ يكون من ضمن التركة فيأخذ كل من الورثة نصيبه منه

فظهر مما تقدم انه متى كان الشراء والتسليم حال الصحة ملكته البنت سواء كانت كبيرة اوصغيرة ومتى كان كل منهما حال المرض فلا تملكه مطلقاً واما لو كان الشراء فى حال الصحة والتسليم في حال المرض ملكته الصغيرة لا الكبيرة والفرق بينهما ان الاب له الولاية على اموال بنته الصغيرة فيده قائمة مقام يدها فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها وصار تحت يد الاب كباقي اموالها بخلاف الكبيرة فان لها الولاية على مال نفسها فليست يد

(مادة ١١٣) اذا تبرع الاب وجهز بنته البالغة من ماله فان سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض وليس لابيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه وان لم يسلمه اليها فلا حق لها فيه ولو سلمه اليها فى مرض موته فلا تملكه الا باجازة الورثة

أبيها كيدها فلا تملك ما تبرع به الاب اليها الا بوضع يدها عليه . ومثل الجهاز في كل الاحوال المتقدمة غيره . — انظر مادة (١١٤)

وبما انك قد علمت مما تقدم ان المهر ملك للمرأة وليس لاحد فيه حق فاذا جهزها ابوها به كله فلا كلام واما ان جهزها ببعضه فلها الحق فى مطالبته بما بقى منه سواء كان قليلا او كثيراً ويجبر على دفعه لها — انظر مادة (١١٥)

واذا ثبت ان المهر ملك للمرأة فالجهاز الذي اشترى به ملكها ايضاً وحدها لانه مقابل ملكها وحينئذ فلا حق للزوج في اخذ شيء منه ولا الانتفاع به الا برضاها فليس له ان يجبرها على فرش امتعتها في بيته سواء كان له او لغيره فلو رضيت بذلك ثبت له هذا الحق لان الشخص له ان يملك غيره عين ما يملكه او منفعته سواء كان بعوض او بغير عوض فلو فرض ان الزوج طلب من زوجته فرش امتعتها في بيته وامتنعت فاخذها قهراً واستعملها كان غاصباً اي واضعاً يده على ملك غيره بلا حق شرعي ويترتب على غصبه لها ان الزوجة لها الحق فى استردادها ما دامت موجودة فان هلكت بنفسها او استهلكها احد وهي عنده فلها الحق فى مطالبته بقيمتها سواء كان حال قيام الزوجية او بعدها لان يد الغاصب يد ضمان اي ان المغصوب يكون مضموناً

(مادة ١١٤) اذا اشترى الاب من ماله فى صحته جهازا لبنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته او فى مرض موته أو لم تقبضه فى حياته وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولا سبيل للورثة على القاصرة

(مادة ١١٥) اذا جهز الاب بنته من مهرها وقد بقي عنده شيء منه فاضلا عن تجهيزها فلها مطالبته به

عليه ما لم يردّه الى يد المغصوب منه سالماً — انظر مادة (١١٦)

هـذا اذا صرح الاب وقت شراء الجهاز بانه مملوك لبنته وأما اذا لم يصرح وقت شرائه الجهاز من مال نفسه لبنتـه بأنه ملك لها او كان هـذا الشيء موجوداً عنده قبل تزوجها وسلمها الى الزوج بهذا الجهاز ثم بعد ذلك اراد استرداده منها مدعياً انه اعطاه لها على سبيل الانتفاع لا التمليك وحينئذ يكون عارية فله الحق في اخذه منها متى اراد وهي تنكر ذلك وتدعي ان الاعطاء كان على سبيل تمليك نفس الجهاز لا الانتفاع به فقط فليس لك حق في استرداده فان اقام احدهما بينة على دعواه حكم له لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم يقم احدهما بينة نرجع الى المتعارف بين الناس اذ هو الذي يرجح دعوى احدهما فان غلب عرف البلد ان الاب يدفع مثل هذا جهازاً لا عارية فالقول لها بيمينها لان الظاهر يشهد لها وان غلب العرف ان الاب يدفعه عارية فالقول للاب بيمينه وان كان العرف مشتركا فالقول للاب لانه المعطي فجهة الاعطاء لا تعلم الا منه فكان القول له بيمينه وليس هناك ما يكذب دعواه قطعاً اذ الموضوع ان العرف مشترك. ومثل هـذا ما اذا كان الجهاز الذي يدعي انه عارية اكثر مما يجهز به مثلها فان القول له بيمينه

ولو مات الاب وادعت الورثة ان هذا الجهاز عارية ويقصدون بذلك انه من ضمن التركة لانه لم يخرج عن ملك مورثنا فيأخذ كل منا حقه فيه ولا

(مادة ١١٦) الجهاز ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج في شيء منه وليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها له ولا أضيافه وانما له الانتفاع بها باذنها ورضاها ولو اغتصب شيئاً منه حال قيام الزوجية أو بعدها فلها مطالبته به أو بقيمته ان هلك أو استهلك عنده

تختص به البنت وانكرت البنت ذلك قائلة انه ملكي لا يزاحمني فيه غيري فأستوفي نصيبي من التركة بدون ان يسقط شيء منه في مقابلة هذا الجهاز لان ابي ملكه لي حال حياته كان الحكم كما لو كان الاب موجوداً وادعى انه عارية

ولو ماتت الزوجة وادعى الاب ما تقدم يقصد ان هذا ليس ملكا لبنتي فلا حق للزوج في الارث منه والزوج يدعي انه ملكه لها حال حياتها فيكون تركة فلي الحق في اخذ نصيبي منه كان الحكم كما تقدم ايضا

ومثل هذا ما اذا ماتت البنت والاب واختلفت الورثة والزوج في التمليك والعارية

وكل ما تقدم مقيد بغير ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب فان الكثير منه او الاكثر عارية فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للزوج انّ يدعي انه لها فيرث منه بل القول فيه للاب انه أعاره لها او استعاره ولكن بالتأمل ترى ان هذا خارج من اول الامر لان هذا ليس من الجهاز عرفاً والام والجد في جميع الاحكام المتقدمة كالاب بخلاف الولي غير الاب والجد لعدم جريان العرف بذلك فان جرى العرف بانه يجهز الصغيرة كان الحكم كما تقدم ايضاً

ولو دفعت الام في تجهيزها لابنتها اشياء من امتعة الاب بحضرته وعلمه وهو ساكت وزفت الى الزوج فليس للاب ان يسترد ذلك من البنت لجريان العرف به وكذا لو أنفقت الام في جهاز ابنتها ما هو معتاد والاب ساكت لا تضمن الام لان السكوت هنا كالنطق — انظر مادة (١١٧)

(مادة ١١٧) اذا جهز الاب بنته وسلمها الى الزوج بجهازها ثم ادعى هو=

وكل ما تقدم انما هو بالنسبة للاختلاف فى المهر فان وقع الاختلاف فى المتاع الموضوع فى البيت فاما ان يكون الاختلاف بين الزوجين سواء كان حال قيام الزوجية او بعد حصول الفرقة بينهما او بين احد الزوجين وورثة الآخر او بين ورثة كل منهما وعلى كل من هذه الاحوال الثلاثة فاما ان يكون المتاع المتنازع فيه صالحا للزوج او صالحا للزوجة او صالحا لهما

فان كان الاختلاف بين الزوجين في المتاع الموجود فى البيت الذى يسكنانه سواء كان البيت ملكا للزوج او للزوجة او ملكا لغيرهما والزوج مستأجره من المالك بان ادّعى كل منهما ان المتاع ملك له فان اقام احدهما بينة على دعواه قبلت وحكم له به ولو كان الشئ المتنازع فيه مما يصلح للآخر لانه نوّر دعواه بالحجة

وان لم يقم احدهما بينة ينظر الى الشئ المتنازع فيه هل هو صالح للرجل او صالح للمرأة او صالح لكل منهما فان كان صالحا للرجل وحده كالثياب الخاصة به حكم له به بيمينه لان الظاهر يشهد له وان كان صالحا للمرأة فقط كالثياب الخاصه بها والاساور والحلى حكم لها به بيمينها لان الظاهر يشهد لها

وان كان صالحا للاثنين كالأسرّة والاواني حكم للزوج به لانه صاحب اليد اذ المرأة وما في يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد فى الدعاوى

أو ورثته ان ما سلمه اليها أو بعضه عارية وادعت هي أو زوجها بعد موتها انه تمليك لها فان غلب عرف البلد أن الاب يدفع مثل هذا جهازا لا عارية فالقول لها ولزوجها ما لم يقم الاب أو ورثته البينة على ما ادعوه وان كان العرف مشتركا بين ذلك او كان الجهاز اكثر مما يجهز به مثلها فالقول قول الاب وورثته والام في ذلك كالاب

بخلاف ما يختص بالمرأة لان ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان فيترجح الاستعمال من جهتها

وهذا اذا لم يكن الشئ المتنازع فيه من البضائع التجارية فان كان منها فهو لمن يتعاطى التجارة منهما سواء كان هو الزوج او الزوجة انظر مادة (١١٨)

وان مات احد الزوجين ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الآخر بان كان كل منهما يدعي ملكية هذا الشيء فايهما اقام البينة حكم له بها لانه اثبت داعوه فان لم يقم احدهما بينة فما يصلح للرجل وحده حكم له به اولورثته ان كان هو المتوفى وما يصلح للمراة حكم لها به او لورثتها ان كانت هي المتوفاة وما هو صالح للرجال والنساء قال ابو حنيفة يحكم به للحي منهما سواء كان هو الزوج او الزوجة وقال ابو يوسف يدفع للمرأة في المشكل ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج وقوله هذا لا يختلف بين ان يكون فى حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا على أن ما يصلح لاحدهما فهو له فى الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة جعله للزوج فى حالة حياتهما وللحي منهما فى حال موت احدهما ومحمد جعله للزوج في الحالتين وابو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين

(مادة ١١٨) اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفرقة في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج او الزوجة فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الا ان يقيم الزوج البينة وما يصلح للرجال او يكون صالحاً لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة وأيهما اقامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه . وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما

لانها تأتى بجهاز عادة فكان الظاهر شاهداً لها وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارضة في الباقي فيعتبر لهما في الاستواء بين الحالتين الا أن الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم فى المشكل بالموت كما لا يتغير فى غير المشكل — ولابى حنيفة رحمه الله ان يد الحى منهما اسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال بل هو اولى لان لليد رجحاناً مطلقاً ولذا يرجح به فى غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الحى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وان حصل الاختلاف بين ورثة الزوجين فالظاهر أنه كالاختلاف بين الزوجين لان ورثة كل منهما يقومون مقامه ولم اره فان وجدت نصاً فاعمل به وهذا الموضوع يحتاج الى فطنة القاضى وذكائه والتحرى بقدر الامكان لانه مشكل والفصل فيه صعب جداً ولذا تشعبت الآراء وكثرت فيه المذاهب — انظر مادة [١١٩]

(مادة ١١٩) اذا مات احد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحي منهما عند عدم البينة

الباب الثامن

﴿ في نكاح الكتابيات وحكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ فى نكاح المسلم الكتابيات ﴾

اعلم أنه يجوز للمسلم ان يتزوج من هى مقرَّة بدين سماوي سواء كانت نصرانية او يهودية وسواء كانت ذمية او مستأمنة او حربية وان كان يكره تزوج الحربية فان لم تكن مُقِرَةَ بدين سماوي كالمجوسية والوثنية فلا يجوز تزوجها وقد تقدم لك شرح هذا المقام في مادة (٣١ و ٣٢) بما لا مزيد عليه فارجع اليه ان شئت. وقد علمت من مادة (٣٩) انه لا ولاية للمسلم على غير المسلم الا اذا كان صاحب ولاية عامة كالسلطان وحينئذ فان كانت الكتابية بالغة عاقلة فهى التي تزوج نفسها بلا توسط ولي وان كانت صغيرة او كبيرة غير عاقلة فالذي يتولى عقد زواجها هو وليها الكتابي فلو كان لبنت صغيرة اخوان احدهما مسلم والآخر ذمى وهى كتابية كانت الولاية عليها فى مالها وفي تزويجها لأخيها الذمي لا المسلم فليس لاخيها المسلم تزويجها لانه لا ولاية له عليها ولكن عند ما يتزوج مسلم كتابية لا يشترط ان يكون الشاهدان مسلمين بل يصح ان يكونا كتابيين سواء كان دينهما موافقاً لدينها

او مخالفاً له فان تزوج مسلم بغير مسلمة واستمر الزوجان على هذا العقد بلا نزاع فيها وأما اذا حصل النزاع في اصل العقد بان ادعى عليها الزواج وهي تنكر واقام عليها البينة وهي الكتابيان اللذان حضرا العقد قبلت شهادتهما عليها وحكم بثبوت الزوجية لقبول شهادة الكتابي على مثله وان كانت هي المدعية وهو المنكر فلا تثبت الزوجية بشهادة الكتابيين لان شهادة الكتابي على المسلم غير مقبولة ولا تنافي بين صحة العقد بحضورهما وعدم ثبوته بشهادتهما اذ الصحة غير الثبوت عند النزاع وانما جاز تزوج الكتابية لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتو الكتاب من قبلكم) — أنظر مادة (١٢٠)

وتزوج الكتابية جائز ولو كان من تزوجها متزوجاً بمسلمة كما انه يجوز للمتزوج كتابية التزوج بمسلمة فاذا حصل الجمع بينهما فلا يفضل المسلمة على الكتابية بشيء ما لان كلا منهما زوجته فيعدل بينهما في كل ما يقدر عليه — أنظر مادة (١٢١)

ولا يتوهم من صحة زواج المسلم الكتابية ان الكتابي يجوز له تزوج المسلمة فان المسلمة لا تتزوج الا مسلماً فلا يجوز تزوجها مشركا وهو من اشرك مع الله غيره ولا كتابياً سواء كان يهودياً او نصرانياً ولو فرض ان تزوجت المسلمة بغير المسلم كان العقد باطلا لقوله تعالى (ولا تُنكحُوا المشركين

(مادة ١٢٠) يصح للمسلم ان يتزوج كتابية نصرانية كانت او يهودية ذمية أو غير ذمية وان كره — ويصح عقد نكاحها مباشرة وليها الكتابي وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها — ولا يثبت النكاح بشهادتهما اذا جحده المسلم ويثبت بها اذا انكرته الكتابية

(مادة ١٢١) يصح نكاح الكتابية على المسلمة والمسلمة على الكتابية وهما في القسم سيان

حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) لان الرجل مستفرش للمرأة فلا يجوز ان يكون اقل منها في الاعتقاد اذ المسلمة تعتقد ما يعتقده الكتابي وزيادة لانها تقر بالرسول الذى يقرُّ به وبما جاء به من عند الله تعالى وبسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وهو لا يقر الا بالرسول الذي هو متبعه فلو اعتقد ما تعتقده هي جاز التزوج — أنظر مادة (١٢٢)

فان استمرت الكتابية التي تزوجها المسلم على دينها فبها وان خرجت عن هذا الدين الى غيره فان كان الدين الذي انتقلت اليه سماوياً ايضاً استمر العقد صحيحاً لانه يجوز للمسلم ان يتزوجها ابتداء لو كانت متدينة بالدين الذي انتقلت اليه فمن باب اولى استمرار العقد على الصحة فاذا تزوج المسلم نصرانية فتهوّدت او يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح لانه يجوز ان يتزوج يهودية او نصرانية ابتداء فبقاء من باب أولى وان كان الدين الذى انتقلت اليه غير سماوى بان كانت يهودية او نصرانية فتمجّست انفسخ النكاح لانه لا يجوز للمسلم ان يتزوج ابتداء بمجوسية فلا يستمر العقد اذا حدثت صفة تمنع من العقد عليها ابتداء — انظر مادة (١٢٣)

والاولاد الذين يولدون بين المسلم والكتابية يحكم عليهم بالاسلام تبعا لدين أبيهم سواء كانت الاولاد ذكورا او إناثا بخلاف ماهو مشهور عند العامة من ان الذكور يتبعون دينه والاناث دينها لان الاصل ان الولد سواء كان مذكراً

(مادة ١٢٢) لاتتزوج المسلمة الا مسلماً فلا يجوز تزوجها مشركا ولا كتابياً يهودياً كان او نصرانياً ولا ينعقد النكاح اصلا

(مادة ١٢٣) اذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت فلا يفسد النكاح

او مؤنثاً يتبع خير الابوين دينا ولذلك لو تزوج وثني كتابية او كتابي مجوسية كان الولد كتابيا لان المجوسي او الوثني شر من الكتابي — انظر مادة (١٢٤)

وليست كل الاحكام المترتبة على زواج المسلم بالمسلمة مترتبة على تزوج المسلم بالكتابية اذ من احكام الزوجية الميراث فاذا مات احد الزوجين المسلمين ولو قبل الدخول ورثه الآخر ولكن لو مات احدهما وكانت الزوجة كتابية فلا يرثه الآخر لان سبب الميراث وان كان موجودا وهو الزوجية الا انه منع منه مانع وهو اختلاف الدين وبناء عليه فان كل اولاد المسلم من الكتابية يرثون اباهم لانهم تابعون له فى الدين لا لها وبما ان اختلاف الدين مانع من الارث فلا يرث غير المسلم من المسلم ولا المسلم من غير المسلم وبعضهم يقول بتوريث المسلم من غير المسلم ولا عكس ولكن الصحيح هو الاول كما ستأتي لك الادلة في المواريث ان شاء الله تعالى — انظر مادة (١٢٥)

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في حكم الزوجية بعد اسلام الزوجين او احدهما ﴾

اذا كان الزوجان غير مسلمين فاما ان يسلم احدهما او يسلما معاً واذا اسلم احدهما فاما ان يكون هو الزوج او الزوجة فان اسلمت الزوجة فاما ان يكون

(مادة ١٢٤) الاولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكوراً كانوا او اناثا يتبعون دينه

(مادة ١٢٥) اختلاف الدين من موانع الميراث فلا يرث المسلم زوجته الكتابية اذا ماتت قبل ان تسلم وهي لا ترثه اذا مات وهي على دينها

الزوج مميزا او غير مميز — فان كان مميزاً ولو صغيراً او معتوها يعرض عليه الاسلام سواء كان كتابياً او غير كتابي فان امتنع فرق القاضي بينهما لان زوجته صارت مسلمة فلا بد من ان يكون زوجها مسلما وان اسلم فاما ان تكون زوجته محرما له بالنظر الى الدين الاسلامي او غير محرم فان كانت محرماً له فرق بينهما ايضاً لالتزامهما احكام الدين الذى انتقلا اليه وهو لا يجوّز ذلك لعدم المحلية وان كانت غير محرم له يقرّان على نكاحهما ولا حاجه لتجديد العقد على حسب الدين الاسلامي لانا امرنا بتركهم وما يدينون ولان حالة الاسلام حالة البقاء والشهادة مثلا ليست شرطاً فيها وانما هي شرط في حالة الابتداء لان الاصل ان كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح اذا تحقق بين غيرهم لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من غيرهم على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وأن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود أو في العدة يجوز في حقهم اذا اعتقدوه ويقرّان عليه بعد الاسلام وأن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم اختلف فيه على قولين فقال بعضهم يقع فاسداً وقال البعض الآخر يقع جائزاً ولكن اذا اسلم احدهما يفرّق بينهما

وان كان غير مميز فاما ان يكون عدم تمييزه لصغره واما ان يكون لجنونه فان كان لصغره ينتظر تمييزه فان مُيِّزَ عرض عليه الاسلام كما تقدم لان التمييز له وقت معلوم فينتظر وان كان لجنونه فلا ينتظر شفاؤه لانه ليس له وقت معلوم وربما طال سنين كثيرة فتتضرر الزوجة التي اسلمت — وحينئذ فاما ان يكون له اب او لا يكون فان كان عرض عليه الاسلام فان اسلم تبعه ابنه واستمرت

الزوجية الا اذا كانت الزوجة محرماً له وان امتنع فرّق بينهما القاضي وان كان له ابوان عرض عليهما الاسلام لانه يصير مسلما تبعاً لاحدهما فاذا أبى احدهما فلا بد من عرضه على الآخر — وان لم يكن له اب ولا ام يقيم له القاضي وصياً ليقضي عليه بالفرقة لانه لا يجوز عرض الاسلام على المجنون لعدم صحته منه ولا يجوز انتظار الشفاء لعدم علم الوقت الذي يحصل فيه فربما بقي زمناً طويلا فتتضرر الزوجة التي اسلمت ولا يجوز القضاء على المجنون فاقيم له الوصي للقضاء عليه بالفرقة. — وليس المراد من عرض الاسلام على والده أنه يعرض عليه بطريق الالزام بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الاولاد عادة فلعل ذلك يحمله على ان يسلم الا ترى انه اذا لم يكن له والد ان جعل القاضي له وصياً وفرق بينهما فالاباء يسقط هنا للتعذر فائدة نصب الوصي الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة لانه لا يصير مسلما بتبعيته غير الابوين — وتستمر الزوجية الى ان يقضي القاضي بالفرقة ومالم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية ويترتب عليه انه لو ماتت الزوجة قبل الحكم بالفرقة وجب لها كمال المهر وان لم يدخل بها لان النكاح قائم والمهر يتقرر بالموت ولكن لا يتوارثان لقيام المانع وهو اختلاف الدين

وفي حال ما اذا امتنع الزوج عن الاسلام بعد عرضه عليه فيما اذا كان مميزاً او امتنع احد ابويه عن الاسلام فيما اذا كان مجنوناً وفرّق القاضي بين الزوجين يكون التفريق طلاقا بائنا لا فسخا ويترتب على ذلك انه لو اسلم بعد ذلك وتزوجها ملك عليها طلقتين لا ثلاثا وقال ابو يوسف هذا التفريق فسخ لا طلاق واستغرب بعضهم هذا الحكم قائلا هذا من اغرب المسائل

حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون وفي هذا الاستغراب نظر اذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للايقاع بل للوقوع اى انهما ليسا اهلا لايقاع الطلاق منهما بل هما اهل للوقوع اي حكم الشرع بوقوعه عليهما وفي شرح التحرير قال صاحب الكشف وغيره المراد من عدم شرعية الطلاق او العتاق في حق الصغير عدمهما عند عدم الحاجة فاما عند تحققها فمشروع قال شمس الائمة السرخسي يزعم بعض مشايخنا ان هذا الحكم غير مشروع اصلا في حق الصبي حتى ان امرأته لا تكون أهلا للطلاق وهذا وهم عندي فان الطلاق يملك بملك النكاح اذ لا ضرر في اثبات اصل الملك بل الضرر في الايقاع حتى اذا تحققت الحاجة الى صحة ايقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحاً فاذا اسلمت زوجته وأبى فرّق بينهما وكان طلاقاً عند ابي حنيفة ومحمد واذا ارتد والعياذ بالله تعالى وقعت البينونة وكان طلاقاً في قول محمد واذا وجدته مجبوباً فخاصمته فرق بينهما وكان طلاقاً عند البعض وللكلام تتمة فى رد المحتار فى الجزء الثاني صحيفة ٥٣٦ — انظر مادة (١٢٦)

(مادة ١٢٦) اذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم يقران على نكاحهما ما لم تكن المرأة محرماً له وان أبى الاسلام او اسلم وهي محرم له يفرق الحاكم بينهما في الحال ولو كان صغيراً مميزاً اومعتوهاً فان كان غير مميز ينتظر تمييزه وان كان مجنوناً فلا ينتظر شفاؤه بل يعرض الاسلام على ابويه لا بطريق الالزام فان اسلم احدهما تبعه الولد وبقي النكاح على حاله وان اباه كل منهما يفرق بينه وبين زوجته وان لم يكن له اب ولا ام يقيم القاضي عليه وصياً ليقضي عليه بالفرقة وتفريق القاضي لاباء الصبي المميز واحد ابوى المجنون طلاق لا فسخ وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية

واذا اسلم الزوج فاما ان تكون امرأته كتابية او غير كتابية فان كانت كتابية فلا يعرض عليها الاسلام بل النكاح باق على حاله لان المسلم يجوز له ابتداء ان يتزوج كتابية فبقاء من باب اولى

وان كانت غير كتابية فان كانت مجوسية او وثنية يعرض عليها الاسلام فان اسلمت او دخلت في دين سماوي فاما ان تكون محرماً له او غير محرم فان كانت غير محرم له فالزوجيـة باقية وان كانت محرماً فرّق بينهما وكذلك ان امتنعت عن الدخول فى دين سماوى فانه يفرّق بينهما لعدم جواز تزوج المسلم غير الكتابية لقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ)

وتفريق القاضي لا بأنها فسخ لا طلاق فلو اسلمت بعد ذلك وتزوجها ولم يكن اوقع عليها طلاقاً ملك عليها ثلاث طلقات وانما كان فسخاً لا طلاقاً لان الطلاق لا يكون من النساء بل الذى يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعاً هو الفسخ فينوب القاضي منابها فيما تملكه. وما دام القاضى لم يفرق بينهما فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق. واحكام الزوجية موجودة الا الميراث لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين — انظر مادة (١٢٧)

واذا اسلم الزوجان معاً فاما ان تكون الزوجة محرماً للزوج او غير محرم فان كانت محرماً له فرق بينهما وان كانت غير محرم له بقي النكاح على حاله فيقرّان

(مادة ١٢٧) اذا اسلم الزوج وكانت امرأته كتابية فالنكاح باق على حاله وان كانت غير كتابية يعرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي زوجته وان أبت الاسلام او اسلمت وكانت محرماً له يفرق بينهما والتفريق بإبائها فسخ لا طلاق وما لم يفرق الحاكم فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق

عليه ومحل ذلك اذا كان اصل العقد جائزاً عندهم فلو تزوج غير مسلم بلا شهود او فى عدة غيره مثلا وكان هذا جائزاً عندهم ثم اسلما أقرا عليه فان لم يكن جائزاً عندهم جدد العقد على حسب الدين الاسلامي الذي انتقلا اليه . وكل هذه الاحكام انما هى بعد اسلام الزوجين فاذا لم يسلما فلا يتعرض القاضى لهما ولو كانت الزوجة محرماً له لاننا أمرنا بتركهم وما يدينون الا فى حالتين الحالة الاولى أن يترافعا الينا راضين بحكم القاضى فانه ينظر فى شكواهما بحسب الشريعة الاسلامية ويحكم عليهما بمقتضاها لانهما رضيا بها فان ترافع احدهما فليس للقاضى الشرعى النظر فى الدعوى فلا يجبر الآخر على الحضور أمامه لسماع الدعوى لان حق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده — الثانية ان يكون هناك حق مسلم فان القاضى ينظر فى المسألة وان لم تحصل مرافعة اصلا كما اذا كانت كتابية متزوجة بمسلم فطلقها فتزوجها كتابي قبل انقضاء عدة المسلم فللقاضى في هذه الحالة ان يفرق بينهما وان لم يترافعا ولا احدهما للمحافظة على حق المسلم

ومثل هذا ما اذا تزوج الذمي مسلمة فان القاضى يفرق بينهما وان لم تحصل مرافعة ويوجعه عقوبة ان دخل بها ويعزر من زوجها له وتعزر المرأة أيضاً وان اسلم بعد النكاح لا يترك على نكاحه بل يجدد العقد بينهما وهذا هو مذهب الامام وقال الصاحبان اذا كانت الزوجة محرماً له فان القاضي يفرق بينهما بمرافعة أحدهما فلا يشترط عندهما مرافعة الاثنين وعلى هذا الخلاف ما لو طلق غير المسلم امرأته ثلاثا وتزوجها قبل ان تتزوج بغيره او جمع بين المحارم كما اذا تزوج اختين مثلا او تزوج اكثر من اربع نسوة فعنده لا تفريق الا اذا ترافعا وعندهما

يفرق بمرافعة احدهما — انظر مادة (١٢٨)

ولا يحكم على شخص بالاسلام بالتبعية لشخص آخر الا الولد بالنسبة للوالدين فان أسلم احد الزوجين وكان بينهما ولد صغير قبل اسلامه او ولدلهما ولد بعد اسلامه سواء كان قبل عرض الاسلام على الآخر او بعد عرضه فانه يحكم باسلامه تبعاً لمن اسلم من ابويه ولكن فى بعض الصور لأن الولد اما ان يكون مقيماً فى دار الاسلام او فى دار الحرب وعلى كل فاما ان يكون من اسلم من ابويه مقيما في دار الاسلام او في دار الحرب فالصور أربع الأولى ان يكون كل منهما مقيماً فى دار الاسلام . الثانية ان يكون الولد مقيما في دار الاسلام ومن اسلم من ابويه مقيما في دار الحرب . الثالثة ان يكون كل منهما مقيما فى دار الحرب. الرابعة ان يكون الولد مقيما في دار الحرب ومن اسلم من أبويه مقيما في دار الاسلام فيحكم على الولد بالاسلام بالتبعية في الصورة الاولى والثانية أى متى كان الولد مقيما في دار الاسلام سواء كان من اسلم من أبويه مقيما بها اولا ولا يحكم باسلامه في الصورتين الاخيرتين لان دار الحرب لا تدخل تحت حكم المسلمين فلا يحكم على من هو مقيم فيها بحكم يخصهم — انظر مادة (١٢٩)

(مادة ١٢٨) اذا اسلم الزوجان معاً بقى النكاح على حاله مالم تكن المرأة محرماً له فان كانت كذلك يفرق الحاكم بينهما وليس له ان يفرق بين الزوجين المحرمين غير المسلمين الا اذا ترافعا اليه معا وله ان يفرق من غير مرافعة بين الزوجين اذا كانت كتابية معتدة لمسلم وتزوجت قبل انقضاء عدتها

(مادة ١٢٩) اذا اسلم احد الزوجين وكان بينهما ولد صغير او ولد لهما ولد قبل عرض الاسلام على الآخر او بعده فانه يتبع من اسلم منهما ان كان الولد مقيما في دار =

ولا يحكم باسلام الولد بالتبع لغير الوالدين ولو كان ذلك الغير جداً سواء كان ابو الولد موجوداً او غير موجود لان الحكم باسلامه انما هو بالتبعية فتضعف اذا كان هناك واسطة ولان الولد لو تبع الجد فى الاسلام لكان تابعاً لجد الجد وهكذا فيؤدى الى كون كل الناس مسلمين تبعاً لاسلام آدم عليه السلام وتستمر هذه التبعية ما دام الولد صغيراً سواء كان عاقلا او غير عاقل فاذا بلغ فاما ان يبلغ عاقلا او غير عاقل فان كان الاول انقطعت التبعية وان كان الثاني فلا تنقطع التبعية بل تستمر الى أن يعقل والاصل فى هذا أن الولد يتبع خير الابوين ديناً لانه اصلح له فاذا تزوج مسلم كتابية كان كل الاولاد على دينه وان اسلم احد الابوين تبعه الولد . ولو كان كتابي متزوجاً مجوسية او مجوسي بكتابية تبع ولدهما الكتابي لان المجوسي شر من الكتابي لان الكتابي يتبع ديناً سماوياً أتى به رسول من الرسل عليهم الصلاة والسلام — انظر مادة (١٣٠)

الاسلام سواء كان من اسلم من ابويه مقيما بها او في غيرها فان لم يكن الولد مقيما بدار الاسلام فلا يتبع من اسلم من ابويه

(مادة ١٣٠) لايتبع الولد جده ولا يصير مسلما باسلامه ولو كان ابوه ميتاً وتستمر تبعية الولد لمن اسلم من ابويه مدة صغره سواء كان عاقلا او غير عاقل ولا تنقطع الا ببلوغه عاقلا فلو بلغ مجنوناً او معتوهاً فلا تزال تبعيته مستمرة

الباب التاسع

﴿ فى النكاح الغير الصحيح والموقوف ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ في النكاح الغير الصحيح ﴾

قد علمت مما تقدم أن النكاح الغير الصحيح هو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة بان كانت المرأة غير محل له او كانت محلا له ولكن حصل العقد بغير شهود وعدم محلية المرأة للزواج ان تكون محرَّمة على من يريد التزوُّج بها سواء كانت حرمتها عليه مؤبدة اي لا تحل له فى وقت من الاوقات او مؤقتة بان كانت تحرم عليه في وقت لوجود ما يمنع العقد عليها وتحل له فى وقت آخر بان زال المانع

فاذا فرض ان رجلا تزوج من تحرم عليه حرمة مؤبدة سواء كان سبب التحريم النسب بان تزوج اخته مثلا او كان الرضاع كما اذا تزوج امه من الرضاع مثلا او كان المصاهرة كأن تزوج امرأة ابيه فلا شك فى عدم صحة هذا العقد وحينئذ تجب عليهما مفارقة بعضهما لانه يجب علي المتعاقدين رفع العقد الغير الصحيح خصوصاً مثل هذا

فان افترقا من نفسهما فبها والا فيجب علي القاضى ان يفرّق بينهما ولا

يكتفي بهذه الفرقة بل لا بد من العقاب لانهما أتيا امرا منكراً فيعاقبان عليه ولما كان هذا الامر فظيعاً لم يقيد الشارع الحاكم بشئ مخصوص يستعمله بل فوض اليه النظر فى التعزير لان ذلك يختلف باختلاف حالهما فالعالم بالحرمة لا يعاقب مثل الجاهل بها بل يعاقب كلا منهما عقوبة تليق بحاله ولو رأى انه يزيد في تعزيره عن المقدر شرعاً فلا مانع من ذلك ويكون ذلك من باب السياسة الشرعية التي تجيزها الشريعة الغراء عند ماتدعو الحاجة اليها وهذا مذهب ابي حنيفة وقال الصاحبان والشافعي ومالك واحمد يحدُّ حد الزنا ان كان عالماً بالحرمة لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يكون لغواً ووجهه ان محل التصرف هو ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا للحكم لان حكمه الحل وهى من المحرمات — ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف هو ما يكون قابلا لمقصوده وهو هنا التوالد وبنات آدم قابلة لذلك الا ان هـذا العقد تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزّر ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة فيسقط الحد أم لا فعندهم لا لانه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ اهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما اذا لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة وعند ابي حنيفة نعم هو شبهة يوجب سقوط الحد ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ماهو محله أولا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات فى سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد

لا انعقاده لانه لا انعقاد فى غير المحل وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها — وبتأمل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة لخصوص هذا العاقد اى ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو عقد وهو حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى عاقد مخصوص ولذا علل بقبولها مقاصده — انظر مادة (١٣١)

واذا تزوج رجل من تحرم عليه حرمة مؤقتة كما اذا تزوج امرأة الغيراو معتدّته فالنكاح غير صحيح ايضا لان المرأة غير محل للعقد فان فارقها من نفسه فبها وإلا فالقاضي يجب عليه التفريق بينهما — فان كان قبل الدخول بها عزّره بما يليق بحاله لاقدامه على امر غير جائز شرعاً ومن باب اولى ما اذا كان التفريق بعد الدخول ولكن التعزير يختلف لانه ان فعل ذلك عالماً بالحرمة يعاقبه باشد العقوبات التى يراها زاجرة له عن ارتكاب مثل هذا العمل ورادعة لغيره عن الاقدام على مثل عمله وان فعله غير عالم بالحرمة يعاقبه بما يليق به لان الاشخاص تختلف بالنسبة للتأثر فيستعمل مع كل ما يراه زاجرا له

وان حصل التفريق بعد الدخول فلا عدة على المرأة فلا يحرم على زوجها وقاعها عقب التفريق ان كان عالماً بالحرمة لان دخوله بها في هذه الحالة يعتبر

(مادة ١٣١) اذا تزوج احد احدى محارمه نسبا اورضاعا اوصهرية فالنكاح لا يصح اصلا ويفرّق بينهما ان لم يفترقا ويعاقب الزوج باشد العقوبات التعزيرية سياسة ان فعل ذلك عالما بالحرمة او بعقوبة تليق بحاله ان فعله جاهلا بها

محض زنا والزنا لا حرمة له

وان كان لا يعلم بالحرمة تجب عليها العدة بعد التفريق فيحرم على زوجها الاول وقاعها قبل انقضاء عدتها

وبعضهم يقول ان الخلاف الجاري بين الامام ابي حنيفة وغيره فيما ذكر يأتي هنا ايضاً فى كل من تحرم عليه حرمة مؤقتة ولو لم تكن زوجة للغير ولا معتدته ويقيده بعضهم بالعقد على من تحرم عليه حرمة مؤبدة وهذا هو الذي ارتضاه ابن الكمال للنصوص التي اوردها فى ذلك — انظر مادة (١٣٢)

ومن أسباب التحريم المؤقت الجمع بين الاختين فمن تزوج امرأة حرم عليه ان يتزوج اختها ما دامت الاولى في عصمته فان ماتت أو طلقها وانقضت عدتها جاز له ان يتزوج اختها لزوال المانع وهو الجمع بينهما

فاذا جمع الرجل بين اختين فلا يخلو الحال من أحد امرين الاول ان يكون ذلك فى عقد واحد الثانى ان يكون في عقدين فان كان فى عقد واحد فاما أن يكون هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما دون الاخرى أو ما يمنع العقد على كل منهما أو ليس هناك ما يمنعه فان كان هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما كما اذا كانت متزوجة او معتدة لغيره وليس هناك مانع في الاخرى صح العقد بالنسبة للخالية عن المانع وبطل بالنسبة للاخرى لوجود مرجح لصحة العقد في حق الأخرى فلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فلا يتحقق

(مادة ١٣٢) اذا تزوّج احد امرأة الغير او معتدته فلا يصح النكاح اصلا ويوجع عقوبة ان دخل بها عالماً بالحرمة ويعاقب بما يليق به ان فعله غير عالم بها وفي صورة العلم لا عدة على المرأة بعد التفريق فلا يحرم وقاعها علي الزوج الاول لو متزوجة وفى صورة عدم العلم تجب عليها العدة ويحرم علي زوجها لاول وقاعها قبل انقضائها

الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة رجلين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة فانها تكون زوجة للآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين اذ كانت هي لا تحل لاحدهما — وان كان هناك ما يمنع العقد على كل منهما كما اذا كانت احداهما متزوجة والاخرى معتدة لغيره مثلا فسد العقد بالنسبة لكل منهما لوجود المانع من صحته في هذه الحالة كما لو كان العقد على واحدة منهما فقط

وان لم يكن هناك مايمنع العقد على كل منهما بان كانتا خاليتين من موانع النكاح الشرعية فسد العقد بالنسبة اليهما ايضاً لانه لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد فلا يمكن تصحيحه بالنسبة لهما معاً ولا بالنسبة لواحدة منهما لانه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح وهذا لايجوز وحينئذ يلزمه مفارقتهما لان كل عقد فاسد يجب على المتعاقدين عدم الامضاء فيما يقتضيه لو كان صحيحاً خصوصاً في مثل هذا العقد فان فارقهما فبها والا فرّق القاضي بينه وبينهما دفعاً للمعصية بقدر الامكان. وهذا التفريق اما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان قبله فلا مهر لهما لان كل عقد فاسد حصلت فيه الفرقة قبل الدخول لاتستحق المرأة به شيئاً من المهر وكذا لاعدة عليها لان الفرقة اذا حصلت بين الزوجين قبل الدخول فلا تجب العدّة على الزوجة الا اذا كانت بسبب موت الزوج بشرط ان يكون العقد صحيحاً

وان كان بعد الدخول بهما وجب لكل الاقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد وعليهما العدة ويعلم حكم ما اذا دخل بواحدة منهما فقط مما تقدم

وان كان في عقدين فاما ان يعلم الاول منهما او لا يعلم او علم ونسي فان

علم الاسبق منهما وكان مستوفياً لشروط الصحة حكم بصحته وبطلان الثاني لان العقد على الاولى وقت حصوله لم يكن هناك مانع من صحته بخلاف العقد على الثانية فان هناك ما يمنع من صحته وهو الجمع بين الاختين فيبطل وحينئذ يلزمه ترك الثانية فان لم يفعل فرق القاضي بينهما — وهذا التفريق اما ان يكون قبل الدخول بها او بعده فان كان قبله حل له وقاع الاولى وان كان بعده حرم عليه ذلك حتى تنقضي عدتها لانه يلزم عليه الجمع بين الاختين فى العدة وهو ممنوع — واما اذا لم يعلم الاسبق منهما أو علم ونسي فاما ان يعلم ان أحدهما بعينه غير صحيح من الاصل او لا يعلم فان علم ذلك صح الآخر لانه متى كان احدهما غير صحيح حكم بصحة الآخر سواء كان متقدما او متأخراً وان لم يعلم ذلك حكم ببطلان العقدين لان العقد على واحدة منهما وهى المتأخرة باطل بيقين ولا يمكننا ان نحكم بصحة العقد على واحدة منهما معينة لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ولا يمكن ايضاً تصحيحه في احداهما غير معينة لعدم الفائدة بالنسبة للزوج وهى حل القربان لانه لا يثبت مع الجهالة وللضرر بالنسبة الى الاختين لان كلا منهما تبقى معلقة لاصاحبة زوج ولا مطلقة وبالنسبة للزوج ايضاً بالزامه بالنفقة والسكنى من غير فائدة تعود عليه فتعين التفريق والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة فان اراد ان يتزوج باحداهما بعد التفريق فله ذلك ان كان التفريق قبل الدخول وان كان بعده فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما فان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله ان يتزوج بالمعتدة دون الاخرى كيلا يكون جامعاً بينهما وان دخل باحداهما فله ان يتزوجها دون الاخرى ما لم تنقض عدتها لان عدتها تمنع التزوج باختها فان انقضت عدتها

جاز له ان يتزوج بايهما شاء لعدم المانع

هذا بالنسبة للتزوج وأما بالنسبة للمهر فاما أن يكون التفريق قبل الدخول أو بعده فان كان قبل الدخول فلهما معاً نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وهذا مقيد بثلاثة قيود الاول أن يكون المهر مسمى فى العقد فلو لم يكن مسمى وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر.الثانى أن يستوى المهران جنساً وقدراً كما اذا سمى لكل مائة جنيه مثلا فان اختلفا قال بعضهم يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها وقال بعضهم يقضي لهما معاً بالاقل من نصفي المهرين فاذا سمي لواحدة منهما مائة جنيه مثلا وللاخري ثمانين يقضى لكل منهما بربع مهرها على القول الاول وعلى الثاني يقضى لهما باربعين فتأخذ كل نصفها وهذا هو الظاهر لانه هو المتيقن سواء كان عقد من مهرها اكثر متقدماً او متأخراً بخلاف الاول الثالث ان تدعى كل واحدة منهما انها الاولى ولا بينة لهما اما اذا قالتا لاندرى اي العقدين اول فلا يقضى لهما بشئ لان المقضى له مجهول وهو يمنع صحة القضاء ونظيره من قال لرجلين لاحدكما علىّ الف فانه لا يقضى لواحد منهما بشئ الا اذا اصطلحا بان يتفقا على اخذ نصف المهر وصورة هذا الاصطلاح أن يقولا عند القاضي لنا عليه نصف المهر لا يتعدانا الى غيرنا فنصطلح على اخذه فيقضى القاضى لهما به

وان كان بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلا يسقط منه شيء — انظر مادة (١٣٣)

(مادة ١٣٣) اذا تزوّج الرجل اختين خاليتين عن نكاح وعدة فى عقد =

ومن اسباب التحريم المؤقت التطليق ثلاثاً وعدم الدين السماوى والجمع بين الاجنبيات زيادة على اربع فاذا طلق رجل امرأته ثلاثاً فلا يجوز له ان يعقد عليها الا بعد ان تتزوج بغيره بالشروط المعلومة فاذا تزوج قبل ذلك فلا شك في فساد هذا العقد ومثله ما اذا تزوج مسلم من ليست متدينة بدين سماوي كالوثنية مثلا او كان متزوجاً اربعا وتزوج خامسة قبل ان تحرم عليه احدى الاربع فان العقد غير صحيح وكذلك التزوج بلا شهود وحينئذ يجب على كل منهما فسخ هذا العقد وترك صاحبه اذ العقد الفاسد يجب رفعه ويفسخ احدهما هذا العقد انفسخ بلا توقف على رضا صاحبه ولا على قضاء القاضي سواء كان قبل الدخول أو بعده فان فعل احدهما ذلك فبها والا فرق القاضي بينهما لان هذا منكر فيزيله — انظر مادة (١٣٤)

واحد فنكاحهما غير صحيح ويجب التفريق بينه وبينها ان لم يفارقها ولا مهر لها ان وقع التفريق قبل الدخول فان كانت احداهما متزوجة او معتدة فنكاحها غير صحيح ونكاح الخالية صحيح. فان تزوجهما فى عقدين متعاقبين وعلم الاسبق منهما وكان صحيحاً فنكاح الثانية غير صحيح ويفرق بينهما عند عدم المتاركة وان كان واقعها يحرم عليه قبل مضي عدتها وقاع الاولى . فان لم يعلم الاسبق منهما أو علم ونسى بطل العقدان معاً. فان لم يكن احدهما بعينه غير صحيح من الاصل فيصح الآخر. وان وقع التفريق بينه وبينها قبل الدخول بهما قله ان يتزوج ايتهما شاء في الحال ويكون لهما معا نصف المهر في حالة التفريق قبل الدخول ان كان مهراهما مسميين في العقد ومتساويين جنساً وقدراً وادعت كل منهما انها الاولى ولا بينة لهما ولو أقامت احداهما بينة على اسبقية عقدها فنكاحها هو الصحيح ولها نصف المهر دون التى بطل نكاحها. فان اختلف مهراهما جنساً او قدراً فلهما معا الاقل من نصفى المهرين المسميين وان لم يكن لهما مهر مسمى فالواجب لهما متعة واحدة. وان كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كامل

(مادة ١٣٤) اذا تزوج الرجل مطلقته ثلاثاً قبل أن يصيبها زوج غيره ويحلها =

ولا تنس ما تقدم لك في شرح المادة السابعة عشرة والثامنة عشرة من ان احكام الزواج لا تترتب على العقد الا اذا كان صحيحاً فان كان غير صحيح فلا تترتب عليه الاحكام فاذا تزوج رجل امرأة وكان العقد غير صحيح وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول او ما يقوم مقامه فلا تترتب عليه حرمة المصاهرة فيجوز له ان يتزوج باصول وفروع من عقد عليها هذا العقد وهي تحل لاصوله وفروعه بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا فانها لا تحل لاصول الزوج ولا لفروعه بمجرد العقد ويحرم على الزوج التزوج باصولها بمجرد العقد ولا تحرم عليه فروعها الا بالدخول لان القاعدة ان العقد على البنات يحرم الامهات والدخول بالامهات يحرم البنات ومثل المصاهرة الارث فانه يترتب على العقد الصحيح لا الفاسد وكذلك غيره من الاحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين فراجعهما — انظر مادة (١٣٥)

وقد علمت في شرح المادة الثانية والاربعين انه اذا استوي وليان في القرب كأخوين شقيقين او لاب او ابني عم كذلك فأيهما تولي زواج الصغيرة صح وليس للآخر نقضه لان الولاية ثابتة لكل منهما على الكمال فان زوجها كل منهما فاما ان يكون لرجل او لرجلين فان كان لرجل فلا كلام وان كان لرجلين

له او تزوج مجوسية او خامسة قبل تطليق الرابعة وانقضاء عدتها او تزوج امرأة بلا شهود. فالنكاح غير صحيح ايضاً والتفريق بينهما واجب ولكل منهما فسخه وترك صاحبه واخباره بذلك بلا توقف على القضاء قبل الدخول او بعده

(مادة ١٣٥) كل نكاح وقع غير صحيح لا يوجب حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق قبل الوطء ودواعيه ولا يرث احد منهما الآخر ويثبت فيه النسب كما تقدم في المادة الثامنة عشرة

فان علم الاسبق منهما صح وبطل المتأخر لانه حصل وهي متزوجة فيكون هناك مانع من العقد عليها فيبطل فان جهل الاسبق منهما فهما باطلان لاننا لو حكمنا بصحة احدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح وهو لا يجوز ومثله ما اذا وقعا معاً فانهما باطلان اذ لا يمكننا تصحيح واحد منهما لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح — انظر مادة (١٣٦)

وقد علمت من الفصل الثاني في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين حكم ما اذا زوج الولى موليته لغيره سواء كان الولى أباً او جداً او غيرهما والصور التى يكون العقد فيها صحيحاً نافذاً لازماً والتى يكون فيها غير لازم والتى يكون العقد فيها غير صحيح — وأما اذا زوج الولى موليته لنفسه فان كانت لا تحل له فلا يصح العقد مطلقاً سواء اذنته او لم تأذن فاذا زوج الاخ اخته لنفسه فلا يصح هذا التزوج لانها محرّمة عليه — وان كانت المولية يحل تزوجها للولى كما اذا كان لرجل بنت عم وليس هناك من الاولياء من هو اقرب منه وزوجها لنفسه فاما ان تكون البنت رشيدة او غير رشيدة فان كانت رشيدة اى بالغة عاقلة فاما ان تأذن له في تزويجها لنفسه او لا تأذن فان اذنته صح العقد لانه في هذه الحالة يكون أصيلا من جهة نفسه ووكيلا من جهتها ويصح للشخص ان يتولى طرفي العقد في هذه الصورة والاذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة فلو قال ابن العم لبنت عمه الكبيرة اني اريد ان ازوجك من نفسي فسكتت فزوجها من نفسه جاز لوجود الاذن دلالة

(مادة ١٣٦) اذا استوى وليان في القرب وزوج كل منهما الصبية من رجل آخر صح الاسبق من العقدين وبطل الآخر فان جهل الاسبق منهما اووقعا معافهما باطلان

وهو السكوت سواء كانت بكراً أو ثيباً وان لم تأذن له وزوجها لنفسه فلا يصح لانه في هذه الحالة يكون اصيلا من جهة نفسه فضولياً من جهتها وليس للشخص ان يتولى طرفي العقد فى هـذه الحالة فيقع العقد فاسداً ولذلك لو رضيت بعد وقوعه قبـل اذنها ولو كان رضاها صريحاً لم يصح لان العقد متى وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً بالاجازة وانما الاجازة تؤثر بالنسبة للعقد الموقوف فيصير نافذاً بها وهذا مذهب الامام ومحمد وقال ابو يوسف لا يكون العقد فاسـداً بل يتوقف على الاجازة .فان كانت البنت صغيرة وزوجها الولى الذي تحل له لنفسه صح العقد لانه في هذه الحالة يكون اصيلا من جهة نفسه ولياً من جهتها وللشخص في هذه الحالة ان يتولى طرفى العقد

وحاصل المسائل التي يتولى الشخص فيها طرفى العقد وهما الايجاب والقبول بالقسمة العقلية عشرة : واحد منها مستحيل وهو الاصيل من الجانبين لانه يستحيل ان يكون الشخص الواحد زوجا وزوجـة وخمسة نافذة باتفاق الامام وصاحبيه وهى الآتية — الاولى ان يكون متولى الطرفين وكيلا من الجانبين فاذا وكلت امرأة رجلا في ان يزوجها لفلان ووكله فلان ايضاً فى ان يزوجه هذه المرأة وتولى هذا الوكيل الايجاب والقبول وحده بان قال زوجت موكلتي فلانة لموكلى فلان صح - الثانية ان يكون وليا من الجانبين فاذا كان لرجل بنت وله ابن اخ هو وليه وزوّج بنته لابن اخيه صح العقد — الثالثة ان يكون اصيلا من جانب ووليا من جانب كما فى مسألة ابن العم المتقدمة - الرابعة ان يكون اصيلا من جانب ووكيلا من جانب آخر فاذا وكلت امرأة رجلا فى ان يزوجها لنفسه وفعل صح العقد وهو في هـذه الحالة اصيل من جانب

نفسه وكيل من جانب الزوجة - الخامسة ان يكون وليا من جانب وكيلا من جانب فاذا كان لرجل ابن صغير ووكلته امرأة فى ان يزوجها لابنه وفعل صح العقد وهو في هذه الحالة ولي من جانب ابنه وكيل من جانب الزوجة

واربعة مختلف فيها فقال الامام ومحمد لايتوقف العقد فيها على الاجازة بل يقع فاسدا وقال ابو يوسف يتوقف على الاجازة وهى الآتية

الاولى ان يكون متولى الطرفين فضوليا من الجانبين يعنى لم تثبت له الولاية بوجه من الوجوه كما اذا قال شخص زوجت فلانة من فلان وهو ليس وليا ولا وكيلا لاحدهما فهو فضولي من جهتهما — الثانية ان يكون فضوليا من جانب وكيلا من جانب آخر كما اذا وكل رجل شخصاً فى ان يزوجه فلانة فقال هذا الوكيل زوجت فلانة من موكلى وليست له الولاية عليها اصلا فهو في هذه الحالة وكيل من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة — الثالثة ان يكون فضوليا من جانب وليا من جانب آخر فاذا كان لرجل ابن صغير وقال زوجت فلانة لابني بدون ان تكون له عليها ولاية شرعية فهو ولي من جانب الزوج فضولى من جانب الزوجة — الرابعة ان يكون اصيلا من جانب فضوليا من جانب آخر فاذا تزوج رجل امرأة ليست له الولاية عليها كان اصيلا من جهة نفسه فضولياً من جهتها ومن هذه مسئلة ابن العم اذا زوج بنت عمه الكبيرة لنفسه بدون اذنها قبل العقد فانه اصيل من جهة نفسه فضولي من جهتها ففي هذه المسائل الاربع يقع العقد فاسدا عندهما فلا تلحقه الاجازة وعند ابي يوسف يكون موقوفا على الاجازة — واستدل ابو يوسف على قوله بان الواحد اذا كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا من الجانبين او من جانب توقف

على الاجازة لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حال الحضور حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة يكون الموجود شطرا لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ماوراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى المتعاقدين فيصير ككلامين

وقال زفر لايجوز أن يتولى طرفي العقد واحد اصلا وكذا عند الامام الشافعي رضي الله عنه الا اذا كانت هناك ضرورة عنده مثل الجد فانه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه لانه لا يوجد احد في درجته حتى يزوجها بخلاف ابن العم اذا اراد ان يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز لانه لا ضرورة اليه اذ يمكن ان يزوجها ابن عمها غيره في درجته وكذلك الوكيل لاحاجة اليه واستدلا بان الواحد لايكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع

ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر اما وجه كونه معبرا فلأن عبارة العقد صدرت منه والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين واما وجه كونه سفيرا فباعتبار ان حقوق العقد ليست براجعة اليه بل الى الموكل فلا يطالب بالمهر ولا بتسليم الزوجة وكل من هو كذلك لايمنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما لتمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لاترجع اليه لانه

سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر ولذا ترجع الحقوق اليه فيطالب بتسليم الثمن والمبيع ويكون خصما في الرد بالعيب الى غير ذلك من الاحكام وروى البخاري ان عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ اتجعلين امرك الى قالت نعم قال تزوجتك فعقده بلفظ واحد. وعن عقبة ابن عامر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل اترضى ان ازوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة اترضين ان ازوجك فلانا قالت نعم فزوج احدهما صاحبه — ثم في كل موضع يجوز للشخص فيه ان يتولى طرفى العقد وهما الايجاب والقبول يكفى فيه قوله زوجت فلانة من فلان لانه يتضمن شطرى العقد وهما الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا حاجة الى القبول وقول الامام الاعظم هو المعول عليه — انظر مادة(١٣٧)

﴿ الفصل الثانى ﴾

﴿ في النكاح الموقوف ﴾

اعلم ان عقد الزواج كباقي العقود تارة يكون صحيحاً نافذاً لازماً كما اذا زوجت المكلفة نفسها بكفء وبمهر المثل او زوج الاب بنته وهو معروف بحسن الاختيار ولو كان بغير كفء او بأقل من مهر المثل — وتارة يكون صحيحاً نافذاً غير لازم كما اذا زوج غير الاب والجد من الاولياء موليته بكفء وبمهر المثل — وتارة يكون غير صحيح وهو الذي فقد شرطاً من شروط الصحة

(مادة ١٣٧) اذا زوّج الولي نفسه من موليته البالغة التي تحل له بغير اذنها قبل العقد فالنكاح غير صحيح ولو سكتت حين بلغها النكاح أو افصحت بالرضا

وقد عرفت كل هذه الاقسام مما تقدم — وتارة يكون صحيحاً غير نافذ وهو الموقوف فلا تترتب عليه الاحكام الا اذا اجازه من له الاجازة وكان العقد قابلا لها . ومن هذا القسم ما اذا تزوج الصغير او الصغيرة المميزان بدون اذن من الولى قبل العقد فانه يكون موقوفاً على اجازة الولىّ لان الشارع اقامه لينظر فى مصالحهما لقصور الرأي عندهما فاذا راى ان هذا العقد فيه منفعة لهما نفذه والا أبطله وليس من المصلحة ان ينفذ الولىُّ العقد الذي يكون فيه غبن فاحش بزيادة فى المهر بالنسبة للصغير أو نقص فيه بالنسبة الى الصغيرة — فاذا تزوج صبي مميز امرأة بمائتى جنيه بغير اذن وليه وكان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهاً فلا ينفذ هذا العقد وان اجازه الولى لانه ليس من المصلحة فى شيء ومثله الصغيرة المميزة لو تزوجت باقل من مهر مثلها وكان الغبن فاحشاً فلو كان الغبن يسيراً قبل العقدُ الاجازة والغبن الفاحش هو الذى لا يدخل تحت تقويم المقوّمين واليسير هو الذي يدخل تحت التقويم ومثل الصغير المميز في كل الاحكام المتقدمة المعتوه والمعتوهة فاذا كان الصبي او الصبية غير مميزين فلا يصح تزوجهما اصلا ومثلهما المجنون والمجنونة — انظر مادة(١٣٨)

ومن قسم الزواج الموقوف ما اذا زوج الولى البعيد المولية مع وجود الولى القريب المتوفرة فيه شروط الاهلية فاذا كان لبنت اخوان احدهما شقيق والآخر لاب فالولاية للاخ الشقيق فاذا زوجها الاخ لأب كان هذا الزواج

(مادة ١٣٨) اذا تزوج الصغير او الصغيرة المميزان غير المأذونين او الكبير او الكبيرة المعتوهان بدون اذن وليهما توقف نفوذ العقد على اجازته فان اجازه وكان بغير غبن فاحش نقصاً في مهر الصغيرة وزيادة في مهر الصغير نفذ وان لم يجزه بطل وكذلك ان كان بغبن فاحش في المهر وان اجازه الولى

موقوفاً على اجازة الاخ الشقيق فان اجازه نفذ وان ردّه بطل فان كان الاقرب غير متوفرة فيه شروط الاهلية كما اذا كان الاخ الشقيق صغيراً او مجنوناً مثلا وزوج الاخ لأب نفذ بلا توقف على اجازة احد لانه هو الولي القريب في هذه الحالة — انظر مادة (١٣٩)

ومن قسم الموقوف عقد الوكيل ولكن لا على الاطلاق بل في بعض الصور كما ستعرفه من التفصيل الآتي — وبيان ذلك ان الموكل في الزواج إما ان يكون الرجل او المرأة فان كان الرجل فاما ان يكون التوكيل بتزويج امرأة غير معينة واما ان يكون بتزويج امرأة معينة فان كان الاول كما اذا قال رجل لآخر وكلتك في ان تزوجني امرأة فقال ابو حنيفة اذا زوجه الوكيل في هذه الحالة امرأة ولو كانت غير حرة بان كانت مملوكة لغيره او حرة بها عاهة من العاهات كأن تكون عمياء أو مقطوعة اليد أو الرجل أو معتوهة أو مجنونة لزمه النكاح فليس للموكل ردُّه لأن لفظ امرأة مطلق فيتناول كل امرأة ولو كانت غير حرة او بها عاهة من العاهات ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج امة او حرة بها عاهة حنث . وقال الصاحبان لا يجوز للوكيل ان يزوجه الا الا كفأ لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالا كفاء والكفاءة وان لم تكن معتبرة من جهة النساء الا أنها مستحسنة فى الوكالة والظاهر قول الصاحبين. واتفقوا على ان الوكيل لو كان متهماً في العقد لم ينفذ

(مادة ١٣٩) اذا زوّج الولي الابعد الصغيرة مع وجود الولي الاقرب المتوفرة فيه شروط الاهلية توقف نفاذ النكاح على اجازة الاقرب فان اجازه نفذ وان نقضه انتقد وبطل

على الموكل الا اذا اجازه فاذا زوجه امته او بنته الصغيرة او موليته القاصرة كان العقد موقوفاً على اجازته تصريحاً او دلالة لانه متهم في هذه العقود ومثله ما اذا كان الوكيل امرأة فزوجت نفسها للموكل يوقف على الاجازة لما ذكر الا اذا صرح له الموكل بذلك فان العقد يكون نافذاً بالاتفاق

فان زوجه امرأتين والموضوع انه مأمور بتزويجه امرأة فاما ان يكون التزويج في عقد واحد او في عقدين. فان كان الاول فلا تلزمه المرأتان ولا واحدة منهما لانه فضولي فيهما لمخالفته امر الموكل فلا وجه لتنفيذ نكاحهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير معينة للجهالة ولعدم الفائدة اذ لا يفيد حلّ الوطء لان الوطء لايقع الا في معينة والمنكّرة ضدها ولا وجه الى التعيين ايضاً لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فانتفى الملزوم فيكون العقد موقوفاً على اجازته فان شاء اجاز نكاحهما او ايتهما شاء

وان كان الثاني وهو ما اذا زوجهما له في عقدين لزمه الاول بحكم الوكالة وتوقف الثاني على اجازته لان الوكالة انتهت بالعقد الاول فيكون فضولياً بالنسبة للعقد الثاني فيتوقف على الاجازة — انظر مادة (١٤٠)

وان كانت المرأة التي وكله في تزويجها له معينة فاما ان يعين له المهر ايضاً

(مادة ١٤٠) اذا امر الموكل الوكيل بتزويجه امرأة غير معينة فزوجه امرأة ولو بها عيب او عاهة من العاهات جاز عليه النكاح وليس له رده . فان زوجه بنته الصغيرة او موليته القاصرة فلا يلزمه النكاح الا اذا اجازه صراحة او دلالة . ولو امره ان يزوجه امرأة فخالف امره وزوّجه امرأتين في عقد واحد فلا يلزمه المرأتان ولا واحدة منهما الا اذا اجازهما او اجاز احداهما . فلو زوجه اياهما في عقدين لزمه الاول وتوقف الثاني على اجازته

او لا يعينه فان لم يعين له المهر وزوجها له بغبن يسير فيه لزم العقد الموكل اجماعا. وان كان بغبن فاحش لزمه ايضاً عند الامام للاطلاق وقال الصاحبان لا يلزمه الا اذا اجازه لان المطلق يتقيد بالعرف والعرف تزوج المرأة بمهر مثلها او بغبن يسير لا فاحش وهو الظاهر

وان عين المهر فزوجها له بالمهر المعين لزمه العقد للموافقة وكذا اذا زوجها له بمهر اقل من المعين لان المخالفة هنا نافعة للموكل فليس له ان يحتج بها واما اذا زوجه اياها باكثر مما عينه كان العقد موقوفاً على اجازة الموكل للمخالفة فان علم الموكل بالزيادة قبل الدخول ورضيها قولا او فعلا لزمته فان دخل بها غير عالم بالزيادة فلا يسقط خياره بل له ان ينفذه وله ان يرده فان اجازه لزمه المسمى فقط وان رده بطل النكاح فيجب مهر المثل ان كان اقل من المسمى والا يجب المسمى

وان لم يرض الزوج بالزيادة وقال الوكيل انا اغرم الزيادة والزمك بالنكاح لم يكن له ذلك لان صاحب المروءة يأبى ان يتحمل منة الغير عليه اذ يعير بذلك فلا يلزم به — انظر مادة (١٤١)

وان كانت الموكلة هي المرأة فاما ان توكله بمعين او بغير معين فان كان الاول فلا ينفذ العقد عليها الا اذا وافقها في كل ما امرته به سواء كان من

(١ مادة ١٤١) اذا أمر الموكل وكيله أن يزوجه امرأة معينة فخالف وزوجه غيرها فلا يلزمه النكاح . وان امره ان يزوجه امرأة وعين له مقدار المهر فزوجه باكثر مما عينه فلا ينفذ عليه النكاح أيضاً ما لم ينفذه ولا يسقط خياره بدخوله بالمرأة غير عالم بالزيادة التي زادها عليه الوكيل في المهر وليس للوكيل ان يلزمه بالنكاح ولو التزم بدفع الزيادة من ماله

جهة الزوج او المهر فاذا امرته بان يزوجها من فلان بمائة وخمسين جنيهاً مثلا فزوجها له بهذا المبلغ لزم النكاح بالنسبة لها وليس لها نقضه وأما بالنسبة للولى فان كان الزوج كفأ والمهر مهر المثل لزم بالنسبة له ايضاً وان كان الزوج غير كفء فلا يصح الزواج لانها لو تولت هى العقد في هذه الحالة لم يصح فكذا اذا تولاه الوكيل لانه قائم مقامها لان الكفاءة ليست حقها وحدها بل حقها وحق وليها فاذا اسقطت حقها بقى حق الولي واما اذا كان الزوج كفأ ولكن المبلغ الذي عينته اقل من مهر المثل فللولى حق الاعتراض ايضاً حتى يتم مهر المثل او يرفع الامر الى القاضي ليفسخ العقد فان الولي يعير بذلك ومحل هذا اذا كان الولي عصبة فان كان غير عصبة او لم يكن لها ولي اصلا فالعقد نافذ لازم فان زوجها لغير المعين او له ولكن باقل من المبلغ الذى عينته له توقف نفاذه على اجازتها

ويدخل فى المعين ما اذا وكلته فى ان يزوجها لنفسه فانه يصح ويتولى طرفى العقد في هذه الحالة لانه يكون اصيلا من جهة نفسه وكيلا من جهة الزوجة وهذه من المسائل المتفق على جوازها من الامام وصاحبيه وان كان زفر والشافعى يقولان بعدم الصحة كما تقدم لك مستوفي فى شرح مادة (١٣٧)

واختلف العلماء فى كيفية تزويجها للوكيل من نفسه فقال الخصاف لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود حتى لو قال تزوجت المرأة التي جعلت امرها الىّ على صداق كذا عندهم صح والمختار في المذهب خلافه وان كان الخصاف كبيرا في العلم يقتدى به فحينئذ لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم ابيها وجدّها ان كانت غائبة لان الغائبة لا تعرف الا بالنسبة ألا ترى انه

لو قال تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لم يجز فان كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فقال اشهدوا اني تزوجت هذه المرأة التي وكلتني بتزويج نفسها جاز على المختار لان الحاضرة تعرف بالاشارة فاذا اراد الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود أو يذكر اسمها واسم ابيها واسم جدها حتى يكون العقد متفقاعليه فيقع الامن من ان يرفع الامر الى قاض يرى قول من لايجوزه فيبطل النكاح. وهذا كله اذا كان الشهود لايعرفون المرأة اما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لاغير جاز النكاح اذا عرف الشهود أنه اراد به المرأة التي عرفوها لان المقصود بالنسبة التعريف وقد حصل باسمها

وان كان الثاني وهو ما اذا امرته بتزويجها بغير معين كما اذا قالت له وكلتك في ان تزوجني رجلا فزوجها من نفسه لم يجز لانها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لاتدخل تحت النكرة . ومثل هذا ما اذا قالت له زوجني ممن شئت .ولووكلته في ان يتصرف في امورها لم يملك تزويجها من نفسه ايضاً وكما لايجوز له ان يزوجها من نفسه في هذه الحالة لايجوز له ان يزوجها لابيه ولا لابنه للتهمة فان حصل ذلك توقف نفاذ العقد على اجازتها

فان زوجها بغير من ذكر اي باجنبي فاما ان يكون الزوج كفأ والمهر مهر المثل او يكون كفأ والمهر اقل من مهر المثل او يكون غير كفء سواء كان المهر اقل من مهر المثل اومساويا له اواكثر ـ فان كان الاول لزم النكاح فليس لها ولا لوليها ردّه ولوكان الزوج اعمى او مقعدا او صبياً او معتوها وكذا لو كان عنيناً او خصياً وان كان لها طلب التفريق بعد ذلك— ويظهر أن الخلاف

الجاري بين الامام وصاحبيه فيما اذا زوج الوكيل الموكل امرأة بها عيب او عاهة يأتي هنا ايضاً وان لم ينص عليه احد لعدم الفرق — وان كان الثاني وكان الغبن فاحشاً فلا ينفذ العقد بل يكون موقوفا على اجازتها واجازة وليها لان كلا منهما له حق في ذلك اذا لم يتم الزوج مهر المثل فان اتمه نفذ لزوال السبب في توقف العقد

وان كان الثالث وهو ما اذا كان الزوج غير كفء مطلقا وقع العقد فاسدا فلا تلحقه الاجازة لان الاجازة لا تلحق الفاسد بل الموقوف — انظر مادة (١٤٢)

ومن قسم الموقوف أيضاً ما اذا غرّ الزوج المرأة بان انتسب لها بغير نسبه الحقيقي فتزوجته بناء على ذلك ثم ظهر ان نسبه غير المنتسب به وانه ليس كفأ لها فلها ولوليها الحق في اجازة النكاح او نقضه للتغرير الحاصل من جهته فاذا لم يحصل تغرير بأن زوجت نفسها منه او زوجها الولي وكل يظن انه كفء ثم تبين بعد ذلك انه غير كفء فليس لواحد منهما نقض هذا العقد لان التقصير ما حصل الا من جهتهما اذ كان اللازم عليهما البحث قبل العقد. وقد تقدم لك الخلاف فيما لو ظهر ان الزوج اعلى نسبا مما انتسب به او مثله في شرح المادة التاسعة والستين — انظر مادة (١٤٤)

(مادة ١٤٢) اذا أمرت المرأة وكيلها ان يزوّجها ولم تعين احداً فزوجها من نفسه او من ابيه او من ابنه فلا يجوز عليها النكاح ولها رده فان زوجها بأجنبي منه وبغبن فاحش في المهر فلها ولوليها فسخ النكاح اذا لم يتم الزوج لها مهر المثل. وان زوّجها بغير كفء لم يجز النكاح اصلاً ولو زوّجها بكفء وبمهر المثل لزمها النكاح ولو كان بالزوج عيب او مرض

(مادة ١٤٣) اذا غر الزوج المرأة بانتسابه لها نسباً غير نسبه الحقيقي =

ومن الزواج الموقوف عقد الفضولي مع غيره والفضولي هو الذي يتصرف في شؤون غيره بلا ولاية شرعية فاذا قال الفضولي اشهدوا أني زوجت فلانة لفلان وقبل عنه فضولي آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فأجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي او قال رجل لآخر زوجت فلانة لك فقبل وليست له عليها ولاية او قال رجل لامرأة زوجتك لفلان فقبلت وليس له عليه ولاية توقف العقد على الاجازة. والاصل في هذا أن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او أصيلا او وليا انعقد موقوفا على الاجازة وكل عقد ليس له قابل يقبل الايجاب وقت العقد يقع باطلا

وقال الشافعي رحمه الله تعالى تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم وإلا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا

ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهو الانثي من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده موقوفا على الاجازة لكونه غير لازم فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله ولا يلزم ان يأتي حكم العقد عقبه فوراً بل قد يتراخى عنه كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متأخر الى سقوط الخيار فكذا هنا لان الحكم لم ينعدم بل تأخر الى الاجازة فأفاد الحكم متأخرا

ثم ظهر لها بعد العقد باطلاع الولي أنه دونها في الكفاءة فلها ولوليها حق الخيار في اجازة النكاح ونقضه

فيصح موقوفا — انظر مادة (١٤٤)

﴿ الباب العاشر ﴾

﴿ في اثبات النكاح والاقرار به ﴾

اعلم أنه اذا ادّعى شخص على آخر شيئاً فالمدعي عليه إما ان يقرّ او ينكر فان اقر لزمته دعوى صاحبه وان انكر يطالب المدعي باثبات دعواه فان اثبتها لزمت المدعى عليه وان عجز وطلب تحليف المدعى عليه فله ذلك وعند ماتتوجه اليمين عليه فاما ان يحلف أو يمتنع عن اليمين فان حلف سقطت الدعوي وان امتنع لزمه المدعي هذا هو السير في كل دعوى بقطع النظر عن موضوعها فتدخل دعوى الزوجية تحت هذا السير فاذا ادعي رجل على امرأة انها زوجته فاما ان تقر اي تصدقه فى دعواه او تنكر اي تكذبه في هذه الدعوى فان صدقته لزمها الزواج وان كذبتـه يطالب باثبات دعواه فان اثبتها بان اقام بينة تشهد له كما يدعي ثبتت دعواه ولزمها الزواج ايضاً وان عجز عن اقامة البينة وطلب يمينها على نفي دعواه فله ذلك فان حلفت سقطت الدعوى وان امتنعت عن اليمين لزمها مايدعي به لان امتناعها عن اليمين دليـل على انه محق فى دعواه ومثله ما اذا ادعت امرأة على رجـل انه زوجها فتتبع هـذه الاجراآت بلا فرق اذ لافرق بين ان يكون المـدعي رجـلا او امرأة ويشـترط فى البينـة ان تكون من الرجال او منهـم ومن النساء لامن النساء فقط فيجوز ان تكـون

(مادة ١٤٤) الفضولى الذي يوجب النكاح او يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفاً على اجازة من له الاجازة فان أجازه نفذ وان ابطله بطل

رجلين او رجلا وامرأتين ولا يجوز ان تكون اربع نسوة ولا بد من العدالة في الشهود فلو فاسقين لم تقبل شهادتهما — انظر مادة (١٤٥)

ولا يكتفي في الشاهدين هنا بالعدالة فقط بل لا بد من كل الشروط التي تشترط في الشاهد عند الاداء ومن الشروط اللازمة ان لا يكون الشاهد ابنا للمشهود له لان شهادة الفرع لاصله غير مقبولة للتهمة وشهادته عليه مقبولة لنفيها ومثل الفرع الاصل فاذا تزوج رجل امرأة ورزق منها اولادا ثم طلقها وادعى عليها بعد ذلك أنه تزوجها وانكرت فاقام ابنيه منها شاهدين فلا تقبل هذه الشهادة فلا يثبت النكاح بها لانها شهادة الفرع لاصله وهي غير مقبولة للتهمة وهي وان كان فيها شهادة الفرع على اصله لانهما ابناها ايضاً وهي مقبولة الا ان الاول يقدم لان القاعدة انه اذا اجتمع المانع والمقتضى قدم المانع وكذا اذا ادعت المرأة عليه وهو ينكر واقامت ابنيها منه شاهدين فان هذه الشهادة غير مقبولة لما تقدم ومثله في الحكم ما اذا كان احد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة بان تزوج رجل امرأة ورزق منها بابن وتزوجت امرأة رجلا ورزقت منه بابن ثم طلقها وانقضت عدتها فادعى عليها هذا الرجل انه تزوجها وانكرت فأقام عليها البينة وهي ابنه من غيرها وابنها من غيره فلا يثبت الزواج بهذه الشهادة لانه لم يوجد اثنان مقبول شهادتهما لان ابنه لا تقبل شهادته له

(مادة ١٤٥) اذا وقع نزاع بين الزوجين في امر النكاح يثبت بشهادة رجلين عدلين او رجل وامرأتين عدول فان ادعى احد على امرأة انها زوجته اوادعت هي أنه زوجها وجحد المدعى عليه وعجز المدعي عن البينة فله ان يستحلف الجاحد فان حلف سقطت الدعوى وان نكل قضى عليه بنكوله

فلم يبق الا شاهد واحد وهو ابنها من غيره فلم يتم نصاب الشهادة وهو اثنان فلا يثبت الزواج وكذا اذا كانت هي المدعية واقامتهما شاهدين لما ذكر

واما اذا ادعى رجل على امرأة بانها زوجته وله ابنان من غيرها وانكرت المرأة هذه الدعوى أو ادعت امرأة على رجل بانه زوجها ولها ابنان من غيره وانكر دعواها فان اقام ابنيه من غيرها بينة على دعواه فلا تسمع هذه البينة فلا يثبت الزواج لان شهادة الفرع لاصله غير مقبولة وان استشهد بابنيها من غيره فشهدا له قبلت البينة فيثبت الزواج لان شهادة الفرع على اصله مقبولة لنفي التهمة ومثل ما قيل في دعوى الرجل يقال في دعوى المرأة — انظر مادة (١٤٦)

واعلم أن الاقرار وهو الاخبار بشيء حصل حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره ان تضمن الاقرار ذلك الا بتصديق منه فان كان الاقرار غير متعد لغير المقر لزمه ما اقر به كما اذا قال شخص لفلان عندي عشرون جنيهاً لزمته اذا صدقه المقر له واما اذا قال لفلان عند فلان كذا فلا يلزم المقرّ عليه شيء الا اذا اعترف بذلك فيلزمه بناء على اقراره هو لا على اقرار غيره ولا يختص بالدين بل هو عام في كل شيء اذ الاقرار اخبار وهو ما حصل مدلوله في الخارج وكان اللفظ حكاية عنه وحينئذ يدخل فيه اقرار الولي على الصغير بانه زوجه فلانة أو على الصغيرة بانه زوّجها

(مادة ١٤٦) لا يثبت النكاح بشهادة ابني الزوجين لمن ادعاه منهما وكذا لو كان احد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة فان كانا ابني الزوج وحده او ابني الزوجة وحدها فادعى احدهما النكاح وانكره الآخر تقبل شهادتهما على اصلهما اذا استشهد بهما الآخر

لفلان وهذا الاقرار غير نافذ عليهما لما علمت من ان اقرار شخص بشئ على آخر لا يلزم لانه حجة قاصرة عليه فلا يتعداه الى غيره فان اقام الولى بينة على هذه الدعوى قبلت ولزم الزواج لان البينة حجة متعدية ومثله ما اذا بلغ الصغير أو الصغيرة وصدق كل منهما الولي في هذا الاقرار فان الزواج الذي اقر به الولى حال صغرهما يثبت لتصديقهما له فان كذباه بعد البلوغ فلا يثبت الزواج وكذا لو صدق كل منهما حال صغره وانكره بعد البلوغ لان اقرارهما حال الصغر غير معول عليه ولينظر هذا الحكم مع قولهم من ملك انشاء شئ ملك الاقرار به فان الولي له ان ينشئ زواج الصغير والصغيرة فكيف لا يملك الاقرار ألهم الا ان يكون هذا مستثنى من هذه القاعدة — انظر مادة (١٤٧)

والذي يدل على ان الاقرار اخبار عن شيء حصل لا انشاء شئ في الحال صحته بالزوجية من غير شهود لانه اخبار عن عقد سابق ولو كان انشاء لما صح الاقرار بها من غير شهود لان انشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضور شاهدين كما عرفته في موضعه

فاذا اقر رجل لامرأة انها زوجته سواء كان هذا الاقرار حال صحته او في حال مرضه فان صدقته ثبت الزواج ويحمل على انه عقد عليها قبل هذا التاريخ واقراره بالزوجية اخبار عن هذا العقد وان لم تصدقه فلا تلزمها الزوجية الا اذا اثبتها

(مادة ١٤٧) لايعتبر اقرار الولي على الصغير والصغيرة بالنكاح الا ان يشهد الشهود على النكاح او يبلغ الصغير والصغيرة ويصدقانه

ومتى ثبتت الزوجيـة سواء كان بالتصادق او بالاثبات ثبتت احكامها فيلزمه نفقتها وتحرم على اصوله وفروعه ويحرم عليه التزوج باصولها مطلقاً وفروعها ان دخل بها واذا مات احدهمـا ورثه الآخر الى غير ذلك من الاحكام — ولا يشترط ان يكون تصديقها له حال حياته بل تثبت الزوجية وان صدقته بعد وفاته بالاتفاق لان حكم النكاح باق في حقها وهي العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لهـا غسله ميتاً كما فى حال الحياة ومحـل ثبوت الزوجية بالتصادق اذا لم يكن هناك مانع منها فان وجد كما اذا كان المقر متزوجاً بمحرم لها كأختها او عمتها مثلا أو متزوجاً باربع سواها او هي مجوسية او متزوجة بغيره أو فى عدته فلا تثبت الزوجية لوجود المانع منها — انظر مادة (١٤٨)

واذا اقرت المرأة لرجل بانها زوجته فان صدقها وليس هناك مانع من الزوجية ثبتت لما تقدم سواء كان اقرارها في حال صحتها او مرضها ومتى ثبتت الزوجية ترتبت احكامها كما ذكر في المـادة السابقة ولـكن يشترط في ثبوت الزوجية هنا تصديقه لها حال حياتها فان صـدقها بعـد موتها قال الامام ابو حنيفة لا تثبت الزوجية وقال الصاحبان تثبت فتترتب احكامها واستدل ابو حنيفة بانها لمـا ماتت زال النكاح بعلاقته حتى يجوز له ان يتزوج اختها وأربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعـد بطلان الاقرار — انظر مادة (١٤٩)

(مادة ١٤٨) اذا اقر احد لامرأة انها زوجته ولم يكن تحته محرم لها ولا اربع سواها وصدقته وكانت خالية عن زوج وعدة تثبت زوجيتها له باقراره وتلزمه نفقتها ويتوارثان

(مادة ١٤٩) اذا اقرت المرأة فى حال صحتها او فى مرضها انها تزوجت فلاناً فان صدقها في حياتها ثبت النكاح وورثها وان صدقها بعد موتها فلا يثبت النكاح ولا يرثها

الكتاب الثانى

فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

الباب الاول

فيما يجب على الزوج من حسن المعاملة الزوجة

اعلم ان فى الزواج انتظام المصالح الدينيه والدنيوية فهو يحصن الزوجين ويسترهما عما يشينهما ويكفيك دليلا على هذا قوله تعالى (هنّ لباس لكم وانتم لباس لهنّ) فجعل كلا منهما كاللباس لصاحبه فى الستر ولا تتهيأ تلك المصالح الا بالقيام بمصالح البدن وهي تتعلق بداخل البيت وخارجه فكل منهما يقوم بواحد. وفيه انضمام المذكر الى المؤنث غاية الانضمام قال الله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودّة ورحمة) ولا بقاء لهذا العقد الا بالالتئام ولا التئام الا بحسن العشرة فحينئذ يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) فيحسن اليها قولا وفعلا وخلقا ويقوم بجميع لوازمها على الوجه الشرعي فينفق عليها بقدر طاقته حتى لا يحوجها الى ارتكاب ما لا تحمد عقباه من الامور الذميمة . وليس حسن العشرة خاصاً بالزوج بل يجب على الزوجة ايضاً فكلٌ يقوم بما تفرضه عليه حقوق الزوجية ومتى قام كل منهما بما يلزمه انتظمت مصالحهما وحسنت حالهما وافاد الزواج فائدته — انظر مادة(١٥٠)

(مادة ١٥٠) يجب على الزوج ان يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويقوم بنفقتها وهي تشمل الطعام والكسوة والسكني

فاذا كان الرجل متزوجاً بواحدة فقط وهو الاحسن ان خاف عدم العدل لقوله تعالى (فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ان لا تعولوا) . يعني ان الاقتصار على الواحدة والمملوكات أقرب الى ان لا تعولوا اي تجوروا فالعول معناه الجور يقال عال الميزان اذا مال وعال الحاكم اذا جار وجب عليه حسن عشرتها كما تقدم في المادة السابقة حتى لو امتنع من ذلك ورفعت امرها الي القاضي حكم عليه به وبعضهم يقول لا حقّ للزوجة فى الوقاع مدة الزوجية الا مرة واحدة واما الزيادة عليها فليست بواجبة في القضاء بل يؤمر بها ديانة أي فيما بينه وبين الله تعالى وبعضهم يقول تجب عليه الزيادة فى القضاء أيضاً دفعاً للضرر عنها ولتأتى بالاولاد التي هى أهم مقاصد عقد الزواج فيحكم عليه القاضى بوقاعها أحياناً وهذا هو الظاهر — انظر مادة (١٥١)

فان تعددت الزوجات وكن كلهن احراراً أو إماء وجب عليه ان يعدل بينهن فيما يقدر عليه من المأكول والملبوس والسكنى والبيتوتة اذا كن فى درجة واحدة من الغنى والفقر بالنسبة للنفقة فان اختلفن في ذلك فمن يقول ان النفقة معتبرة بحال الزوج كان الحكم كذلك عنده ومن يقول بانها واجبة حسب حالهما فلا يلزمه بالتسوية بينهن في النفقة لزيادة نفقة الغنية على نفقة المتوسطة والفقيرة اما الشئ الذى لا يقدر عليه فلا تجب عليه التسوية فيه لكونه غير مقدور له لما روي انه عليه الصلاة والسلام «كان يعدل بين نسائه ويقول اللهم ان هذا قسمى فيما املك فلا تلمنى فيما تملك وما لا املك» يعنى القلب اى

(مادة ١٥١) يجب قضاء على الزوج ان يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية

زيادة المحبة وانما وجب القسم بينهن لقوله تعالى(فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة) فانه امر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور فيعلم ايجاب العدل عند تعددهن حملا للامر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » اي مفلوج

فان كان بعضهن احراراً والبعض اماء كان للحرة الثلثان من القسم في البيتوتة وللامة الثلث لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه انه قال للحرة الثلثان وللامة الثلث — انظر مادة (١٥٢)

وبما أن الغرض من القسم هو الاقامة عند كل واحدة منهن والمعاشرة معها لتأنس به وتندفع عنها الوحشة فلا فرق بين زوجة واخرى بل الكل سواء فتستوي فيه البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية فلا تميز احداهن على الاخرى وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقيم عند البكر الجديدة سبعاً وعند الثيب الجديدة ثلاثاً ولا يحتسب عليها ذلك لما روى عن أنس انه قال « سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى اهله » وروى ابو قلابة عن انس انه قال « من السنة اذا تزوج بكراً اقام عندها سبعا واذا تزوج ثيباً اقام عندها ثلاثا ثم قسم» ولانها لم تألف صحبة زوجها فربما يحصل لها في اول الامر نفرة فيكون في الزيادة ازالتها

ولنا ان اجتماع الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهن فلا يكون سبباً لتفضيل بعضهن على بعض ولو جاز تفضيل البعض لكانت القديمة اولى

(مادة ١٥٢) اذا تعددت الزوجات وكن احراراً كلهن يجب عليه ان يعدل بينهن فيما يقدر عليه من التسوية في البيتوتة للمؤانسة وعدم الجور في النفقة

لما وقع لها من الكسر والوحشة وادخال الغيظ والغيرة بسبب ادخال الضرة عليها والمراد من الحديث الذي استدل به التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة ولان القسم من حقوق النكاح فهن فيه سواء

ولا فرق فيه ايضاً بين ما اذا كانت المرأة صحيحة او مريضة او عليها دم الحيض او دم النفاس وهو الدم الذي يخرج عقب الولادة او في فرجها انسداد من لحم او عظم وحينئذ لا يقبل عذر الزوج في عدم العدل بينهن اذا اعتذر بشيء من ذلك

ولا فرق بين زوج وآخر فالمجبوب والعنين والخصي وغيرهم سواء وكذا الصبي اذا دخل بامرأتيه لان وجوبه لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب — انظر مادة (١٥٣)

ولم يقدر الشارع زمناً معيناً يلزم الزوج الاقامة فيه عند كل منهن بل جعل تعيين مقداره للزوج وكذا في البداءة فله ان يقدره بيوم وليلة او ثلاثة ايام او سبعة او اكثر من ذلك ولكن حيث ان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة فلا تزيد عن جمعة لان في الزيادة عليها مضارة بها فلو اراد ان يدور سنة سنة فلا يظن اباحة ذلك له كما ذكره في الفتح بحثاً وهو ظاهر — والتسوية الواجبة عليه بين الزوجات تكون ليلا فيعاشر فيه

(مادة ١٥٣) البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء في وجوب العدل والتسوية فلا تتميز احداهن عن الاخرى ولا فرق في القسم بين أن تكون المرأة صحيحة او مريضة او حائضاً او نفساء او رتقاء او قرناء فلا يقبل عذر الزوج ان قصر في العدل معتذرا بمرض المرأة او حيضها او نفاسها او بعيب في اعضاء تناسلها

احداهن بقدر ما يعاشر الاخرى لانه لدفع الوحشة فلا يلزم بذلك نهاراً الا اذا كانت حرفته الاشتغال ليلا كالخفير مثلا فالتسوية منه تكون نهاراً — انظر مادة (١٥٤)

ومتى عين الزوج مقدار الدور وجب السير على مقتضاه فليس له ان يقيم عند احداهن اكثر من الدور الذي عينه لتعلق حق كل منهن بزمن مخصوص فليس له ان يصرفه لغيرها الا باذنها لانها صاحبة الحق ألهم الا اذا كان هناك ما يستوجب ذلك كما اذا كانت مريضة فلا بأس بأن يدخل عليها لعيادتها فان اشتد بها المرض وليس هناك من يمرضها فلا بأس باقامته عندها الى ان يحصل لها الشفاء — انظر مادة (١٥٥)

واذا تركت احداهن نوبتها الى غيرها من ضرائرها صح لانه حقها فلها ان تعطيه لمن شاءت وقد صح أن سودة بنت زمعة وهبت نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولكن لو طلبت الرجوع في المستقبل فلها ذلك لان الاسقاط لم يكن لشيء واجب وقته فلا يسقط فلها الرجوع — انظر مادة (١٥٦)

(مادة ١٥٤) يقيم عند كل واحدة منهن يوما وليلة او ثلاثة ايام وان شاء جعل لكل واحدة منهن سبعة ايام والرأى له تعيين مقدار الدور وفي البداءة في القسم وانما يجب التسوية ليلا بان يعاشر فيه احداهن بقدر ما يعاشر الاخرى ولا يلزمه ذلك نهارا مالم يكن عمله ليلا فيقسم نهارا

(مادة ١٥٥) لا ينبغي له ان يقيم عند احداهن اكثر من الدور الذي قدره الا باذن الاخرى ولا يدخل عليها الا لعيادتها ان كانت مريضة فان اشتد المرض فلا بأس باقامته عندها حتى يحصل لها الشفاء

(مادة ١٥٦) اذا تركت احداهن نوبتها الي غيرها من ضرائرها صح تركها ولها الرجوع في المستقبل ان طلبت ذلك

والقسم بين الزوجات انما يجب حال الحضر لا السفر فله أن يسافر بمن شاء منهن ولكن القرعة بينهن مستحبة وقال الشافعي رحمه الله تعالى هي واجبة لما روي عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد السفر أقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها — ولنا أنه لا حق لهن في حالة السفر حتى كان للزوج أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا اذن من صاحبتها وبلا قرعة ولأنه قد يثق باحداهما فى السفر وبالاخرى في الحضر وبالبقاء في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة أو يمنع من سفر احداهما كثرة سمنها وعدم نشاطها والسفر تلزمه الخفة فتعين من يخاف صحبتها فى السفر لخروج قرعتها الزام بالضرر الشديد وفعله عليه الصلاة والسلام يدل على الاستحباب ونحن نقول به تطميناً لقلوبهن والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام لم تكن التسوية واجبة عليه فى الحضر وانما كان يفضله تفضيلا لقوله تعالى (ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء) و يترتب على ذلك أنه لا حق للتى لم يسافر بها فى مطالبته بعد العودة منه بالاقامة عندها قدر ما أقام في السفر مع التى سافر بها لأن وجوب التسوية انما يكون فى وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها فلا تطالبه بها — انظر مادة [١٥٧]

ولا فرق فى وجوب العدل على الزوج بين كونه صحيحاً أو مريضاً فان

(مادة ١٥٧) لاقسم في السفر بل له ان يسافر بمن شاء منهن والقرعة احب وليس للتى لم تسافر معه ان تطلب منه بعد عوده الاقامة عندها قدر ما اقام في السفر مع التى سافر بها

مرض في بيت له خال عن ازواجه فله أن يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها ولو مرض في بيت احدى زوجاته فان كان يمكنه التحول الى بيت الأخرى انتقل اليه بعد انتهاء مدة من مرض في بيتها وان كان لا يقدر على التحول فبعد شفائه يلزمه الاقامة عند الاخرى بقدر ما اقام مريضاً عند ضرتها وهو ظاهر — انظر مادة (١٥٨)

وبما أن وجوب العدل لحق الزوجة فاذا لم تطالب به او أسقطته فلا حرج عليها لانه حقها واذا طالبت به ألزمه القاضي بذلك فاذا اقام الزوج عند احدى زوجتيه مدة من الزمن وكان ذلك قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه فما دامت الاخرى لم تطالبه فلا حرج عليه فان رفعت امرها الى الحاكم قضي عليه بان يستعمل العدل بينهما فى المستقبل وأهدر ما مضى وان اثم لان القسمة تكون فيه بعد الطلب فان امتثل فبها وان عاد بعد ما نهاه القاضي عزره واوجعه عقوبة بحسب حاله وامره بالعدل لانه اساء الادب وارتكب ماهو محرم وهو الجور فيعزر فى ذلك ولا يعزر في المرة الاولى — واذا عزر فتعزيره يكون بما يليق به لان التعزير يختلف باختلاف الناس ولكن لا يكون هنا بالحبس لان الحق لا يستدرك هنا بالحبس وهو ظاهر — أنظر مادة (١٥٩)

(مادة ١٥٨) اذا مرض الزوج في بيت له خال عن ازواجه فله ان يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها ولو مرض في بيت أحدى زوجتيه ولم يقدر على التحول الى بيت الاخرى فله ان يقيم به حتى يشفى بشرط ان يقيم عند الاخرى بعد الصحة بقدر ما اقام مريضاً عند ضرتها

(مادة ١٥٩) اذا اقام الزوج قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه عند احدى=

الباب الثاني

في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة

الفصل الاول

في بيان من تستحق النفقة من الزوجات

اعلم ان النفقة هي اسم للشيء الذي ينفقه الانسان على عياله وزوجته واقاربه ومملوكه وذلك يشمل الطعام والكسوة والسكنى وهي واجبة بالكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) واما السنة فماروى من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع بالنسبة للزوجات « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك فان فضل شيء فلذي قرابتك » واما الاجماع فلان الامة اجمعت على ان النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها — واما المعقول فلان النفقة وجبت جزاء الاحتباس فمن كان محبوساً لحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه واصل هذا القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والوصي فان نفقة هؤلاء واجبة لهم في مال من هم محبوسون لحقه

زوجته مدة كشهر في غير السفر فخاصمته الاخرى يأمره الحاكم بالعدل بينهما في المستقبل وينهاه عن الجور فان عاد اليه بعد ذلك يعزر ويوجع عقوبة بغير الحبس

ونفقة الغير تجب على الغير باسباب منها الزوجية والقرابة والملك والغرض الآن بيان نفقة الزوجة فتجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح اي سواء زفت اليه او لم تزف اذا لم تمتنع عن الزفاف اليه بغير حق لماعرفت ان النفقة قد تكون جزاء الاحتباس فكل من كان محبوساً لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه والزوجة كذلك بالنسبة للزوج فتجب نفقتها عليه . فان كان هناك مانع من الاستمتاع بها فاما ان يكون من جهته او من جهتها فان كان من جهته كما اذا كان مريضا اوعنينا او مجبوبا او صغيرا لا يقدر على المباشرة وجبت عليه ولوكان فقيرا لان العجز من قبله والسبب موجود فتجب وان كان من جهتها كما اذا كانت صغيرة لا تطيق الوقاع ولا تشتهي له فلا تجب عليه لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والسبب وان كان موجودا وهو الاحتباس الا انه لا يكون موجباً الا اذا كان وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح ولم يوجد فلم تجب — وبما ان السبب هو الاحتباس فلا ينظر لكونها غنية او فقيرة مسلمة اوكتابية صغيرة اوكبيرة بل الكل سواء لقيام السبب وقال بعض المتأخرين لا تستحق النفقة اذا لم تزف الى بيت الزوج والفتوى على الاول وهو وجوب النفقة اذا لم يطالبها بالنقلة — انظر مادة [١٦٠]

وبما انك قد عرفت مما تقدم ان النفقة تجب من حين العقد الصحيح لانها جزاء الاحتباس وهو موجود وان لم تزف فتجب عليه ولو مقيمة في

(مادة ١٦٠) تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج ولو فقيراً اومريضاً أوعنيناً او صغيراً لا يقدر على المباشرة للزوجة غنية كانت او فقيرة مسلمة او غير مسلمة كبيرة او صغيرة تطيق الوقاع او تشتهي له

بيت ابيها فان طالبها الزوج بالنقلة الي منزله وامتنعت فاما ان يكون امتناعها بحق او بغير حق فان كان الاول كما اذا امتنعت ليهيئ لها منزلا خالياً عن اقاربه مثلا فلا يسقط حقها فى النفقة لأن لها الحق فى هذا الطلب فليس المانع من جهتها بل من جهته واذاً فلا تسقط . وان كان الثاني كما اذا ابت النقلة الا اذا طلق ضرتها مثلا سقطت نفقتها لانه لاحق لها في طلبها واله الحق فى الامتناع عن اجابتها وتكون اذاً ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق فتسقط النفقة انظر مادة (١٦١)

فان أراد الزوج السفر بها وأبت أن تسافر معه فان كان السفر مسافة قصر وهو السفر الذي يجوز قصر الصلاة الرباعية فيه بأن يصليها ركعتين أي بأن كان السفر يستغرق ثلاثة أيام بالسير المتوسط مع الراحة المعتادة أو يزيد عن ذلك فلا تسقط نفقتها لان لها حقاً في الامتناع . وان لم يكن السفر مسافة قصر وامتنعت سقطت نفقتها لامتناعها بغير حق سواء كان السفر بها من مصر الى مصر أو من مصر الى قرية أو من قرية الى قرية أو من قرية الى مصر. وبعضهم يقول اذا أراد نقلها من مصر الى مصر اخرى فليس لها الامتناع عن السفر الا اذا كان غير مأمون عليها . وبعضهم يقول اذا كان يمكنها الرجوع من المحل الذي يريد الانتقال اليه قبل الليل فله ذلك والا فلا واختلفت عبارتهم في القول المفتي به . وبالجملة فهذا المقام كثير النصوص اضطربت فيه الاقوال وتشعبت فيه الافكار واختلفت عبارات الكتب في القول المفتي به والذي يجب التعويل

(مادة ١٦١) تجب النفقة للزوجة على زوجها ولو هي مقيمة فى بيت ابيها مالم يطالبها الزوج بالنقلة وتمتنع بغير حق

عليه والرجوع اليه تفويض الامر الى المفتي المسئول عن الحادثة ولا ينبغي الأخذ بواحد من الأقوال على الاطلاق لان الزوج قد يكون غير مأمون عليها ويريد نقلها من بين أهلها ليؤذيها او يأخذ مالها فمن علم المفتي منه ذلك لايحل له ان يفتيه بقهرها على السفر لانا نعلم ان القائل بهذا القول لا يريد به الجواز في مثل هذه الصورة وقد يتفق تزوج غريب بامرأة غريبة في بلدة ولا يتيسر له فيها المعاش فيريد ان ينقلها الى بلد يتيسر له فيها المعيشة سواء كانت بلده أو غيرها وهو مأمون عليها فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له ن يفتيها بالامتناع عن السفر لانا نعلم يقيناً ان القائل بهذا القول لايريد به المنع فى مثل هذه الصورة بل قد يريد نقلها الى بلدها كمن ذهب بزوجته الى الحج مثلا فأقام بها في مكة مدة ثم حج وامتنعت من السفر معه الى بلده فهل يقول احد بمنعه عن السفر بها وتركها وحدها تفعل ما ارادت. وقد يتفق ان الشخص يكون مستخدماً فى بلد فيتزوج فيها وتنقله المصلحة التابع هو لها الى بلدة اخرى ويريد سفر زوجته معه لان معيشته غير متيسرة فى بلدها فهل يقول احد بمنعه في هذه الحالة فتعين تفويض الامر الى المفتي وليس هذا خاصاً بمسئلة السفر بل لو علم المفتي انه يريد نقلها من نقطة الى نقطة اخرى في البلدة بعيدة عن اهلها بقصد اضرارها لايجوز له ان يعينه على ذلك بالفتوى ومثل المفتي القاضي فانه يحكم بحسب الظروف والاحوال فلا يتبع قولا لما يترتب على ذلك من الاضرار بالزوج او الزوجة واصل هذا كله قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجدكم ولا تضارُّوهن لتضيقوا عليهن) اي لا تستعملوا معهن الضرر فهذه الآية صريحة فيما قررناه

واما اذا امتنعت الزوجة عن السفر او عن الانتقال الى بيت الزوج الا اذا اخذت معجل مهرها فلها ذلك لا ن لها الحق في هذا الطلب فاذا كان امتناعها من ذلك لاخذ المؤجل من المهر قبل حلول الاجل فلا حق لها لانها اسقطت حقها بالتأجيل فلا حق لها فى الطلب الا عند حلول الاجل

وحاصله انه اما ان يصرحا بتعجيل المهر كله أو بتعجيل البعض وتأجيل البعض الآخر أو بتأجيله كله او يسكتا فان شرطا تعجيله فلها الامتناع حتى تستوفيه ولا اعتبار بالعرف اذا جاء التصريح بخلافه وكذا اذا اشترطا حلول البعض فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط وأما اذا شرطا تأجيل الكل فليس لها الامتناع أصلا لانها أسقطت حقها بالتأجيل وعن أبي يوسف أن لها الامتناع استحساناً لانه لما طلب تأجيله كله فقد رضى باسقاط حقه في الاستمتاع وبعضهم يفتي بقول ابي يوسف استحساناً لان العادة جارية بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر وأما ان سكتا عن التعجيل والتأجيل فينظر الى العرف فان كان العرف تعجيل بعضه وتأخير باقيه الى الموت أو الميسرة أو الطلاق مثلا فليس لها ان تمنع نفسها الا الى تسليم القدر المتعارف تعجيله فننظر الى المرأة والى المهر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من هذا المهر فيتعجل ذلك ولا يتقدر بالربع ولا بالخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفاً كالثابت نصاً بخلاف ما اذا اشترطا تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا جاء التصريح بخلافه .

ويكون للزوجة الحق في هذا الامتناع سواء كان قبل الدخول بها او بعده متى كان الدخول برضاها عند الامام ابي حنيفة وقال الصاحبان اذا دخل بها مختارة فليس لها الحق في الامتناع بعد ذلك لان المعقود عليه كله صار مسلما

اليه بالوطأة الواحـدة وبالخلوة ولهذا يتأكد لها جميع المهر فلم يبق لها حق لحبس وذلك كالبائع اذاسلم المبيع . وله انها منعت عنه ماقابل البدل لان كل وطأة تصرف في المحل المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطاره والتاكيد بالواحدة لجهالة ماوراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم فاذا وجد آخر بالفعل وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل وذلك نظير العبد اذا جنى جناية يدفع كله بها فاذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها ويبني على هذا الاختلاف استحقاق النفقة بعد الامتناع فعنده تستحقها وليست بناشزة وعندهما لاتستحقها وهي ناشزة وبعضهم يفتي بقول ابي يوسف ومحمد في الامتناع من الوطء او من الانتقال الى بيت الزوج وبقول ابي حنيفة في السفر يعني بعد الدخول لاتمنع نفسها ولو منعت لانفقة لها كما هو مذهبهما ولا يسافر بها ولها الامتناع منه لطلب المهر ولها النفقة كما هو مذهبه — هذا بالنسبة لسفر الزوج بالزوجة فلو اراد أبوها السفر واخذها معه فللزوج منعه من ذلك ان اوفاها معجل مهرها — انظر مادة (١٦٢)

وان مرضت الزوجة مرضاً يمنع من مباشرتها فاما أن يكون هـذا المرض بعد الزفاف والانتقال الى بيت الزوج او قبله فان كان الاول فاما ان تبقى ببيت الزوج او تنتقل الى بيت اهلها فان بقيت فى منزل الزوج استحقت النفقـة بالاتفاق لانها سلمت نفسها وليس المـانع من جهتها فلا تسقط نفقتها

(مادة ١٦٢) تجب النفقة للزوجة لو ابت ان تسافر مع زوجها فيما هو مسافة قصر او فوقها او منعت نفسها لاستيفاء ما تعورف تعجيله من المهر سواء كان قبل الدخول بها او بعده

وان انتقلت الى بيت اهلها لتمرّض فيه فاما ان يطالبها الزوج بالعودة الى بيته اولا فان لم يطالبها استحقت النفقة بالاتفاق ايضاً لانها سلمت نفسها الى الزوج وبانتقالها الى منزل ابيها لتمرض فيه لاتعد ناشزة ولم تمنع نفسها عند الطلب لانه لم يحصل فتستحق النفقة . وان طالبها الزوج بالعودة الى منزله فاما ان يكون فى امكانها الانتقال اليه اولا فان لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة تحمل عليها فلها النفقة لان اجابة طلبه غير ممكنة فى هذه الحالة فلا تكون ناشزة فلا تسقط النفقة وان امكنها الانتقال ولو بواسطة آلة وامتنعت فاما ان يكون امتناعها بحق او بغير حق فان كان امتناعها بحق كما اذا قالت لاأنتقل الا بعد ان تعطيني معجل صداقي او بعد ان تهيئ لي منزلا للسكنى خالياً من اهلك استحقت النفقة ايضا لاحقيتها في هذا الطلب . وان كان امتناعها بغير حق سقطت نفقتها لانها تكون ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق فلا تستحق عليه النفقة

وان كان الثاني وهو ما اذا كان مرض الزوجة قبل انتقالها الى منزل الزوج فاما ان يمكنها الانتقال اولا يمكنها فان أمكنها الانتقال وجبت عليه النفقة الا اذا منعت نفسها بغير حق وان لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة فظاهر عبارة المادة وجوب النفقة ايضا لانه قال « او قبلها ثم انتقلت اليه وهي مريضة اولم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق فلها النفقة عليه » وهو رأي بعضهم وصريح مادة(١٤٧)ان النفقة لاتجب لها فى هذه الحالة وهو قول آخر فى المسألة فعلى القول الاول لاتحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا مرضت بعد ما زفت الى منزل الزوج وانتقلت الى بيت اهلها ولا يمكنها

الانتقال اصلا لأنه سوى بينهما فى الحكم ـ والفرق على القول الثاني انها لما انتقلت الى بيته فقد تحقق التسليم ولا تصير بعده ناشزة الا اذا امكنها الانتقال اليه وامتنعت بخلاف ما اذا لم يوجد تسليم اصلا ومرضت فحيث لا يمكنها الانتقال فلا نفقة لها لعدم التسليم اصلا لا حقيقة ولا حكما ويظهر من عباراتهم أن الفتوى على القول الثاني — انظر مادة (١٦٣)

وان حبس الزوج فلا تسقط نفقتها سواء قدر على اداء الدين الذي حبس لاجله اولم يقدر او حبس ظلما لان الاحتباس هنا فات من جهة الزوج ولا فرق بين ان تحبسه هى لدين لها عليه او يحبسه غيرها فاذا كانت هى السبب فى حبسه وطلب ان تحبس معه فلا يجاب الى ذلك ولكن قال بعض المتأخرين اذا خيف عليها الفساد تحبس معه ـ وهو حسن انظر مادة (١٦٤)

وكما تجب نفقة الزوجة على زوجها تجب نفقة خادمتها عليه ايضا ان كان الزوج موسرا عند ابى حنيفة وهو المفتى به لانه اذا كان معسرا فالواجب عليه ادنى الكفاية فتخدم هي نفسها وقال محمد يجب عليه نفقة خادمتها ولو كان معسراً والمعوّل عليه ان النفقة لا تجب الا اذا كانت الخادمة مملوكة لها متفرغة

(مادة ١٦٣) اذا مرضت المرأة مرضاً يمنع من مباشرتها بعد الزفاف والنقلة الى منزل زوجها او قبلها ثم انتقلت اليه وهي مريضة او لم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق فلها النفقة عليه فلو مرضت في بيت الزوج ثم انتقلت الى بيت اهلها فان طالبها الزوج النقلة ولم يمكنها الانتقال بمحفة او نحوها فلها النفقة وان امتنعت بغير حق مع قدرتها على الانتقال بنحو ما ذكر فلا نفقة لها

(مادة ١٦٤) اذا كان الزوج محبوساً ولو بدين عليه لزوجته فلا تسقط نفقتها وان كان غير قادر على ادائه

لخدمتها لاشغل لها غيرها فلو لم تكن لها خادمة مملوكة لم يلزم الزوج كراء أحد يخدمها لكن يلزمه ان يشتري لها ماتحتاجه من السوق ـ وقال ابو يوسف تفرض نفقة خادمتين لانها تحتاج الى واحدة منهما لخدمة الداخلية والاخرى للخارجية وابو حنيفة ومحمد يقولان ان الواحدة تقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنتين ويظهر جلياً ان هذا ليس اختلاف حجة وبرهان بل هو اختلاف بحسب الظروف والاحوال ولذا قال ابو يوسف ان المرأة اذا كانت ممن يجل قدرها عن خدمة خادمة واحدة يلزم الزوج بنفقة من لابدَّ لها منه من الخدم ولو أكثر من اثنتين وهو المعوّل عليه ولو كان لرجل اولاد لايكفيهم خادم واحد فرضت عليه نفقة خادمين او اكثر على حسب ما يكفيهم اتفاقاً — انظر مادة (١٦٥)

﴿ الفصل الثاني ﴾

في بيان من لانفقة لهن من الزوجات

لا تجب النفقة للزوجة على زوجها اذا كانت صغيرة بحيث لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع وان امسكها الزوج في بيته لان امتناع الاحتباس

(مادة ١٦٥) اذا كان الزوج موسراً وكان لامرأته خادمة تجب عليه نفقتها بقدر ما يكفيها على حسب العرف بشرط ان تكون الخادمة مملوكة لها ملكاً تاماً ومتفرغة لخدمتها لا شغل لها غيرها واذا زفت اليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع عليه ان كان ذا يسار واذا رزق اولاداً لا يكفيهم خادم واحد يفرض عليه نفقة خادمين او اكثر على قدر حاجة اولاده

لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو الذى يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالعقد ومالم يو جد فلا تجب لها النفقة وقال ابو يوسف ان امسكها فى بيته للاستئناس بها وجبت لها النفقة واختاره بعض المشايخ ـ وقد حصل خلاف فى حد المطيقة للجماع والصحيح انه غير مقدر بالسن وانما العبرة بالاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة ليست مثل النحيفة الهزيلة ولا يشترط فى صلاحيتها للرجال ان تكون مطيقة للجماع المعول عليه في الشرع بل لو كانت تشتهى للقبلة او اللمس او التنخيذ مثلا وجبت لها النفقة ولا يجوز أن يفهم أحد من قوله فى المادة ولو فيما دون الفرج ان إتيانها في الدبر جائز لان هذا لا قائل به اصلا فالمراد ما ذكرناه لك ولا تلتفت الى غيره فانه ناشىء من عدم فهم الآية الشريفة — أنظر مادة (١٦٦)

واذا مرضت الزوجة قبل انتقالها الى بيت الزوج ولم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة فلا تجب نفقتها على الزوج وقد عرفت في شرح المادة ١٦٣ أن هذا القول هو المعول عليه وهناك من قال بوجوب النفقة لها فارجع اليها ان شئت — انظر مادة (١٦٧)

و ن سافرت الزوجة الى الحج فاما ان يكون زوجها مرافقاً لها او لا فان لم يكن مرافقاً لها في هذا السفر فلا تستحق النفقة على زوجها سواء كان الحج فرضاً او نفلا وسواء سافرت مع محرم لها كأبيها مثلا او مع غير محرم

(مادة ١٦٦) اذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع ولو فيما دون الفرج فلا نفقة لها على زوجها الا اذا امسكها في بيته للاستئناس بها

(مادة ١٦٧) المريضة التي لم تزف الى زوجها ولم يمكنها الانتقال اصلا لا نفقة لها

كابن عمها وسواء كان خروجها للحج قبل تسليم نفسها الى الزوج او بعده وقال ابو يوسف لها النفقة اذا كان الحج فرضاً لان اقامة الفرض عذر كالصوم والصلاة فتجب لها النفقة والمعوّل عليه هو الاول لان الامتناع من جهتها فأوجب سقوطها بخلاف الصلاة والصوم لوجود الاحتباس فلا يمنع اشتغالها بهما من وجوب النفقة . وان كان زوجها مرافقاً لها في السفر فان كان هو الذي سافر وأخذها معه وجب لها عليه نفقة الحضر والسفر اي نفقة الاقامة والسفر لانها تابعة له وان كانت هي التي سافرت واخذته معها فلها عليه نفقة الاقامة لا السفر فلا يلزمه الكراء ومؤنة السفر لانه تابع لها — انظر مادة (١٦٨)

وان كانت الزوجة محترفة بما يشغلها خارج البيت نهاراً وتعود الى منزل زوجها ليلا فاما ان يمنعها من الخروج اولا فان منعها وامتثلت أمره وجبت لها النفقة وكذلك اذا لم يمنعها لانها ليست خارجة عن طاعته فاذا منعها ولم تمتثل فلا نفقة لها عليه لانها خارجة عن طاعته بغير حق فتسقط نفقتها — انظر مادة (١٦٩)

واذا حبست المرأة بدين فاما ان يكون الحابس لها غير الزوج او الزوجُ فان كان الاول فلا تجب لها النفقة سواء كانت قادرة على اداء الدين او غير

(مادة ١٦٨) الزوجة التي تسافر الي الحج ولو لاداء فريضة بدون ان يكون معها زوجها لا نفقة لها عليه مدة غيابها وان سافرت مع محرم لها فان سافر زوجها وأخذها معه فلها عليه نفقة الحضر ونفقة السفر ولوازمه وان سافرت هي وأخذت زوجها معها فلها عليه نفقة الحضر لا نفقة السفر

(مادة ١٦٩) الزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهاراً وعند الزوج ليلا اذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة

قادرة لانها اذا كانت قادرة فقوات الاحتباس منها بالمماطلة وان كانت عاجزة عن ادائه فقوات الاحتباس ليس من الزوج فلا تجب عليه نفقتها ولا نفقة لها ايضاً اذا حبست بغير دين ولو كان حبسها ظلما لان المعتبر فى سقوط نفقتها فوات الاحتباس لا من جهة الزوج وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته وهذا هو الصحيح

وان كان الثاني وهو ما اذا كان الحابس لها هو الزوج فلا تسقط نفقتها لان فوات الاحتباس من جهته فكان باقياً تقديرا فتجب النفقة — انظر مادة (١٧٠)

واذا نشزت المرأة سقط حقها فى النفقة مدة نشوزها والناشزة في اللغة هي العاصية على الزوج المبغضة له يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة وعن الزَّجَّاج النشوز يكون بين الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه وفي الشرع هي الخارجة من منزل زوجها المانعة نفسها منه فيشمل ما اذا امتنعت عن المجيء الى منزله ابتداء بغير حق وما اذا خرجت من منزله بعد الانتقال اليه فان كان خروجها من منزله أو امتناعها عن الذهاب اليه لحق شرعي بان امتنعت لاستيفاء معجل مهرها او لأن البيت الذى يريد نقلها اليه مغصوب فلا تسقط نفقتها لاحقيتها في هذا الامتناع ولكون النشوز امراً فظيعاً لم يكتف الشارع باسقاط النفقة المستقبلة فقط بل رتب عليه سقوط النفقة المتجمعة على الزوج فاذا كان القاضي فرض لها كل شهر مقداراً معيناً من النقود او تراضى الزوجان على ان تاخذ هي كل شهر مبلغ كذا في نفقتها ومضت

(مادة ١٧٠) اذا حبست المرأة ولو في دين لاتقدر على ايفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها الا اذا كان هو الذي حبسها في دين له

مدة ولم يعطها تسقط هذه النفقة بالنشوز ايضاً ولو كانت المرأة اخذتها ديناً بغير اذن الزوج او اذن القاضى أما إن كانت الاستدانة باذن الزوج او القاضى فلا تسقط بالنشوز لانها صارت في هذه الحالة ديناً صحيحاً وهو لا يسقط الا بالأداء او الابراء فان لم تخرج المرأة من البيت بل منعت الزوج من ان يدخل عليها وكان البيت المقيمان به ملكا لهما فاما ان تكون سألته النقلة منه اولم تسأله فان سألته بان قالت له حولنى الى منزلك او استأجرلى منزلا ومضت المدة الكافية بحسب العرف للبحث عن منزل ليستأجره فلها الحق في النفقة لانها محقة في هذا الطلب فاذا لم يجبها فلها الحق في منعه من دخوله بيتها فلا تسقط نفقتها وان لم تكن سألته النقلة فلا نفقة لها لنشوزها اذ هي خارجة عن بيته حكما فعلم مما تقدم ان سقوط النفقة مترتب على النشوز فاذا زال بان عادت الى منزل زوجها في صورة الخروج منه اودعته يدخل عليها بيتها فى صورة منعه استحقت النفقة في المستقبل فقط فلا يعود ماسقط منها بنشوزها سواء كان عودها الى منزل زوجها وهو مقيم به او مسافر لزوال المانع وهو النشوز وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا عادت وهو مسافر فلا حق لها في النفقة — وهو الظاهر كما لا يخفى

فان لم تخرج من بيته ولكن منعته من الاستمتاع بها فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة لان الظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها — انظر مادة (١٧١)

(مادة ١٧١) الناشزة وهى التى خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا اذنه =

ولاتجب النفقة على الزوج لزوجته الا اذا كان العقد صحيحاً لان الاحتباس الموجب للنفقة لايكون الا به فلو كان العقد فاسداً اولم يكن هناك عقد اصلا بان وطئت المرأة بشبهة كما اذا زفت اليه امرأة وقيل له هي زوجتك فدخل بها وتبين الحال بعد ذلك وفرق بينهما فلاتجب النفقة ولكنهم استثنوا من النكاح الفاسد العقد بلا شهود فانه وان كان فاسداً تجب النفقة فيه لانه مختلف فيه اذ بعضهم يقول بجواز عقد الزواج بغير شهود وانما الشرط الاعلان ويترتب على عدم استحقاقها للنفقة ان الزوج فى صورة النكاح الفاسد وان الواطئ بشبهة اذا اعطاها نفقة قبل ظهور الحال من فساد العقد والوطئ بشبهة ثم علم وحصل التفريق بينهما يرجع بما اعطي لكل منهما اذا كان الاعطاء بأمر الحاكم لانه مضطر في الدفع اليهما بسبب امر الحاكم له والحاكم لم يأمره الا بناء على استحقاقها للنفقة فاذا تبين عدم الاستحقاق رجع بما دفع

فان كان الاعطاء بغير امر الحاكم فلا يرجع بما اعطى لانه غير مضطر في هذا الاعطاء خصوصاً وان النفقة لها شبه صلة فلا يرجع فيها — انظر مادة (١٧٢)

بغير وجه شرعي يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها وان كانت لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط ايضا بنشوزها وكذا المستدانة بغير امر الحاكم وامر الزوج وتكون ناشزة ايضا اذا كان البيت المقيمان به ملكا لها ومنعته عن الدخول عليها مالم تكن سألته النقلة منه فلم ينقلها فان عادت الناشزة الي بيت زوجها ولو بعد سفره او دعته يدخل عليها اذا كان المنزل لها عاد حقها في النفقة ولا يعود ما سقط منها بنشوزها وان منعته من الاستمتاع بها وهي فى بيته فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة

(مادة ١٧٢) المنكوحة نكاحا فاسداً والموطوأة بشبهة لا نفقة لهما الا المنكوحة

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في تقدير نفقة الطعام)

قد عرفت مما تقدم ان النفقة في الشرع هى الطعام والكسوة والسكنى وحيث ان النفقة واجبة على الزوج لزوجته فيلزمه كل هذه الاشياء ولكن اختلفت الأئمة فى تقدير هذه الاشياء فقال الشافعي وبعض الحنفية تقدر بحسب حال الزوج فان كان موسراً فرضت عليه نفقة الموسرين ولو معسراً فنفقة المعسرين ولو متوسطاً فنفقة الوسط وبعضهم يقول يعتبر حال الزوجين معاً فان كانا معسرين اوموسرين اومتوسطين فنفقة الاعسار اواليسار او الوسط وان كان احدهما موسراً والآخر معسرا يجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهى المتوسطة فان كان الزوج هو الموسر والزوجة معسرة فهو قادر على ان يدفع لها النفقة المتوسطة وان كان الزوج هو المعسر والزوجة هي الغنية فانه يطالب بما فى وُسْعه الآن ويكون الفرق بين نفقة المعسر والمتوسط ديناً عليه الى الميسرة فاذا فرضنا ان الشخص المعسر ينفق على زوجته مائتى قرش في الشهر مثلا والمتوسط ينفق اربعمائة فنأمره بدفع المائتين والمائتان الباقيتان تكونان ديناً في ذمته تأخذهما منه الزوجة عند يساره ولا يخفى انه لا يمكن ضبط كل من الموسر والمعسر والمتوسط لاشتمال كل منهم على افراد كثيرة فينظر الي حالة كل منهم . فيؤخذ مما تقدم انهم اتفقوا على وجوب

بلا شهود فاذا فرض الحاكم لاحداهما نفقة قبل ظهور فساد النكاح وفرق بينهما فللزوج الرجوع عليها بما اخذته منه بامر الحاكم لا بما اخذته بلا امره

نفقة الموسرين اذا كانا موسرين وعلى نفقة المعسرين اذا كانامعسرين وكذا الحال فى المتوسطين وانماالاختلاف فيمااذا كان احدهما موسراً والآخر معسراً فعلى القول الاول الاعتبار بحال الزوج فان كان موسراً وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين ولايجب عليه ان يطعمها مما يأكل لكن يستحب له ان يؤاكلها لانه مأمور بحسن العشرة معها واظهار مكارم الاخلاق وذلك فى ان يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء — وان كان معسراً وهي موسرة وجب عليه نفقة المعسرين لانها لما تزوجت معسراً فقد رضيت بنفقة المعسرين ومع ذلك فيمكنها ان توسع على نفسها من مالها واما على القول الثاني فيجب عليه نفقة الوسط في المسئلتين وهى فوق نفقه المعسرة ودون نفقة الموسرة واستدل الاول بقوله تعالى (لينفق ذوسَعة من سَعته ومن قدِر عليه رزقُه فلينفق مما آتاه الله لايكلّف الله نفساً الا ماآتاها سيجعل الله بعد عسر يُسْرا) فقد اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعاً وامره بالانفاق فلا مصير الى غيره فلو اعتبرنا حالهما فقد تركنا العمل بالكتاب ـ وبيانه ان الزوج ان كان معسراً وهى موسرة فلو اوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفا بما ليس في وسعه وهو منفي بالنص ـ واستدل الثانى بما روى « ان هندا بنت عتبة وهي امرأة أبى سفيان اتت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت له يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر حالها ولكن لقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعي لان المدعي هو اعتبار حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار

حاله فالآية تدل عليه والمخالف يقول به فاذاً الآية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبراً من وجه وحالها كذلك وهو الموافق للفقه كما قيل لان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة على كفايتها نظراً لحال الزوج ويجيب هذا القائل عن الآية المتقدمة بانه لا يخالفها بل يقول بموجبها ولذا يكلف الزوج بالانفاق بقدر وسعه ان كان فقيراً وهى الموسرة لئلا يلزم التكليف بما ليس فى الوسع ويكون الباقي ديناً في ذمته عملا بالدليلين ولا يؤدّيه مع العجز وصريح كلامهم ان الفتوى على الثاني وان قال بالاول جمع من المشايخ بل هو الذى نص عليه الامام محمد وقال به الامام الشافعي وهو الظاهر — انظر مادة (١٧٣)

وعند مايفرض القاضي نفقة الطعام للزوجة ويقدرها ان شاء فرضها اصنافا وامر الزوج باحضارها لها وان شاء قوم هذه الاصناف وامر الزوج بدفع قيمتها لها ولا شك ان هذا التقويم يختلف على حسب اختلاف اسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصاً رعاية لجانب كل من الزوج والزوجه ولذا لو قدر اصنافا وقومها بدراهم وامر الزوج باعطائها للزوجة وتغير السعر تزاد الدراهم او تنقص على حسب تغير السعر فاذا غلا السعر قضى على الزوج بزيادة الدراهم بنسبة الغلاء واذا رخص حكم بنقصها بالنسبة للرخص ايضاً فان كان

(مادة ١٧٣) تقدر نفقة الطعام بقدر حال الزوجين يسارا و اعسارا فان كانا موسرين فنفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانا مختلفين حالا فنفقة الوسط فلو كان الزوج هو الفقير لا يخاطب الا بقدر وسعه والباقي دين عليه الى الميسرة

الزوج هو الذي يأتيها بالاصناف المقدرة فلا نقص ولا زيادة لانه هو الذى يدفع ثمنها فسواء غلت او رخصت فهو المكلف باحضارها — انظر مادة (١٧٤)

ولا يتعين زمن مخصوص لاعطاء النفقة للمرأة فيه بل هذا يختلف باختلاف حال الزوج وحينئذ يعتبر الاصلح والايسر فان كان الزوج محترفاً يكتسب قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يوماً فيوماً ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذى قبله لتتمكن من الصرف في حاجتها فى ذلك اليوم وان كان من الصناع الذين لايقبضون اجرتهم الا في نهاية الاسبوع تقدر عليه كل اسبوع ويعطيها نفقته مقدماً ايضاً لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك الاسبوع وان كان من ارباب المرتبات تفرض عليه كل شهر لانه لايستحق مرتبه الا في نهاية الشهر ويعجلها لها لما تقدم وان كان من الزراع يأمره القاضي باعطاء النفقة لها عند حصد أي زرع حسب التقدير الذي يقدره ولكن هذا مقيد بما اذا لم يماطلها الزوج فى دفع النفقة فى مواعيدها المقررة فان ماطلها كان لها الحق في طلبها كل يوم مهما كانت حرفة الزوج لان حصة كل يوم معلومة فيمكنها المطالبة بها وينبغي ان يكون محل تعيين الزمن على حسب حال الزوج اذا رضي فان لم يرض بذلك بل قال انا ادفع نفقه كل يوم

(مادة ١٧٤) تفرض النفقة اصنافاً او تقوم الاصناف بدراهم على حسب اختلاف اسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصاً رعاية للجانبين فاذا غلا السعر تزداد النفقة المقدرة للمرأة واذا رخص تنقص عن الزوج ولو بعد القضاء بها

معجلا فلا يجبر على غيره لانه انما اعتبر ماذكر تخفيفاً عليه فاذا كان يضره فلا يصار اليه — انظر مادة (١٧٥)

والزوج هو الذي يتولى الانفاق بنفسه على زوجته لانه قوام عليها متى كان النكاح قائماً فان قام بما يلزمه شرعاً فيها وان اشتكت الزوجة منه وادعت انه مقصر في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الانفاق على نفسها فلا يجيبها القاضي الى ماطلبت قبل التحري فان تحرى وظهر له عدم صدقها بسبب كون الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها ان تتناول منه مقدار كفايتها او بغير ذلك رفض دعواها لانها متعنتة في هذا الطلب فلا تجاب اليه وان ظهر له صدقها اجاب طلبها وحينئذ يقدر النفقة ويأمره باعطائها لها على الوجه المتقدم لتتولى هي الانفاق على نفسها لان طريق ايصال النفقة اليها نوعان تمكين وتمليك فالتمكين متعين فيما اذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها ان تطالبه بفرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة فان رضيت ان تأكل معه فبها

وان خاصمته في فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك فان

(مادة ١٧٥) يعتبر في فرض النفقة واعطائها للمرأة الاصلح والايسر فان كان الزوج محترفاً يكتسب قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يومابيوم ويعطيها نفقة كل يوم معجلا عند مساء اليوم الذي قبله وان كان من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بمضي الاسبوع تقدر عليه كل اسبوع وان كان تاجراً او من ارباب المناهيات تفرض عليه كل شهر وان كان مزارعا تفرض عليه كل سنة فان ماطلها الزوج في دفع النفقة في مواعيدها المقررة فلها ان تطلب نفقة كل يوم

امتثل بما حكم به القاضي فيها وان امتنع فاما ان يكون موسراً يقدر على دفع ماقضى عليه به اوغير موسر فان كان الاول وطلبت المرأة حبسه فان كان له مال ظاهر وكان فاضلا عن حوائجه الاصلية فللحاكم ان يبيعه بالنيابة عنه وان لم يرض ويعطيها الثمن لتنفقه على نفسها لان المدين اذا امتنع عن وفاء ماعليه من الدين باع القاضي من أمواله ولو جبراً مايسدد به ذلك الدين وان لم يكن له مال ظاهر أجاب القاضي طلبها لكن لايحبسه فى أول مرة بل يعزره بما يليق به في مجلس أو مجلسين فان امتثل خلّى سبيله وان لم يمتثل حبسه لانه متعنت في عدم الدفع اذا الفرض انه موسر وان كان الثاني وهو ماذا كان غير موسر فلا يجيب طلبها الى حبسه — انظر مادة (١٧٦)

فقد بان لك انه متى ظهر للقاضى يسار الزوج وامتنع عن الانفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر يبيعه القاضى للنفقة عليها حبسه حتي يمتثل فان ظهر له عجزه فلا يحبسه لانه لافائدة فيه فان طلبت المرأة من القاضي ان يفرق بينهما بسبب عجزه عن النفقة فلا يجيبها الى هذا الطلب بل يفرض لها النفقة على حسب حالهما أو حال الزوج كما عرفته مما تقدم ويأمرها بان

(مادة ١٧٦) للزوج ان يلي الانفاق بنفسه على زوجته حال قيام النكاح فاذا اشتكت مطله في الانفاق عليها وثبت ذلك عند الحاكم ولم يكن الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها ان تتناول منه مقدار كفايتها بحضره الحاكم ويقدر النفقة بحضوره على الوجه المتقدم في المادة السالفة ويأمره باعطائها اياها لتنفق على نفسها فاذا امتنع مع اليسر من اعطائها بعد امر الحاكم وطلبت المرأة حبسه له ان يحبسه الا انه لا ينبغي ان يحبسه في اول مرة بل يؤخر الحبس الى مجلسين او ثلاثة يغيظه في كل مجلس فان لم يدفع حبسه حينئذ .وللحاكم ان يبيع عليه من امواله ما ليس من اصول حوائجه ويصرف ثمنه في نفقتها

تستدين ما فرضه لها على الزوج ليؤخذ منه اذا أيسر وقد يقال ربما لا تجد من يعطيها النفقة المفروضة دينا على الزوج فنقول يجبر من تجب عليه نفقتها من الاقارب بفرض عدم وجود الزوج على ان يعطيها مقدار النفقة المقدّرة ليرجع بها على الزوج اذا أيسر فاذا كان لها ابن موسر أجبر على ذلك فان لم يكن فالاب فان لم يكن الاب موجوداً أو كان ولكنه معسر فالام وهكذا جميع الاقارب بالترتيب الذي ستعرفه في نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى — فاذا امتنع من تجب عليه النفقة لولا وجود الزوج عن الادانة حبسه القاضي حتى يمتثل وفائدة أمر القاضي بالاستدانة مع فرض النفقة لها هي ان يمكنها احالة من أخذت منه النفقة دينا على الزوج وان لم يرض فيطالبه بها بخلاف ما اذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ولا تحيل عليه الغريم بلا رضاه لعدم ولايتها عليه . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يفرق القاضي بين الزوجين بعجزه عن النفقة لما روى ابو هريرة من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقال من أعول يارسول الله قال امرأتك تقول اطعمني اوفارقني وجاريتك تقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني» وكتب سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا نفقتهنّ الباقية ولان الواجب على الزوج الامساك بالمعروف وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالاحسان فصار كالجب والعنة بل اولى لان البدن لابقاء له بدون النفقة ويبقى بدون الجماع

ولنا قوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيدخل تحته

كل معسر وقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا)

وهـذا دليل على ان من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالانفاق فلا يجب عليه الانفاق فى هذه الحالة

ولان في التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو اهون من الابطال فكان اولى

والحديث المتقدم لادلالة فيه على ذلك لانه ليس فيـه الا حكاية قول المرأة اطعمني او فارقني فليس فيه دلالة على ان الفراق واجب عليه اذا طلبت ذلك ولا يمكن الاحتجاج بكتاب سيدنا عمر ايضاً لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر كما رواه الثقاة وكتابه كان الى القادرين على النفقة ولهذا أمرهم ان يوفوا بالبقية من النفقة الماضية

ولا يمكن قياس النفقة على الجب والعنة لانهما يفوت بهما المقصود من الزواج وهو التناسل والمال تابع فلا يلحق بما هو اصل ولان النفقة لا تفوت بل تتأخر وتبقى ديناً في الذمة فيمكن تداركها بعد زمن فلا تكون معارضة لابطال حقه في الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لانه اصدق من حقه اذ لا حاجة له اليها فيما يرجع الى المقصود بالزواج

وبهذا تبين ان الامساك بالمعروف لم يفت لان كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وليس له قدرة الا على الالتزام في الذمة فيجب المصير اليه الى الميسرة بالنص ولهذا وجب المصير

اليه في حق المهر والنفقة المجتمعة من الماضي

وقال الامام مالك رحمه الله تعالى اذا امتنع الزوج من الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر وأصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال

وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان أثبت الاعسار امهله مدة لاتزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك

وان كان الزوج مريضاً او مسجونا وامتنع عن الانفاق على زوجته امهله القاضي مدة يرجي فيها الشفاء او الخلاص من السجن فان طالت مدة المرض او السجن بحيث يخشى الضرر او الفتنة طلق عليه القاضي

واذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ولم يترك نفقة لزوجته ضرب القاضي له اجلا فان لم يرسل ما تنفقه زوجته على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل فان كان بعيد الغيبة او كان مجهول المحل وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي

فان كان للزوج الغائب مال او دين في ذمة احد او وديعة في يد آخر كان للزوجة حق طلب فرض النفقة من ذلك المال او الدين ولها ان تقيم البينة على من ينكر الدين او الوديعة ويقضي بطلبها وذلك بعد ان تحلف انها تستحق النفقة على الغائب وانه لم يترك لها مالا ولم يقم عنه وكيلا في الانفاق عليها

وتطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا فللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت يساره واستعد للانفاق في أثناء المدة فان لم يثبت يساره او لم يستعد

للانفاق لم تصح الرجعة

وقال الامام أحمد رضى الله تعالى عنه متى عجز الزوج عن نفقة المعسرين سواء كانت النفقة قوتا او كسوة او مسكنا بان لم يقدر على شيء اصلا اوصار لايجد النفقة الا يوما دون يوم فللزوجة الفسخ فورا ومتراخيا ولها المقام معه مع منعها نفسها عنه وبدونه ولا يمنعها تكسباً ولها الفسخ بعده فان غاب الموسر عن زوجته وتعذرت عليها النفقة بان لم يترك لها ما تنفقه على نفسها ولم تقدر له على مال ولا امكنها تحصيل نفقتها بالاستدانة عليه ولا غيرها فلها الفسخ فورا ومتراخيا

وقال بعضهم لاتملك الفسخ الا اذا ثبت اعساره

ولا يصح الفسخ في ذلك كله بلا حكم حاكم فيفسخ بطلبها او تفسخ هى بامره لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ بالعنة ولايجب الحكم الا بطلبها لانه لحقها فلا يجوز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذ افرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه لانها فرقة لعجزه عن الواجب عليه فاشبهت فرقة العنة

وللحاكم بيع عقار وعرض لغائب ترك زوجته بلا نفقة ولا منفق ان لم تجد غيره وينفق عليها يوما بيوم ولا يجوز اكثر ثم ان بان ميتاً قبل انفاقه حسب عليها ما انفقته بنفسها او بامر الحاكم . وان امتنع الموسر من النفقة او من الكسوة او بعضها وقدرت على اخذ ذلك من ماله فلها الاخذ بلا اذنه بقدر كفايتها وكفاية ولدها الصغير لحديث هند الى آخر ما هو مذكور في دليل الطالب في صحيفة ٩٤ من الجزء الثاني

واذا كان للزوج الفقير اولاد تجب نفقتهم عليه اجبر من تجب عليه النفقة لولا وجود الاب على الانفاق عليهم فاذا امتنع عن ذلك مع القدرة حبسه القاضي حتى يمتثل — أنظر مادة (١٧٧)

فقد بان لك مما تقدم ان القاضي انما يفرض النفقة للزوجة ويامر الزوج بتسليمها لها ان ظهر له عدم الانفاق او التضييق عليها لانه غير قائم بالواجب عليه شرعا فهو ظالم فيردعه القاضي عن ظلمه فاذا فرض الحاكم النفقة او لم يفرضها ولكن حصل اتفاق بين الزوجين على ان يعطيها كل شهر مثلا مبلغا من النقود لتنفقه على نفسها فما دام الزوج مقيما وليس من نيته السفر الى غير البلد المقيمة فيه الزوجة فلا حق لها في مطالبته بالكفيل لا مكان مطالبتها الزوج بها عند استحقاقها فاذا عزم الزوج على السفر وعلمت المرأة بذلك او خافت غيبته فطلبت من القاضي أن يجبر الزوج على أن يأتي لها بشخص يضمن لها النفقة في المدة التي يمكن ان يغيبها الزوج سواء كانت شهرا او اكثر فقال ابو حنيفة لا يجيبها الى طلبها فلا يجبره على ذلك لان النفقة التي تريد اخذ كفيل بها ليست واجبة عليه الآن اذ الوقت الذي تستحق فيه لم يجئ ومن المحتمل سقوطها بالنشوز او بالموت فلا يجبر وقال ابو يوسف يجيب القاضي طلبها فيجبره على اعطائها كفيلا يضمن لها النفقة تلك المدة

(مادة ١٧٧) اذا ثبت اعسار الزوج وعجزه عن القيام بنفقة زوجته فلا يحبسه الحاكم ولا يفرق بينهما بسبب عجزه بل يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه وتجب الادانة على من تجب عليه نفقتها من اقاربها عند عدم الزوج . وان كان لها اولاد صغار تجب الادانة لاجلهم على من تجب عليه نفقتهم لولا وجود الاب . ويحبس من تجب عليه الادانة اذا امتنع

والفتوى على قوله لان فيـه الاستيثاق بالحقوق خصوصاً النفقة التي عليها حياة الانفس وهى وان كانت محتملة للسقوط الا انه لاضرر في اخذ الكفيل لانها ان سقطت فلا يطالب بشيء — أنظر مادة (١١٨)

وليس فى النفقة تقـدير لازم لان المقصود منها الكفاية وذلك ممـا تختلف فيـه طباع الناس واحوالهم وتختلف باختلاف الاوقات ولذا لاتبقى النفقة المقدرة بحال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعاً لتغير احوال الزوجين ولغلاء أصناف المأكولات واللوازم ورخصها فاذا قضى بنفقة الاعسار او بنفقة اليسار فايسر احدهما او أعسر تقدر نفقة الوسط وان ايسرا بعد اعسارهما تتم نفقة اليسار للمستقبل لان القضاءبها كان لعذر الاعسار فاذا زال العذر بطل ذلك ولا يخفى عليك أن هذا مبني على القول في فرض النفقة باعتبار حال الزوجين وأما على القول الآخر فيعتبر حال الزوج فقط بالنظر ليساره وإعساره وكذا اذا غلت أصناف المأكولات واللوازم او رخصت فانا نزيد او ننقص الدراهم المقدرة بنسبة الغلاء او الرخص الذي حصل لان فى بقاء التقدير بمقدار معين اضراراً بأحدهما — أنظر مادة (١١٩)

(مادة ١٧٨) اذا فرض الحاكم النفقة او تراضي الزوجان على شيء معين فللمرأة اذا علمت او خافت غيبة زوجها ان تأخذ عليه كفيلا جبراً يضمن لها نفقة شهراً او اكثر على قدر المدة التي يمكن ان يغيبها الزوج

(مادة ١٧٩) النفقة المقدرة لا تبقى بحال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعاً لتغير احوال الزوجين بحيث لو قضي بنفقة الاعسار او بنفقة اليسار فايسر احـدهما او اعسر تقدر نفقة الوسط وان ايسرا بعد اعسارهما تتم نفقة اليسار للمستقبل

والزوجة لا يلزمها تهيئة الطعام لنفسها وزوجها واولادها قضاء بل على الزوج أن يأتيها بمن يهيئ ذلك وان كانت الزوجة تؤمر ديانة به ولا يجوز لها اخذ اجرة من زوجها ان باشرت ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة لانه عليه الصلاة والسلام قسم الاعمال بين سيدنا علي كرم الله تعالى وجهه وسيدتنا فاطمة فجعل أعمال الخارج على سيدنا علي وأعمال البيت على سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها مع انها سيدة نساء العالمين فان كان زوجها مما يبيع الطعام في السوق وهيأته له جاز لها اخذ اجرته لانه لا يلزمها قضاء ولا ديانة

وقال بعضهم ان امتنعت الزوجة عن الخدمة في بيتها فان كانت ممن لا تخدم او ممن تخدم ولكن بها ما يمنعها عن الخدمة فعليه ان يأتيها بخادمة فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر تجبر على الخدمة قضاء وهذا هو الذي يجب التعويل عليه كما لا يخفى — انظر مادة (١٨٠)

(الفصل الرابع — في تقدير الكسوة والسكنى)

كما ان نفقة الطعام تجب على الزوج لزوجته بمجرد العقد الصحيح أى سواء انتقلت الى بيت الزوج أو لم تنتقل كذلك الكسوة تجب عليه بمجرد

(مادة ١٨٠) لا يجوز للمرأة اخذ اجرة من زوجها على ما تهيئه من الطعام لاكلها وان كان لا يجب عليها ذلك قضاء وانما يجوز لها أخذ الاجرة على ما تسويه من الطعام بامره للبيع

العقد الصحيح اذ النفقة شرعاً تشملها لانها عبارة عن ثلاثة أشياء وهي الطعام والكسوة والسكنى وحيث ان الانسان يحتاج الى ثياب في الشتاء تخالف ما يحتاج اليه منها في الصيف اذ كل زمن له ثياب تناسبه فيفرض على الزوج ان يكسو الزوجة في كل فصل بما يناسبه من الثياب وما تقدم لك من الخلاف في تقدير نفقة الطعام وهو اعتبار حال الزوجين أو حال أحدهما جار هنا أيضاً فان كان الزوجان موسرين أو معسرين قضى بكسوة اليسار أو الاعسار بالاتفاق وان كان احدهما موسرا والآخر معسراً فبعضهم يعتبر حالهما وبعضهم يعتبر حاله وقد عرفت دليل كل مما تقدم وكما انه يعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار كذلك يعتبر عرف البلد بالنسبة للكسوة اذ كل جهة لها ثياب مخصوصة بهيئة معلومة عندهم فيجب على الزوج ان يأتي زوجته بالكسوة التي تناسب عرف البلد المقيم به الزوجان — انظر مادة(١٨١)

والزوج هو الذى يلى الانفاق على زوجته فان قام بالواجب عليه شرعاً فبها ونعمت وان اشتكت منه الزوجة ورفعت أمرها الى القاضى وادعت انه لا يكسوها وتحقق عند القاضي ذلك فرض لها الكسوة كما تقدم فان شاء قدرها ثياباً وأمر الزوج باحضارها لها وان شاء قوم هذه الثياب بدراهم وامره باعطائها اياها لتشترى بها وهذا يكون من غير شك على حسب الاحوال فان بعض الازواج متي امر باحضار كسوة زوجته فلا يتأخر والبعض الآخر

(مادة ١٨١) كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين العقد الصحيح عليها ويفرض لها كسوتان في السنة كسوة للشتاء وكسوة للصيف ويعتبر في تقديرها حال الزوجين يسارا واعسارا وعرف البلد

يماطل فينظر القاضي ويحكم بالموافق — انظر مادة (١٨٢)

والاصل ان القاضي متي ظهر له الخطأ في التقدير رده فاذا لم يظهر له لا يرد التقدير فان تمزقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر فان كان بالاستعمال المعتاد قضى لها بكسوة أخرى لانه تبين خطؤه فى التقدير وان كان بغير الاستعمال المعتاد فلا يقضي لها لانه لم يتبين خطؤه في التقدير وان ضاعت الكسوة أو سرقت فلا يقضي لها بكسوة أخرى قبل انتهاء المدة المقررة لانها ملكتها بالقبض فهى المسؤولة عنها طول المدة ومثله نفقة الطعام فانها ان نفدت قبل مضي المدة ولم يكن ذلك باسراف منها قضي لها بطعام آخر لانه تبين الخطأ في التقدير فان اسرفت بالانفاق فلا يقضي لها بأخرى الا بعد انتهاء المدة لعدم ظهور الخطا

ولو مضت المدة والكسوة باقية فان لم تستعمل تلك الكسوة اصلاحتي مضي الوقت يفرض القاضى لها كسوة اخري لانه لم يظهر خطأ القاضى في التقدير لانها لواستعملتها لفنيت وان استعملت تلك الكسوة فان استعملت معها كسوة اخرى في تلك المدة يفرض القاضى لها كسوة اخرى فى تلك المدة وان لم تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى لايفرض لها القاضي أخرى لانه ظهر خطؤه فى التقدير حيث وقت وقتا تبقى الكسوة وراءه وفرقوا بين هذا وبين ما اذا فرض لها القاضى عشرة دراهم نفقة شهر مثلا فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء حيث يفرض لها القاضي هنا عشرة أخرى وبيان

(مادة ١٨٢) تفرض الكسوة ثيابا او تقدر الثياب بدراهم ويقضي بقيمتها وتعطى لها معجلة

الفرق بينهما انه في هذه المسئلة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بتعين لجوازانه انما بقي من العشرة شئ لتقتير وجد منها فى الانفاق على نفسها فيبقي التقدير معتبرا فيقضى القاضى لها بعشرة أخرى اما فى باب الكسوة اذا لبست جميع المدة ولم تمزق فقد ظهر خطأ القاضى في التقدير بتعين لاننا تيقنا انه لم يوجد منها التقتير فى اللبس

وفرقوا ايضاً بين نفقة الزوجات وكسوتهن وبين نفقة الأقارب وكسوتهم بانه في الاقارب اذا مضى الوقت وبقى شئ من الدراهم او الكسوة فان القاضي لا يقضي بأخرى في الاحوال كلها لان النفقة باعتبار الحاجة فى حق الاقارب وفى حق المرأة جزاء عن الاحتباس ولهذا اذا ضاعت النفقة او الكسوة من ايديهم يفرض القاضى لهم اخرى بخلاف الزوجة — انظر مادة (١٨٤)

وكما تجب النفقة والكسوة على الزوج لزوجته تجب عليه السكنى لها لانها داخلة فى النفقة شرعا اذ هي تشمل الطعام والكسوة والسكنى ووجوبها بقدر حالهما معا او حال الزوج على الخلاف المتقدم فان كان الزوجان موسرين فعلى الزوج اسكانها فى دار على حدتها وان لم يكونا كذلك فعليه اسكانها فى بيت من دار على حدته يكون مشتملا على المرافق الشرعية التي يحتاج اليها الانسان حسب حال الزوجين وانما وجبت السكنى لانها من كفاية الزوجة فتجب لها كالنفقة وقد اوجبها الله تعالى كما اوجب النفقة بقوله عز وجل (أسكنوهن

(مادة ١٨٣) لا يقضي للمرأة بكسوة جديدة قبل تمام المدة الا اذا تخرقت كسوتها بالاستعمال المعتاد . واذا ضاعت الكسوة عندها فهي المسؤلة عنها ولا يجب لها على الزوج غيرها قبل حلول المدة

من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضارّوهن لتضيقوا عليهن) اي اسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتكم اي مما تطيقونه سواء كان ملكا او اجارة او عارية — انظر مادة (١٨٤)

واذا وجبت السكنى حقا للزوجة فليس للزوج ان يشرك غيرها معها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها الا ان تختار ذلك لانها رضيت باسقاط حقها وحينئذ فليس للزوج ان يجبرها على اسكان احد معها من اهله مطلقا اى سواء كان من اولاده من غيرها او من غيرهم الا ان له أن يسكن ولده الصغير الغير المميز معها وان لم ترض لان المعاشرة لا تتعطل بوجوده كما ان له اسكان من يحتاجه لخدمته من غير رضاها أيضاً فاذا اراد ان يسكن جاريته معها اوام ولده «بان كانت جارية وواقعها واتت بولد فقال هذا الولد مني فقد صارت امه ام ولد له » وامتنعت الزوجة من ذلك تجبر ولا يلتفت لامتناعها لانه يحتاج الي كل منهما لخدمته وكما انه ليس للزوج اسكان احد معها جبرا الا من ذكروا فليس للزوجة ايضاً ان تسكن احدا في بيت الزوج ولو كان من تريد اسكانه فيه ولدها الصغير من غيره لان البيت بملوك له ولو منفعة فلا يجبر على سكني احد فيه لا تلزمه سكناه شرعا اما ان كان برضاه فلها ذلك لانه اسقط حقا له فلا يعارض — انظر مادة (١٨٥)

(مادة ١٨٤) تجب السكني للمرأة علي زوجها في دار على حدتها ان كانا موسرين والا فعليها سكناها في بيت من دار على حدته به المرافق الشرعية وله جبران بحسب حال الزوجين

(مادة ١٨٥) ليس للزوج ان يجبر المرأة علي اسكان احد معها من اهله ولا من اولاده =

والزوج هو الذي يسكن الزوجة حيث احب ولكن يشترط ان لا تتضرر فان تضررت من الزوج بان قالت للقاضي انه يضربني ويؤذيني فمره ان يسكنني بين قوم صالحين فان علم القاضي ذلك زجره ومنعه من ذلك وان لم يعلم يسأل الجيران عن صنيعه فان صدقوها منعه عن التعدي في حقها وان لم يكن في جوارها من يوثق به او كانوا يميلون الى الزوج امره باسكانها بين قوم صالحين . وان تضررت من غير الزوج فاما ان يكون تضررها من وجوده معها في الدار وهو في مسكن على حدته اومن وجوده معها في مسكن واحد فان كان الاول بان اسكنها في مسكن من دار على حدته وكان احد اقاربه في مسكن آخر من هذه الدار وطلبت من الزوج ان ينقلها من هذه الدار ولم يجبها فرفعت الامر الي القاضي امر الزوج باسكانها في محل آخر اذا كانوا يؤذونها بالقول او بالفعل لان غرضها منع الاذى فلها الحق فتجاب الي طلبها فان لم يثبت ذلك لديه فلا يلتفت الى طلبها لانها متعنتة الا اذا كان التضرر من الضرة فتجاب الي طلبها لان المنافرة في الضرائر اوفر والاسم مشعر بذلك ولذا قلنا غير مرة ان الاحسن له التزوج بواحدة فقط اذا لم تدع الضرورة الى تزوج غيرها وان كان الثاني أجيبت الى طلبها لان السكنى وجبت حقا لها فليس له ان يشرك غيرها فيه الا بالرضا لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ومنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها فلا تكون

الذين من غيرها سوى ولده الصغير الغير المميز وله اسكان امته وام ولده معها وليس لها ان تسكن معها في بيت الزوج احدا من اهلها ولو ولدها الصغير من غيره ولا يكون ذلك الا بارضا

متعنتة في هذا الطلب فتجاب اليه وحاصل ماتقدم انه متى جمعها مسكن واحد مع احد اقاربه او مع الضرة وطلبت النقلة تجاب وان جمعت الكل دار ولكن كل فى مسكن على حدته تجاب الى طلبها بالنسبة للضرة لا للاقارب الا اذا تحقق القاضى انهم يؤذونها قولا او فعلا ويؤخذ من عبارة بعض الكتب انها لاتجاب الي الطلب بالنسبة للضرة ايضاً اذا كانت المساكن متباينة مالم تؤذها والصحيح ماتقدم — انظر مادة (١٨٦)

فان قام الزوج بمايلزمه شرعاوأسكن زوجته بين جيران صالحين تستأنس بهم فيها ونعمت وان لم يقم بذلك بان كان المسكن الذى اسكنهافيه داراخالية من السكان مرتفعة الجدران والزوج يخرج ليلا لسبب من الاسباب فرفعت الامر الي القاضى مدعية انها تستوحش من هذا المكان فان كان لها ولد يستأنس به عادة او خادمة كذلك فلا يجيبها الي طلبها لظهور التعنت منها وان لم يكن حكم على الزوج باحد امرين اما ان يأتيها بمؤنسة واما ان ينقلها الي مكان لاتستوحش فيه والى هذا كله تشير الآية الشريفة المتقدمة وهي قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وُجْدكم ولا تضارُّوهن لتضيقوا عليهن) — انظر مادة (١٨٧)

(مادة ١٨٦) اذا اسكن الزوج امرأته في مسكن على حدته من دار فيها احد من اقاربه فليس لها طلب مسكن غيره الا اذا كانوا يؤذونها فعلا او قولاً ولهاطلب ذلك مع الضرة فان كان في نفس المسكن المقيمة هي به ضرة لها او احدى اقارب زوجها فلها طلب مسكن غيره ولو لم يؤذوها فعلا او قولا

(مادة ١٨٧) اذا كانت المرأة تستوحش من المسكن الذي اسكنها فيه زوجها بان=

فعلم مما تقدم ان جميع ماتحتاج اليه الزوجة واجب على الزوج سواء كان طعاما أو كسوة أو سكنى فكل ماتحتاجه المرأة من لباس بدنها وفرش بيتها مما تنام عليه وما تتغطى به لازم على الزوج فاما ان يأتي به واما ان يفرض عليه القاضي اصنافا أو دراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها اذ الزوج هو الذي يتولى شراء الامتعة لها الا اذا ظهر مطله او خيانته في الشراء لها فحينئذ هي التي تلي ذلك بنفسها أو بوكيلها . ويعلم من ذلك انها لو كان لها أمتعة من فرش ونحوه لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب لها عليه ماذكر ولا يلزمها ان تلبس ثيابها ولا ان تنام على فراشها ومن باب أولى لا يلزمها ان تفرش متاعها لينام هو او يجلس عليه فان رضيت بذلك كما هو جار الآن بين الازواج كان حسناً لان فيه تعاونا وتعاضداً فتحصل الالفة والمحبة فيأتي الزواج بمقاصده المشروع هو لها — انظر مادة (١٨٨)

الفصل الخامس

﴿ في نفقة زوجة الغائب ﴾

اعلم انه اذا غاب شخص وطلب شخص آخر من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب ان يفرض له النفقة على الغائب فلا يجيبه القاضي الى طلبه الا اذا

كان كبيراً كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران او كان الزوج يخرج ليلا ليبيت عند ضرتها ولم يكن لها ولد او خادمة تستأنس بهما فعليه ان يأتيها بمؤنسة او ينقلها الى حيث لا تستوحش

(مادة ١٨٨) يفرض للمرأة ما تنام عليه من فراش ولحاف وما تفترشه للقعود على قدر حالها ولا يسقط عنه ذلك، ولو كان لها امتعة من فراش ونحوه وعليه ايضاً مايلزم من سائر ادوات البيت وما تتنظف وتتطيب به المرأة على عادة اهل البلد

كان ذلك الطالب من اصول الغائب أوفروعه او زوجةً له فلوكان اخا أوعما أو خالا مثلا فلا يفرض القاضي له النفقة لان هذا قضاء على الغائب والقضاء عليه لايجوز ونفقة الاصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء بدليل ان لهم ان يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غيرهم من الاقارب فان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء بدليل انه ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئاً قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء إيجاب فلا يجوز ذلك على الغائب . وكلامنا الآن انما هو في نفقة الزوجة نتكلم عليها ونترك نفقة الاصول والفروع حتى يأتي محلها ان شاء الله تعالى

فاذا غاب الزوج وطلبت الزوجة من القاضي ان يفرض لها النفقة اجابها الى هذا الطلب . ثم ان الغائب اما ان يكون له مال أولا فان كان له مال فاما ان يكون من جنس النفقة أولا وكل له حكم يخصه واليك البيان — فان كان له مال وهو من جنس حقها في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة سواء كانا مضروبين او غير مضروبين أوكان ثيابا من جنس حقها في الكسوة فرض لها فيه النفقة سواء كان هذا المال موجودا في منزل الزوج أو غير موجود فيه بان كان مودعا عند غيره كما لو أعطى لغيره شيئاً مما ذكر ليحفظه له فانه يكون مملوكا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له او مضاربة كما اذا أعطى لغيره مائة جنيه مثلا ليتجر فيها ويكون الربح بينهما نصفين أو دينا كما اذا باع شخص حصانا مثلا بخمسين جنيها ولم يستلم منه الثمن فانه يكون ديناً عليه ولكن اذا كان المال الذي للغائب موجوداً في منزل

الزوج فرض لها النفقة فيه وامرها بالاخذ منه على حسب الفرض الذي قدره ان علم بالنكاح بينهما لانه إيفاء لحق الزوجة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة حتى يقال ان القاضي لا يقضي بعلمه

واما اذا ادعت انه ترك مالا مودعا عند شخص فان القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواها فاما ان يقر بالزوجية والوديعة أو ينكرهما أو يقر بالزوجية وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر الزوجية فان أقر بالوديعة والزوجية فرض لها القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع باعطائها النفقة منه لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بان للزوجة حق الاخذ لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان واقرار صاحب الدين مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر باعطائها النفقة من ذلك المال

ولكن كيف يكون هذا الحكم مسلما مع انهم نصوا على انه اذا احضر صاحب الدين غريما للغائب او مودعا له وهما معترفان بثبوت الدين على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين فما الفرق بين هذه المسألة ومسئلة النفقة التي نحن بصددها قالوا الفرق ان أمر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر وفي الامر بالانفاق على الزوجة ابقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء على الغائب بقول الغير بازالة ملكه ولذا قالوا يقضي بالنفقة لا بالدين

وان انكر الزوجية والوديعة او اقر بواحد منهما وانكر الآخر فاما ان يكون القاضي عالما بما انكره او غير عالم فان كان عالما فرض لها النفقة ايضاً

في هذا المال وامره باعطائها النفقة منه لانه اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالانفاق عليها بالبينة لمحتملة للكذب فلأن يجوز بعلمه الذي لايحتمله اولى ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لايقضي بعلمه والجواب ان هذا من باب الاعانة والفتوى لامن باب القضاء

وان كان القابضي غير عالم بما انكره المودَع وارادت المرأة ان تثبت ما انكره بالبينة قال الامام وصاحباه لا يلتفت لهذا الطلب وقال زفر يجيبها الى طلبها ويسمع البينة ومتى ثبت ما ادعته فرض لها النفقة فاذا لم يثبت فلا يفرض لها شيئاً وجه قولهم ان المنكر ان كان هو المال فلان المرأة بهذه البينة تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في اثبات الملك للغائب وان كان هو الزوجية فلانها بهذه البينة تثبت النكاح على الغائب والمودع ليس بخصم في اثبات النكاح على الغائب ولا يمين للمرأة عليه لانه لا يستحلف الا من كان خصما وحينئذ تكون هذه المسئلة مستثناة من قولهم كل من اقر بشيء لزمه فاذا انكره يحلف عليه فان المودع اذا اقر بالمال وبالزوجية لزمه اعطاؤه للزوجة لتنفقه على نفسهامع انه اذا انكردفلا يحلف

ووجه قول زفر أن فيه نظرا للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب لانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان امتنع عن اليمين فقد صدَّق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت بضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا اى انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس ولا يقضي بالنكاح لان القضاء به قضاء على الغائب وهو لايجوز بخلاف القضاء بالنفقة فانه من باب الاعانة على أخذ النفقة وكل ماقيل في الوديعة يقال بالنسبة

للدين ومال المضاربة

فان لم يترك الغائب الا مالا في بيته أووديعة فقط أو ديناً فرض القاضي النفقة فيه لأنه ليس هناك غيره واما ان ترك الكل فان القاضي يفرض النفقة اولا في المال الموجود في بيته ثم في مال الوديعة ثم في الدين وسبب هذا الترتيب ان القاضي نصب للنظر في مصالح من هو عاجز عن النظر في شؤون نفسه ولا شك ان المصلحة للغائب فيما ذكر لان مال الوديعة محفوظ عند المودع الذي امنه عليه قبل غيابه فلم يكن معرّضاً للخطر بخلاف المال الذي في بيته ومال الوديعة يحتمل ان يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فانه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً اكثر من الوديعة فيكون النظر للغائب في هذا الترتيب فيتبعه القاضي

وبما ان القاضي نصب ناظرا للمصلحة فعند مايفرض النفقة في مال الغائب لايسلمه للزوجة الا اذا اخذ منها كفيلا اي ضامناً المال الذي تأخذه لان في اخذ الكفيل مصلحة للغائب فانه اذا تبين بعد ذلك ان المرأة لاتستحق الذي اخذته على سبيل النفقة يكون للغائب الحق في ان يأخذه من المرأة او من الكفيل ولا شك ان هذا اضمن لامواله لاحتمال ان لايكون عند المرأة شئ يستوفى منه ما اخذته فيأخذه من الكفيل ولا يكتفي بهذا بل يحلف المرأة على ثلاثة اشياء . الاول ان زوجها الغائب لم يترك لها النفقة قبل سفره . الثاني انها لم تكن ناشزة اي خارجة عن طاعته بغير حق . الثالث ان زوجها الغائب لم يطلقها قبل سفره وانقضت عدتها اذ فيه نظر للغائب ايضا لانه من الجائز ان يكون شئ من ذلك حاصلا والكفيل لايعلم به فتمتنع المرأة عن اليمين

فلا يقضى لها بأخذ شيء من ماله

والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للزوجة بسببها ان لا يسهل احضار الزوج ومراجعته ولو كان مختفياً في البلد الذي فيه الزوجة فلا يشترط ان تكون الغيبة مدة سفر شرعي ولا ان يكون الغائب مفقوداً اي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته حتى لو ذهب الى القرية وتركها في البلد ولا يسهل احضاره ومراجعته فللقاضي ان يفرض لها النفقة وهناك اقوال في هذا الموضوع ولكن المعول عليه ما تقدم لك — انظر مادة (١٨٩)

وان لم يترك الغائب مالا مطلقاً ورفعت المرأة امرها للقاضي وارادت ان تقيم بينة على الزواج ليقضي لها بالنفقة عليه فقال ابو حنيفة وصاحباه لا يلتفت الى قولها ولا يجيبها الى طلبها لان فيه قضاء على الغائب وهو لا يجوز . وقال زفر وابو يوسف في رواية عنه يجيبها الى طلبها فيسمع بينتها ويقضي لها بالنفقة دون الزواج ولكن حيث ان الغائب لم يترك مالا اصلا يأمرها القاضي بالاستدانة اي تاخذ ما تنفقه على نفسها من غيره ويكون ديناً على الغائب

(مادة ١٨٩) تفرض النفقة لزوجة الغائب في ماله ان كان له مال حاضر في منزله من جنس النفقة كالغلال ونحوها من اصناف المأكولات والذهب والفضة المضروبين وغير المضروبين او كان له مال من ذلك مودع عند احد او دين عليه واقر المودع او المديون بالمال وبالزوجية او لم يقرا وكان الحاكم يعلم بهما او اقامت المرأة بينة على الوديعة او الدين وعلى النكاح وان كان لا يقضي لها به على الغائب ويبدأ الحاكم في فرض النفقة بمال الوديعة ثم بالدين فلو كان للغائب مال حاضر في بيته من جنسها فرضها فيه ويأخذ الحاكم عليها كفيلا بالمال الذي تقبضه ويحلفها ان زوجها الغائب لم يترك لها نفقة ولها لم تكن ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها

يؤخذ منه متي حضر ان لم يدع مايسقط عنه ذلك لان فيه نظراً للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب لانه لو حضر وصدقها في دعوي الزوجية فقد اخذت حقها فان جحد حلف فان امتنع فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت عن اقامة البينة بضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا لحاجة الناس ولكن لابد من اخذ كفيل منها بما تأخذه وتحليفها على الاشياء الثلاثة المتقدمة في المادة التي قبل هذه لان في ذلك نظرا الى الغائب ولهذا لو طلبت فسخ النكاح فلا يجيبها القاضي الى هذا الطلب اتفاقا لان فيه اضرارا بالغائب وهو اسقاط حقه في الزوجية — انظر مادة (١٩٠)

فان حضر الزوج الغائب من السفر فاما أن يصادق المرأة على مالدعته أو ينكر فان وافقها فلا يكون له حق في أخذ شيء لامن المرأة ولا من الكفيل لانه لما وافقها على دعواها ثبت أنها أخذت شيئاً مستحقالها وكل من المودع والمدين أعطى الوديعة أو الدين الى مستحقه فلا يأخذ منهما شيئاً

وان انكر فاما أن ينكر عدم تعجيل النفقة قبل سفره ويدعى انه عجل لها النفقة قبل السفر او ينكر انها زوجة له او ينكر عدم الطلاق وانقضاء العدة ويدعي انه طلقها قبل السفر وانقضت عدتها وكل له حكم يخصه فان كان الاول وهو ما اذا ادعى انه عجل لها النفقة قبل سفره وانها لا تستحق المال الذي اخذته حال غيابه فاما ان تنكر المرأة ذلك او تصدق فان انكرت فاما

(مادة ١٩٠) اذا لم يخلف الغائب مالا واقامت المرأة بينة على النكاح يقضي لها الحاكم بالنفقة دونه ويأمرها بالاستدانة على زوجها ويكفلها ويحلفها كما تقدم وان طلبت فسخ النكاح فلا يفسخه

ان يمكنه اثبات ذلك بالبينة اولا فان اقام بينة ثبتت دعواه وحينئذ يكون له الحق في اخذ المال الذي اخذته حال غيابه لانه تبين انها لا تستحقه لانه ثبت انه اعطاها النفقة الكافية مدة غيابه وفي هذه الحالة اي حالة اثبات ذلك بالبينة يكون له الحق في اخذ المال الذي اخذته حال غيابه من المرأة او من الكفيل لان البينة حجة متعدية فكما انها تثبت حقاً له على المرأة تثبت حقاً له ايضا على الكفيل فيخير في ذلك فان اخذه من الزوجة فلا ترجع به على احد وان اخذه من الكفيل يأخذ الكفيل مثله من المرأة ان كانت امرته بالضمان

وان عجز عن اقامة البينة فله ان يطلب من المراة اليمين على انه ما اعطاها نفقتها قبل سفره فعند توجه اليمين عليها اما ان تمتنع عن اليمين او تحلف فان امتنعت عن اليمين ثبت ما ادعاه وحينئذ يخير بين اخذه من الكفيل او من المرأة كما هو صريح المادة ولكن هذا غير ظاهر لانهم نصوا على ان الانكار بذل او اقرار وهي لو اقرت بانه عجل لها النفقة قبل سفره فلا يرجع الزوج الا عليها وليس له مطالبة الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره اللهم الا ان يكون في المسئلة قولان

وان صدقته في انه عجل لها النفقة قبل سفره كان له الحق في ان ياخذ منها المال الذي اخذته مدة غيابه لانه ثبت باقرارها انها لا تستحقه اذ كان عجله لها قبل سفره فترد ما اخذت لان الحق لا يستوفى مرتين وليس له ان يطالب الكفيل في هذه الحالة بما اخذته لان الاخذ ما ثبت الا باقرارها وهو حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى الى الكفيل — انظر مادة (١٩١)

(مادة ١٩١) اذا حضر الزوج الغائب وادعى انه عجل لها النفقة قبل سفره واقام=

وان كان الثاني وهو ما اذا انكر الغائب الزواج اصلا وادعى انها ليست بزوجة له فحينئذ تكون المرأة مدعية عليه الزوجية وهو ينكرها فتكلف المراة باثبات دعواها فان اقامت بينة على انها زوجته ثبتت الزوجيه وحينئذ لا يكون له حق في طلب المال الذي اخذته من احد لانه كان ينكر استحقاقها لما اخذت لانها ليست زوجته وقد اثبتت الزوجية فتكون مستحقة له فتبين انها اخذت حقها فلا يسترد وان عجزت عن اقامة البينة فلها طلب يمينه فعند ما تتوجه عليه اليمين فاما ان يمتنع او يحلف فان امتنع ثبتت الزوجيـة ايضاً لان امتناعه اقرار وحينئذ لا يكون له حق فى اسـترداد ما اخذت لما تقدم وان حلف انها ليست زوجة له انتفت دعواها فيكون له الحق فى اخذ المال الذي اخذته لان اخـذها له كان مبنياً على دعواها الزوجية ولم تثبت فيسترده . ثم ان المال الذي اخذته اما ان يكون وديعـة او دينا فان كان وديعة فهو مخير بين اخذه من المرأة او من المودع فان اختار تضمين المرأة فليس لهـا حق فى الرجوع به على احد وان اخـذه من المودَع كان له الحق فى اخذه من المرأة

وان كان ديناً فليس له الا اخذه من المدين وهو يرجع به على المرأة والفرق بينهما ان المرأة في الوديعة اخذت نفس ما يستحقه الغائب بتسليط من المودَع فيكون كل منهما متعديا على عين ما يستحقه فيثبت له الخيار وفى الدين اخذت مثل ما يستحقه الغائب لان الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها

البينة على ذلك او لم يقم واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء استرد النفقة من المرأة وان شاء رجع بها على الكفيل وان اقرت المرأة انه عجل لها النفقة يرجع بها عليها لا عليـه

فالمرأة لم تأخذ نفس مايستحقه الغائب بل مثله فلا يرجع عليها بشيء ولكن بعد اخذه من المدين يرجع المدين به على المرأة لانه تبين انها غير مستحقه لما اخذت فترده . ويظهر ان هذا مقيد بما اذا ثبتت الزوجية وكل من الوديعة والدين باقرار المودع اوالمدين . واما اذا كان ثبوت ذلك بالبينة بعد انكار كل منهما فلا يكون للغائب حق فى الرجوع على كل من المودع والمدين لانهما والحالة هذه مضطران الى دفع المال اليها لامر القاضي لهما بذلك فلا يكون للغائب حق في الرجوع على كل منهما بل له اخذه من المرأة فقط — انظر مادة (١٩٢)

وان كان الثالث وهو ما اذا ادعى الزوج الغائب انها كانت زوجة له ولكن طلقها قبل سفره وانقضت عدتها وبناء عليه لاتستحق النفقة التى أخذتها فى غيابه وأثبت ذلك بالبينة فله الحق في تضمين المرأة المال الذى أخذته حال غيابه لانها أخذته على انه نفقة وقد تبين انها لاتستحقه فترده وليس له تضمين كل من المودع والمدين لانهما معذوران فى دفعهما المال اليها اذ الطلاق مما ينفرد به الزوج فيخفى عليهما حتى اذا وجد مايدل على انهما يعلمان بالطلاق وانقضت العدة بان شهدت البينة التي أقامها الزوج على الطلاق وانقضاء العدة بان كلا من المودع والمدين يعلم بذلك ثبت له حق الرجوع على كل منهما. أيضا لتعدى كل منهما والحالة هذه على مال الغائب — انظر مادة (١٩٣)

(مادة ١٩٢) اذا رجع الغائب وانكر النكاح ولا بينة للمرأة فالقول قوله مع حلفه فاذا حلف وكان المال الذي قبضته وديعة فله ان يرجع به على المرأة او على المودع وان كان ديناً فله الرجوع علي الغريم وهو يرجع علي المرأة

(مادة ١٩٣) اذارجع الزوج الغائب واقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة=

فاذا فرض ان القاضى أمر كلا من المودع والمدين بالانفاق على الزوجة من الوديعة والدين وامتثل كل منهما الامر وبعد مدة عادت المرأة الى القاضى وادعت ان كلا منهما لم يعطها شيئاً لنفقته على نفسها فاحضرهما القاضى فادعى كل منهما انه أعطاها المال الذى أمره باعطائه لها وانكرت المرأة ذلك صدق المودع بلا بينة لانه أمين ولا يقبل قول المدين الا اذا ثبت بالبينة انه دفع اليها الدين لانه يدعى براءة ذمته منه فلا يسقط عنه الا ببينة انظر مادة (١٩١) وان كان المال الذى تركه الغائب ليس من جنس النفقة سواء كان موجوداً في بيته او كان وديعة فاما ان يخشى عليه التلف من الهلاك أولا فان كان الاول باعه القاضى وأنفق على الزوجة من ثمنه لان النظر الى الغائب في ذلك وان كان الثانى فلا تفرض فيه النفقة لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالانفاق اما عند ابى حنيفة فهو ظاهر لان عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب اولى واما عند الصاحبين فلانه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه واذا قالا ببيع مال الحاضر اذا امتنع من الدفع لانه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر عقاراته ويصرف من اجرتها في نفقة المرأة — انظر مادة (١٩٥)

وفى كل موضع جاز للقاضي ان يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها

وعدم استحقاق المرأة النفقة التي اخذتها في غيابه ضمنت هي لا الدافع من المودع او المدبون الا اذا شهدت بينة الزوج ان الدافع كان يعلم بالطلاق فحينئذ يكون عليه الضمان

(مادة ١٩٤) اذا ادعى المودع او المدبون الذي امره القاضي بالانفاق على زوجة الغائب انه دفع اليها المال للنفقة وانكرت المرأة ذلك يقبل قول المودع بلا بينة ولا يقبل قول المدبون الا ببينة

(مادة ١٩٥) اذا كانت الوديعه او المال الذي في بيت الزوج الغائب من غير=

النائب جاز لها ان تأخذ منه مايكفيها بالمعروف من غير قضاء لانك عرفت مما تقدم ان قضاء القاضي من قبيل الاعانة والفتوى فقط ما ثابت وان لم يقض به فلها اخذه وايضا قد نصوا على أن كل شخص مستحق قبل غيره شيأ وظفر بماله وكان من جنس حقه فله اخذه من غير قضاء ولا شك ان المرأة مستحقة النفقة على زوجها فمتى ظفرت بماله الذي من جنس حقها جاز لها اخذه — انظر مادة (١٩٦)

(الفصل السادس في دين النفقة)

اعلم انه اذا كان شخص مدينا وطلب الدائنون ديونهم الثابتة بأى طريق من طرق الاثبات الشرعي يؤمر المدين بسداد تلك الديون فان امتثل فبها وان لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من امواله ما يفي بسداد ديونه على قول الصاحبين المعول عليه فان كانت امواله لا تفي بالديون باعها القاضي وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية اي كل من الدائنين يأخذ من ثمن ما يباع بنسبة دينه فاذا فرض ان شخصا مدين بألف جنيه لثلاثة اشخاص لأحدهم خمسمائة وللثاني ثلاثمائة وللثالث مائتان وجميع امواله لا تساوى الا خمسمائة جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك ان

جنس النفقة فليس للزوجة ان تبيع منه شيئا في نفقة نفسها ولا للقاضي بيع شئ منه وتؤجر عقاراته ويصرف من اجرتها في نفقة المرأة

(مادة ١٩٦) في كل موضع جاز للقاضي ان يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها ان تأخذ منه مايكفيها بالمعروف من غير قضاء

تقسم ماعنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فالخارج هو مايخص ذلك الدين ففى المثال المتقدم بلغ جميع الديون الف جنيه وامواله التى يمتلكها خمسمائة جنيه وبقسمة الخمسمائة على الالف يكون خارج القسمة نصفا وبضربه فى دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا

$\frac{٥٠٠}{١٠٠٠} = \frac{٢٥٠}{٥٠٠} = \frac{١}{٢}$

$\frac{١}{٢} \times ٥٠٠ = \frac{٥٠٠}{٢} = \frac{٢٥٠}{١} = ٢٥٠$ فيكون هذا نصيب الدائن بخمسمائة . ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بهذا العمل $\frac{١}{٢} \times ٣٠٠ = \frac{٣٠٠}{٢} = \frac{١٥٠}{١} = ١٥٠$ ونصيب الدائن بمائتين يحصل بهذا العمل ايضاً $\frac{١}{٢} \times ٢٠٠ = \frac{٢٠٠}{٢} = \frac{١٠٠}{١} = ١٠٠$ وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل ولك ان تقول من اول الامر حيث ان جميع امواله تساوي نصف جميع الدين فكل يأخذ نصف دينه فان كان يساوي الثلثين فكل يأخذ ثلثي دينه وهكذا فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود بأي طريق كان ولكن عند ما يبيع القاضي امواله لسداد ديونه فلا يبيعها كلها بل يترك النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة او غيرها ولا شك ان النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام مايكفيه الى ان يحصل على شيء آخر بحسب ماهو مستعد له من الكسب فان كان كسبه يوميا او اسبوعيا او شهريا او سنويا ترك له مايكفيه هذه المدة لانه بعدها يحصل على شيء جديد ينفق منه — انظر مادة (١٩٧)

(مادة ١٩٧) تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله بقدر الضرورة على قضاء ديونه

واعلم انه اذا مضت مدة لم ينفق الزوج فيها على زوجته بل أنفقت هي على نفسها سواء كان من مالها أو من مال غيرها ثم طالبته بما أنفقت فاما ان تكون نفقة تلك المدة غير مقضي بها ولم يحصل تراض بين الزوجين على اعطائه لها كل أسبوع مثلا كذا من الدراهم أو تكون نفقة تلك المدة مقضياً بها او متراضي عليها بين الزوجين والمقضي بها او المتراضي عليها اما أن تكون مستدانة أو غير مستدانة والمستدانة إما أن تكون مستدانة بغير أمر القاضي او امر الزوج او مستدانة بأمر واحد منهما وكل من هذه الاحوال له حكم يخصه واليك البيان

فان كانت النفقة غير مقضى بها ولا متراضي عليها فاما ان يكون الزمن الذي مضى ولم تطلب المرأة فيه النفقة شهرا فاكثر او اقل من شهر فان كان الاول سقطت عنه النفقة بمضي هذا الزمن فليس لها حق في طلبها لانها ليست بدين على الزوج اذ أن النفقة لاتصير ديناً الا بأحد امرين الاول قضاء القاضي بها على الزوج الثاني — التراضي بين الزوجين لان النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة فانها لاتوجب الملك في الموهوب الا بمؤكد وهو القبض وتراضى الزوجين بمنزلة القضاء لان ولاية الزوج على نفسه اقوى من ولاية القاضي عليه وقال الشافعي واحمد على احد القولين في مذهبه تصير النفقة ديناً قبل القضاء او الرضا لانها عوض فصارت كسائر الديون فتثبت وان لم يقض بها القاضي ولم يتراض الزوجان على تقدير شيء معين — وهذا هو الظاهر لان الحنفية نفسهم يقولون انها جزاء الاحتباس فالظاهر من هذا انه متى وجد الاحتباس ثبت جزاؤه

وهو النفقة سواء حصل القضاء او الرضا او لم يحصل واحد منهما

وان كانت المدة الماضية اقل من شهر فلا تسقط وحينئذ فلها الحق فى طلب نفقة تلك المدة لانهم جعلوا هذه المدة قليلة والقليل مما لا يمكن التحرز عنه اذ لو سقطت بمضى اليسير من المدة لما تمكنت من الاخذ اصلا قبل القضاء او الرضا ولا يخفى مافيه من الحرج — انظر مادتى (١٩٨) و (٢٠٠)

وان كانت النفقة مقضيا بها اومتراضى عليها بين الزوجين ولكن لم تطالب المرأة بها ولم تأخذها ديناً بل انفقت من مال نفسها مدة وبعد ذلك طالبت الزوج بما انفقته فى المدة الماضية بعد القضاء او الرضا يثبت لها الحق لانها لاتسقط بمضى الزمن اذ صارت ديناً بالقضاء او الرضا فلها اخذه سواء كانت المدة الماضية التى لم تأخذ فيها النفقة قليلة او كثيرة ولكن هذه النفقة تسقط بموت احد الزوجين او بنشوز الزوجة اي خروجها عن طاعة زوجها بغير حق فاذا مضت اربعة اشهر مثلا بعد القضاء او الرضا وتجمدت على الزوج نفقتها فمات الزوج فلا يكون للزوجة حق فى اخذ المقدار المتجمد من التركة واذا ماتت الزوجة فليس لورثتها حق فى طلب المقدار المتجمع من الزوج لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وكما انها تسقط بالموت تسقط ايضا بالنشوز عقابا لها واختلفوا في سقوطها بالطلاق . وقال الامام

(مادة ١٩٨) لا تصير النفقة دينا الا بالقضاء او بتراضى الزوجين على شىء معين

(مادة ٢٠٠) ليس للمرأة الرجوع على زوجها حاضراً كان او غائباً بما انفقته من مالها قبل فرض القاضى او التراضى على شىء معين بل يسقط ذلك بمضي شهر فاكثر لا اقل

الشافعي رضي الله تعالى عنه لاتسقط هـذه النفقة بالموت لانها صارت ديناً كباقي الديون فكما ان دين غير النفقة لايسقط بالموت فكذلك دين النفقة وهذا هو الظاهر — انظر مادة(١٩٩)

وان كانت النفقة مقضيا بها او متراضى عليها ولـكنها مستدانة بغير امر الزوج او القاضي فهى مثل النفقة الغير المستدانة فلا تسقط بمضي الزمن بل تسقط بالموت وبالنشوز وبالطلاق اذا تحقق انه حصل لسوء اخلاق الزوجة وهذا خلاف مذهب الشافعي ايضا — انظر مادة (٢٠١)

وان كانت النفقة مقضياً بها اومتراضي عليها ولكنها مستدانة بامر القاضى او الزوج فلا يسقط دينها اصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضي ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة الزوج ولو استدان الزوج بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت احدهما فهذا مثله فما دام الزوج موجوداً فلها ان تطالبه بها قصرت المـدة او طالت واذا مات فلا تسقط ايضاً بل يكون لها الحق في اخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم وكما ثبت للزوجة الحق في طلب دين النفقة من الزوج لتعطيه للدائن يثبت للدائن طلب الزوج مباشرة بهذا الدين ان كانت

(مادة ١٩٩) النفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضى اوبالتراضي لاتسقط بمضى المدة فاذا لم تطالب بها المرأة ولم تقبضها كلها او بعضها في مواعيدها المقررة فلها مادامت حية مطيعة والزوج حى ان ترجع عليه بالمقدار المتجمد منها بعد القضاء اوالرضاء سواء كانت المدة المـاضية قليلة او كثيرة

(مادة ٢٠١) النفقة المفروضة بالقضاء او الرضاء والمستدانة بغير امر الحاكم يسقط دينها بموت احد الزوجين ولا يسقط دين النفقة بالطلاق الا اذا تحقق انه وقع لسوء اخلاق المرأة

الاستدانة بامر الحاكم وحينئذ يكون الدائن مخيراً بين اخذ دينه من المرأة او الزوج . ومثله ما اذا كانت الاستدانة بامر الزوج فان كانت بلا امر واحد منهما فله الحق في اخذه من المرأة فقط وهي تأخذه من زوجها ان ثبت لها عليه حق بان كانت النفقة مقضياً بها او متراضى عليها ولم يوجد ما يسقطها — انظر مادة (٢٠٢)

فان اعطي الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبلة ولم يحصل في اثناء تلك المدة ما يسقط النفقة فقد استحقتها فلا حق له في استرداد شيء منها واما اذا حصل في اثناء المدة ما يسقطها كما اذا عجل لها نفقة سنة مثلا وماتت الزوجة بعد مضي اربعة اشهر او مات الزوج بعد مضى هذا الزمن او طلقها في اثناء المدة فليس له ولا لورثته حق في استرداد شيء منها او من ورثتها كما لو مضت المدة المعجلة نفقتها ولم يطرأ ما يسقطها وهذا قول ابى حنيفه وابى يوسف لانها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة

وقال محمد والامامان الشافعي واحمد بن حنبل تحسب لها نفقة مامضى وما بقي يسترد سواء كان المعجل طعاماً او كسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحق عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق في البعض فيبطل العوض

(مادة ٢٠٢) النفقة المستدانة بامر الحاكم لايسقط دينها باى حال بل تكون ديناً ثابتاً لها في تركة زوجها واجبا اداؤه ثم ان كانت الاستدانة بامر الحاكم فللغريم الرجوع على ايهما شاء من الزوج اومن المراة وان كانت بلا امر الحاكم فلا رجوع له الا على المراة وهى ترجع على زوجها ان ثبت لها عليه حق

بقدره وهذا هو الظاهر لقوة دليله ولا فرق في هذا الحكم بين ان يكون المعجل للنفقة هو الزوج أو أبوه — انظر مادة (٢٠٣)

والنفقة حق للزوجة فلها ان تطالب زوجها بها ولها ان تبرئه منها اي تسقط حقها فيها فان طالبته اجبر على الاعطاء مالم تسقط بواحد من الاشياء المتقدمة وان ابرأته منها فلا حق لها فى الطلب بعد ذلك ان كان الابراء صحيحاً . والابراء من النفقة اما ان يكون قبل القضاء بها او التراضي عليها او بعد واحد منهما فان كان بعد واحد منهما فاما ان يكون عن مدة ماضية او مستقبلة فان كان قبل القضاء او الرضا فهو باطل لان الابراء لايكون الاعن شيء موجود في الذمة وقته والنفقة لاتصير دينا الا بالقضاء او الرضا فلم يكن الدين موجوداً وقت الابراء فلا يصح وان كان بعد القضاء او الرضاء وكان عن مدة ماضية بان مضي شهران مثلا بعد واحد منهما لم تأخذ فيهما شيأ صح الابراء لقيام الدين بذمته وقته وهو حق الزوجة فلها ان تسقطه وان كان بعد القضاء او الرضا ولكن عن زمن مستقبل فان كانت مفروضة شهرياً واستهل الشهر بأن جاء اول يوم منه وابرأته عن نفقة شهر صح هذا الابراء فان ابرأته عن نفقة شهرين او ثلاث مثلا فلا يبرأ الا عن نفقة الشهر الذي دخل أوّله وحينئذ يكون لها الحق في مطالبته بنفقة غير الشهر الذي حصل الابراء فيه لان القاضي لما فرض نفقة كل شهر فانما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لايتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لاتصير نفقة الشهر الثانى

(مادة ٢٠٣) لاتسترد النفقة التى دفعت للزوجة معجلا لابموت ولا طلاق سواء عجلها الزوج او ابوه ولو كانت قائمة

واجبة فلا يصح الابراء عنها وحاصله ان النفقة تفرض لمعني الحاجة المتجددة فاذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر فقبل تجدده لايتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الابراء عما لم يجب ومثله ما اذا كانت مفروضة يومياً او اسبوعياً او سنوياً لما ذكر — انظر مادة (٢٠٤)

فاذا صارت النفقة ديناً بالقضاء او الرضا ومضت مدة ولم تقبضها المرأة حتى تجمع لها مقدار من النقود عند الزوج وكان للزوج عليها دين بان اشترت منه شيئاً مثلا ولم تدفع له ثمنه وطلب احدهما مقاصة الدينين ببعضهما اي اسقاط مافى ذمته في مقابلة مافي ذمة صاحبه فاما ان يكون المطالب الزوجة او الزوج. فان كان الاول فلا بد من رضاه بذلك لان الدين الثابت عليه دين نفقة وهو دين ضعيف والدين الثابت عليها دين صحيح فيكون اقوى فلا يجبر على ذلك لقوة دينه

والدين الصحيح هو الذي لايسقط الا بالاداء او الابراء بخلاف الضعيف فانه يسقط بهما وبغيرهما ولا شك ان دين النفقة كذلك اذ هو يسقط بهما وبالموت وبالنشوز وبالطلاق اذا تحقق انه وقع لسوء اخلاق المرأة

ولا يخفى عليك ان هذا الحكم خاص بالنفقة اذا لم تكن مستدانة بامر القاضي او الزوج لانها ان كانت كذلك كانت ديناً صحيحا لانها لاتسقط والحالة

(مادة ٢٠٤) الابراء عن النفقة قبل فرضها قضاء او رضاء باطل وبعده صحيح عن نفقة المدة الماضية وعن نفقة يوم واحد مستقبل دخل اوله ان كانت مفروضة كل يوم عن اسبوع واحد ان كانت مفروضة كل اسبوع وعن نفقة شهر واحد مستقبل قد استهل ان كانت مفروضة كل شهر وعن نفقة سنة واحدة مستقبلة قد دخلت ان كانت مفروضة سنوياً

هـذه الا باحد الامرين المتقدمين وهما الاداء اي الاعطاء او الابراء اي الاسقاط فلو طلبت الزوجة المقاصّة فى هذه الحالة اجبر الزوج لتساوي الدينين

وان كان الثانى وهو ما اذا كان طالب المقاصّة هو الزوج اجيب الى طلبه وتجبر المرأة على ذلك لان النفقة اذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي او امر الزوج فهى دين ضعيف ودين الزوج صحيح فهو اقوى فيكون هذا الطلب في فائدة الزوجة فتجبر علي القبول

وان كانت مستدانة بالامر صار كل من الدينين صحيحا فتساويا في الحكم فتجاب الزوجة الى مطلوبها — انظر مادة (٢٠٥)

الباب الثالث

(في ولاية الزوج وما له من الحقوق)

اعلم انه لا ولاية للزوج على الزوجة الا فيما يحفظ به عرضه وشرفه ونسبه وما له فله تأديبها على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر كما يظهر لك في شرح مادة (٢٠٩) وحينئذ لا ولاية له على اموالها الخاصة بها بل هي التي لها الولاية عليها فلها التصرف فى جميعها سواء كان باذنه او بغيره واذا اراد منعها من التصرفات فى مالها معتمداً على ماله من الولاية فلا يكون له حق فى ذلك لما عرفت من ان ولايته عليها تأديبية فقط فاذا كان لها اموال فهي التي تتولى ادارتها بنفسها او توكل من شاءت سواء كان الزوج او غيره

(مادة ٢٠٥) دين النفقة والدين الثابت فى ذمة المراة لزوجها لايلتقيان قصاصا فاذا طلبت المرأة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها فلا تجاب الى مطلوبها الا اذا رضي بذلك وان طلب هو مقاصة دين نفقتها بماله عليها يجاب الى طلبه

فتقبض أجرة أملاكها بنفسها او توكل من شاءت فى ذلك وكل عقد صدر منها وكانت رشيدة أي محسنة للتصرف فى مالها لايتوقف نفاذه على اجازة احد ولو كان ابا او جدا فان كانت غير رشيدة فلا يتوقف على اجازة الزوج لانه لا ولاية له على اموالها الخاصة فى حال من الاحوال ولكن العقود التي تصدر منها اذا كانت مترددة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها فى حال كونها غير رشيدة على اجازة ابيها ان كان موجودا فان لم يكن فوصيه فان لم يوجد فالجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه لان كلا من هؤلاء له الولاية على اموالها بهذا الترتيب وكل شيء يلزم المرأة من النفقة واجب على الزوج فلا يلزمها شيء من النفقات مهما كثرت اموالها كما عرفت مما تقدم فى النفقة — انظر مادة (٢٠٦)

وكل من الزوجين له حقوق على الآخر فمتى قام احدهما بما عليه من الحقوق وجب على الآخر القيام بالحقوق التي من جهته ومن حقوق الزوجة على الزوج اعطاؤها معجّل صداقها فان لم يف به فليس له حق في منعها من الخروج من بيته وان وفى به وارادت ان تخرج فاما ان يكون خروجها بحق او بغير حق فان كان الاول فليس له منعها فلها الخروج ولو بلا اذنه ومنه الخروج لزيارة

(مادة ٢٠٦) ولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على اموالها الخاصة منها بل لها التصرف في جميعها بلا اذنه ورضاه بدون ان يكون له وجه في معارضتها معتمداً على ولايته ولها ان تقبض غلة املاكها وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على اجازته مطلقا ولا على اجازة ابيها او جدها عند فقده او وصيهما ان كانت رشيدة محسنة للتصرف ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج

والديها في كل اسبوع مرة ولزيارة غيرهما من المحارم كالاخ والاخت والعم والخال في كل سنة مرة وعن ابي يوسف تقييد خروجها بعدم قدرتهم على المجيء اليها فان كانوا قادرين على ذلك فلا تخرج وهو حسن فان خروجهم قد لايشق عليهم ويشق خروجها على الزوج تتمنع لان فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروجهم فانه ايسر وحينئذ ينظر الى من ليس في خروجه ضرر فيخرج ويمنع الآخر وله منعهم عند الزيارة من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكا له او مستأجره او مستعيره لان الفتنة في المكث وطول الكلام . ومن الخروج بحق مااذا كان لهاعند شخص حق اوارادت اداءحج الفرض مع وجود محرم لها فليس له حق في منعها لان حقه لايقدم على فرض العين فلها الخروج ولو بلا اذنه . ومن الخروج بحق ما اذا وقعت لهامسألة تحتاج اليها في دينها ولكن ان سأل الزوج من العالم عنها او كان عالما بها فأخبرها بالحكم فلا يباح لها الخروج فان امتنع من السؤال كان لها الحق في الخروج وان لم يرض الزوج فان لم تقع لها مسئلة بالفعل ولكن ارادت ان تخرج الى مجلس العلم لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء أوالصلاة مثلافان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها عندهافله ان يمنعها وان كان لايحفظ فالاحسن ان يأذن لها احياناوان لم يأذن فلا شئ عليه ولايباح لها الخروج مالم تقع لها مسئلة بالفعل . ومن الخروج بحق ما اذا خشيت سقوط البيت عليها او حرقه اوغرقه فلها ان تخرج بغير اذنه

وفي كل موضع أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة لقوله تعالى (ولا تبرجن تبرج

الجاهلية الاولى)

وان كان الثاني وهو ما اذا كان خروجها بغير حق فلا يباح لها الخروج وذلك كالخروج لزيارة الاجنبيات وعيادتهن او الخروج للولائم ولو كانت عند المحارم لاشتمالها غالبا على المفاسد أو لزيارة الاولياء أو القبور ولو اذن لها وخرجت كانا عاصيين

ومتى اوفاها معجل صداقها فله اخراجها من منزل ابويها ان كانت صالحة للرجال واسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها وهذا الحق ثابت له ولو اشترط عليه الابوان ان لا يخرجها من منزلها لان هذا الشرط فاسد لا يعول عليه فله مخالفته — انظر مادة (٢٠٧)

فان اراد الزوج ان يخرج زوجته من البلد الذى تزوجها فيه فاما ان يكون مامونا عليها او غير مامون وعلى كل فاما ان يكون بين البلدين مسافة السفر الشرعى أولا والسفر الشرعى هو مسافة ثلاثة أيام بالسير الوسط ومتى كان السفر شرعياً جاز للمسافر الفطر في رمضان ويجب عليه قضاء الايام التى افطر فيها اذا اقام ويجوز له أيضاً قصر الصلاة الرباعية بان يصلي كلا من الظهر والعصر

(مادة ٢٠٧) للزوج بعد ايفاء المرأة معجل صداقها ان يمنعها من الخروج من بيته بلا اذنه في غير الاحوال التي يباح لها الخروج فيها كزيارة والديها في كل اسبوع مرة ومحارمها في كل سنة مرة وله منعها من زيارة الاجنبيات وعيادتهن ومن الخروج الي الولائم ولو كانت عند المحارم وله اخراجها من منزل ابويها ان كانت صالحة للرجال واوفاها معجل صداقها واسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها ولو اشترطا عليه ان لا يخرجها من منزلها وله ان يمنع اهلها من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكا له او اجارة او عارية

والعشاء ركعتين تخفيفاً عليه

فان كان مأمونا وأوفى الزوجة معجل صداقها فله ان ينقلها اذا كانت المسافة بين البلدين اقل من السفر الشرعي فان كانت سفرا شرعياً فليس له اجبارها على النقلة معه سواء كان الانتقال من مصر الى مصر او من مصر الى قرية او من قرية الى مصر او من قرية الى قرية

وان كان غير مأمون عليها فلا تجبر على السفر معه مطلقا اي سواء كانت المسافة بين البلدين مسافة قصر أو أقل بل ولو كان يريد نقلها الى جهة أخرى في البلد نفسه وهناك أقوال أخرى في هذه المسئلة غير ماذكر

وقد استوفينا الكلام على هذا الموضوع في شرح مادة (١٦٢) فارجع اليه فانه نفيس جداً — انظر مادة [٢٠٨]

فقد علمت مما تقدم ان ولاية الزوج على الزوجة تأديبية فقط فله ان يؤدبها تأديباً خفيفاً على كل معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر كترك الزينة اذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية وكعدم اجابته اذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس وككشف وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة او تمزيق ثيابه او تكليم اجنبي اذا خيف من ذلك الفتنة اوان تتكلم عمدا مع الزوج او تشاغبه حتى يسمع صوتها الاجنبي او تعطى من بيته شيئاً من الطعام بلا اذنه حيث

(مادة ٢٠٨) يجوز للزوج ان كان مأموناً واوفى المرأة معجل صداقها ان ينقلها من حيث تزوجها فيما هو دون مسافة القصر سواء كان الانتقال من مصر الى مصر او من مصر الى قرية اوبالعكس وليس له ان ينقلها جبراً فيما هو مسافة القصر فما فوقها ولو اوفاها جميع المهر

كانت العادة لم تجر به اوتضرب ولده الذي لايعقل عند بكائه لان ضرب الدابة اذا كان ممنوعا فهذا اولى وبالجملة فالمسائل التي من هـذا القبيل كثيرة والضابط ماعرفته فقس مالم يقل على ماقيل وانما لم يقدر فى التأديب شيء لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فيه — انظر مادة (٢٠٩)

فان قام كل من الزوجين بالواجب عليه شرعا فذاك هو المطلوب ولاشك ان فى هذه الحالة تحصل الالفة والمحبة بين الزوجين ويعيشان آمنين مطمئنين وأما ان قصر كل منهما او احدهما فى الواجب عليه شرعا فلا شك فى حصول النزاع واشتداد الخصام بينهما فان حصل ذلك ورفع الامر الى القاضي أصلح بينهما بقدر الامكان ولـكن ربما تكوز كثرة اشغاله لاتمكنه من الاصلاح بين كل زوجين يرفعان اليه امرهما فله ان يعين عدلين ويجعلهما حكمين بينهما والاحسن ان يكون احدهما من اقارب الزوج والآخر من اقارب الزوجة ليبث كل من الزوجين مايتضرر منه فيسمع الحـكمان شكواهما وينظران فيها وبعد ذلك يسميان جهدهما فى الاصلاح فان امكن فبها وان لم يتيسر لهما ذلك فلا يثبت لهما التفريق بينهما بالخلع الا اذا كانا وكيلين من قبل الزوجين بذلك والاصل فى ذلك قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيراً) — انظر مادة (٢١٠)

وقد علمت مما تقدم ان الزوج له تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على كل

(مادة ٢٠٩) يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر ولا يجوز له اصلا ان يضربها ضربا فاحشا ولو بحق

(مادة ٢١٠) اذا وقع الشقاق بين الزوجين واشتد الخصام ورفع الامر الى=

معصية صدرت منها لم يرد فى شأنها حد مقدر فان لم يتعد حدوده فلا سبيل لأحد عليه واما ان تعدى حده بان ضربها بغير حق ولو كان الضرب خفيفا او ضربها بحق ولكن تعدى حده فى الضرب ورفعت المرأة أمرها الى القاضى وحقق ذلك ثبت لديه ماقالته عزره القاضي أي عاقبه بما يعلم انه ينزجر به عن ارتكاب مثل مافعل — انظر مادة(٢١١)

الباب الرابع
فيما للزوجة وما عليها من الحقوق

الفصل الاوّل
(فيما على الزوجة من الحقوق لزوجها)

اذا امر الزوج زوجته بشئ فاما ان يكون هذا الشئ من حقوق الزوجية اولا فان كان الاول لزمها طاعته اذا كان مباحا شرعاً فتتقيد بملازمة بيتها بعد

الحاكم فله ان يعين عدلين ويجعلهما حكمين والاولى ان يكون احدهما من اهله والآخر من اهلها ليستمعا شكواهما وينظرا بينهما ويسعيا فى اصلاح امرهما وان لم يتيسر لهما الاصلاح فليس لهما التفريق بينهما بالخلع الا ان يكونا وكيلين من قبل الزوجين بذلك

(مادة ٢١١) اذا اشتكت المرأة نشوز زوجها وضربه اياها ضربا فاحشا ولو تحق عليه بالبينة يعذر

إيفائها معجل صداقها ولا تخرج منه الا باذنه فان لم يأذن لها بالخروج فلا يباح لها الا فى المسائل التى تقدمت لك فى شرح مادة (٢٠٦) وتبادر الي فراشه اذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعي فان كانت حائضاً او نفساء فلا يلزمها ذلك بل يحرم عليها إجابته وتصون نفسها عن كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج سواء كان فى نسبه او فى شرفه وتحافظ على امواله فلا تعطي منها لاحد شيئاً مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه

وان كان الثانى وهو ما اذا كان المأمور به ليس من حقوق الزوجية كما اذا أمرها ان تبيع بيتها اوتؤجره لفلان مثلا فلا يلزمها طاعته — انظر مادة[٢١٢]

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فيما للمراة من الحقوق)

محل وجوب طاعة الزوجة لزوجها اذا قام بالواجب عليه فان لم يقم به فلا يلزمها طاعته فاذا لم يعطها معجل صداقها فلها الحق فى ان تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه سواء كان قبل الدخول او بعده وسواء كانت مكرهة على

(مادة ٢١٢) من الحقوق على المرأة لزوجها ان تكون مطيعة له فيما يأمرها به من حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا وان تتقيد بملازمة بيته بعد ايفائها معجل صداقها ولاتخرج منه الا باذنه وان تكون مبادرة الى فراشه اذا التمسها بعد ذلك ولم تكن ذات عذر شرعى وان تصون نفسها وتحافظ على ماله ولا تعطى منه شيئا لاحد مما لم تجر العادة باعطائه الا باذنه

الدخول او راضية به وهذا مذهب الامام وقال الصاحبان ان دخل بها راضية قبل ان تأخذ معجل صداقها فلا يكون لها حق في منعه من ذلك وكل من التعجيل والتأجيل يختلف بحسب الشروط والعرف فمتى كان هناك شرط في العقد اتبع سواء كان تعجيل الكل او بعضه او تأجيل الكل فان اشترطوا تعجيل الكل ثبت لها المنع حتى تقبضه ومثله اشتراط تعجيل البعض فلها المنع الى ان تقبض ما اشترط تعجيله فان كان كل المهر مؤجلا فلها الحق في المنع أيضاً حتى يحل الاجل وتقبضه الا اذا كان هناك شرط بخلاف ذلك بان اشترط عليها الزوج الدخول بها قبل حلول الاجل فليس لها المنع وان لم يكن هناك شرط بالنسبة للتأجيل والتعجيل بل سكتوا عن ذلك كان لها الحق في المنع حتى تقبض ما يعجل لمثلها من المهر على حسب العرف — انظر ماده[٢١٣]

فان أعطاها ما يعجل لمثلها عرفا لزمها طاعته وان لم يوف بذلك فلا تلزمها وحينئذ يجوز لها الخروج من بيته بلا اذنه ولا تكون بذلك خارجة من طاعته بغير حق بل خروجها بحق اذ لم يقم الزوج بالواجب عليه فلا تسقط نفقتها لانها لا تسقط الا اذا كانت خارجة عن طاعته بغير حق فاذا لم تمتثل أمره بحق فلا تسقط — انظر مادة[٢١٤]

(مادة ٢١٣) للمرأة ان تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه ومن اخراجها من بيتها ولو بعد الدخول بها راضية الى ان يوفيها زوجها جميع ما بين تعجيله من مهرها ان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا وان لم يبين قدر المعجل منه فحتى تستوفي قدر ما يعجل لمثلها على حسب عرف اهل البلد ولها منعه ايضاً ان كان المهر مؤجلا كله الا اذا اشترط الزوج الدخول بها قبل حلول الاجل ورضيت به

(مادة ٢١٤) اذا لم يوف الزوج المرأة ما تعورف تعجيله من مهرها جاز لها =

وهناك أحوال يجوز للزوجة الخروج فيها بغير اذن الزوج ولو كان قائماً بالواجب عليه ومنها خروجها لزيارة أبويها في كل اسبوع مرة ولزيارة محارمها في كل سنة مرة وتقدم كل ذلك مستوفى في شرح مادة (٢٠٧) — انظر مادة[٢١٥]

ومن هذه الاحوال ما اذا كان ابو الزوجة مريضاً فاحتاج اليها لعدم من يقوم بشأنه ففي هذه الحالة يلزمها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه رضى الزوج أولم يرض ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان الاب مسلما او غير مسلم ومثله الام لان الشخص مأمور ببر الوالدين على قدر استطاعته ويكفي في الحث على وجوب بر الوالدين قوله جل وعز في شأنهما (إمَّا يبلغنَّ عندك الكبر احدُهما أو كلاهما فلا تقل لهما اف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريماً واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً) — انظر مادة[٢١٦]

الكتاب الثالث

(في فرق النكاح)

لما كانت الفرقة بين الزوجين لاتحصل الا بعد الزواج اخرها عنه والفرق كثيرة منها الفرقة بالطلاق ومنها الفرقة بالخلع اوبالعنة او بالردة ولذلك جمعها وبدأ بالطلاق فقال

الخروج من بيته بلا اذنه ولا تكون بذلك ناشزة ولا تسقط نفقتها

(مادة ٢١٥) للمرأة ان تخرج لزيارة والديها في كل اسبوع مرة ولزيارة محارمها في كل سنة مرة ولا تبيت عند احد منهم بغير اذن زوجها ولا يمنع ابويها من الدخول عليها لزيارتها في كل جمعة مرة ولا غيرهم من المحارم في كل سنة مرة

(مادة ٢١٦) اذا كان ابو الزوجة مريضا مرضا طويلا فاحتاجها ولم يكن=

﴿ الباب الاول ﴾

(في الطلاق)

لما كان الطلاق يشتمل على عدة مباحث كتعريفه وسببه ومن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحله وعدده وأقسامه وتنجيزه وتعليقه وتفويضه للزوجة اني بفصول تحت هذه الترجمة ولكن لم يبين معنى الطلاق فى اللغة ولا فى اصطلاح الفقهاء مع انه لابد من معرفة معناه حتى يتميز عن غيره ولم يبين السبب أيضاً مع انه لابد من معرفته . فالطلاق معناه فى اللغة رفع القيد مطلقاً أي سواء كان حسياً او معنوياً فكما يقال فى اللغة طلقت المرأة أي رفعت قيد الزواج المعنوي عنها يقال أيضاً طلقت البعير من عقاله اي رفعت القيد الحسي عنه وكما يقال اطلقت الاسير من قيده يقال اطلقت المرأة اي رفعت عنها قيد الزواج المعنوي ولكن العرف خصص استعمال هذه المادة فى رفع القيد المعنوي وهو الزواج بالتفعيل وفى رفع القيد الحسي بالافعال فيقال عرفا طلق فلان امرأته ولا يقال اطلقها واطلق فلان الدابة ولا يقال طلقها فيكون الاول صريحاً في الطلاق اي لا يحتاج الى النية بخلاف الثاني فانه كناية يحتاج اليها ولذا لو قال لزوجته اطلقتك اوانت

لديه من يقوم بشأنه فعليها الذهاب اليه وتعاهده بقدر احتياجه ولو كان غير مسلم وان أبى الزوج ذلك

مطلقة بسكون الطاء وتخفيف اللام فلا يقع الطلاق الا اذا نواه بخلاف ما اذا قال لها أطلقتك اوانت مطلقة بفتح الطاء وتشديد اللام فان الطلاق يقع ولو لم ينوه

ومعنى الطلاق شرعا اي في عرف الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال او في المآل بلفظ مخصوص فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال اذا كان الطلاق بائناً فلو اراد الزوج ارجاع زوجته الى عصمته فلا بد من ان يعقد عليها عقداً جديدا ويجعل لها مهراً جديداً ولا بد من رضاها بذلك لان قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن وهذا ان كان بائناً بينونة صغرى فلو كبرى فلا بد من تزوجها بغيره كما عرفته غير مرة

ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل اذا كان الطلاق رجعياً فمن طلق زوجته طلاقا رجعياً فلا يرتفع الزواج في الحال بل بعد انقضاء العدة ولذا يجوز للزوج ان يراجعها مادامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت اولم ترض فان انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم فاذا اراد ارجاعها فلا بد من رضاها وعقد ومهر جديدين. واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحا وكناية كما سيتضح مما يأتي

« سبب الطلاق »

اعلم انهم اختلفوا في ايقاع الطلاق هل هو مباح او محظور فبعضهم يقول بالاول مستدلا بقوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء) وقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) ولانه صلى الله تعالى عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها وكذا الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان عمر رضي الله تعالى عنه طلق

ام عاصم وابن عوف طلق تماضر والمغيرة بن شعبة طلق اربع نسوة والحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما استكثر من النكاح والطلاق. وبعضهم يقول بالثاني وهو ان الاصل فيه المنع ولا يباح الا لحاجة ككبر وريبة فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة اخرى فمشروعيته من حيث ان فيه ازالة ملك الزواج عند ما تكون هناك داعية اليه وحظره من جهة ان فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والاخروية وهذا القول هو الصحيح لان الله تعالى قال (ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودّة ورحمة) ففي الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودّة والرحمة التي بها مصالح الدين والدنيا ولا تنافي بين الحظر والمشروعية من جهتين كالصلاة في الارض المغصوبة لكن جهة الحظر تندفع بالحاجة ككبر أو ريبة أو دمامة خلق أو تنافر طباع بينهما أو ارادة تأديب او عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك فبالحاجة تمحض جهة المشروعية وتزول جهة الحظر وبدونها تبقي الجهة الثانية لما فيه من كفران النعمة وايذاء اهلها واولاده منها بلا حاجة ولا سبب ولذا قال تعالى (فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) اى فلا تطلبوا الفراق. ويكفيك في التشنيع على الطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق » وانما كان حلالا باعتبار اباحته في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة اليه ولا يمكن اثبات الاباحة مطلقاً لمنافاته اثبات جهة الحظر اذ لا شك في انه بلا سبب اصلا لا ينبغي الاقدام عليه وينسب فاعله للحمق لما فيه من كفران النعمة والايذاء المنهي عنه ولا يمكن ان يحمل طلاق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله تعالى عنهم على ان يكون صادراً بلا سبب اصلا بان يكون

لهواً وعبثاً بل لا بد من سبب معتبر شرعاً كالاعذار المذكورة ونحوها ومن تأمل في قوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما) ظهر له جلياً ان الغرض التباعد عن الفراق بقدر الاستطاعة فالذي ينبغي التعويل عليه ان الشريعة الاسلامية لم تبح الطلاق في اى وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين — اذا عرفت هذا تعلم ان ما يحصل من ايقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الاسلاميه او هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب انما هو على من يدعى انه متبع للشريعة ولا يدري ما فيها او يعلمه ولكن لا يعمل به والشريعة بريئة من التقصير والقصور ومن اطلع على ما قاله العلامة ابن عابدين في حاشيتيه على البحر الرائق والدر المختار اول كتاب الطلاق ظهر له جلياً صحة ما قلناه

فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره اذ لو فرض انه لم يشرع وان من تزوج امرأة لا يباح له تطليقها اصلا وحصل من احدهما ما ينفر الآخر وليس هناك طريقة للفرقة الا الموت لربما يرتكب اسبابه ليتخلص من صاحبه

ومنها شرعه ثلاثاً لان النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة الى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثاً ليجرب نفسه اولا وثانياً

ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لانهن يجزعن غالباً فيتأثرن باقل مؤثر فيقدمن عليه كثيرا بخلاف الرجال

الفصل الاول

(فيمن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحل الطلاق وعدده)

الزوج هو الذي له ان يرفع قيد الزواج اذا كان صحيحاً فالطلاق لا يلحق النكاح الفاسد فلو فرض ان رجلا تزوج امراة بعقد فاسد ثم اوقع عليها طلاقاً فلا يلحق هذا الطلاق الزوجة فله ان يجدد العقد عليها ولا ينقص من عدد الطلاق شيء حتى لو كان الطلاق الذى اوقعه ثلاثاً جاز له ان يعقد عليها قبل ان تتزوج بغيره لانه غير واقع لما عرفت من ان الطلاق لا يقع الا اذا كان عقد الزواج صحيحاً . وجعل الطلاق بيد الرجال من محاسنه لان النساء يتأثرن باقل مؤثر فيقدمن عليه عند حصول ما يتأثرن به فيكثر الطلاق القاطع للزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية فلم يجعل بيد النساء لذلك وهذا فى الاصل اى انه يثبت للزوج بمجرد العقد الصحيح واما الزوجة فلا يثبت لها الا بالشرط فاذا اتفق الزوجان في عقد الزواج او بعده على ان الزوجة لها ان توقع الطلاق على نفسها فى اى وقت شاءت او عند ما يحصل الامر الفلاني صح ذلك ولها ان تطلق نفسها حسب التمليك والاحسن في هذا الزمان ان تحفظ الزوجة لنفسها الحق في ايقاع الطلاق عند ما يحصل من الزوج شيء تكرهه كالتزوج عليها او غيابه عنها مدة معلومة او عدم الانفاق عليها كذلك بان يقول الزوج لزوجته ان تزوجت عليك فلك الحق في ان تطلقي نفسك فيثبت لها هذا الحق متى تزوج عليها ومثل التزوج غيره

ولا يقع طلاق الزوج الا اذا كان بالغاً عاقلا سواء كان محسناً للتصرف

فى ماله او غير محسن له وهو السفيه اى الذى يضيع ماله على خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل وسواء كان صحيحاً او مريضاً لوجود العقل عند كل واحد منهما حتى اذا انتفى بان نشأ عن تأثير المرض اختلال في العقل فلا يقع طلاق المريض وسواء كان الزوج مختاراً او مكرهاً وسواء كان يقصد حقيقة كلامه او لايقصده وهو الهازل وكل هذا باتفاق الا المكره فان القائل بوقوع طلاقه ابو حنيفة وباقى الائمة يقولون بعدم الوقوع فاذا هدد شخص آخر بشيء يكرهه كقتل او قطع عضو او اتلاف مال مثلا ان لم يطلق زوجته وكان المكره قادراً على ايقاع ما هدده به وطلق وقع الطلاق عند ابى حنيفة ولا يقع عند باقى الائمة واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » اى رفع عن الامة حكم ما فعلوه خطأ او نسياناً او مع الاكراه فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل منهم في غير هذه الاحوال ولان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فى التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه واستدل ابو حنيفة بان المكره قصد ايقاع الطلاق على زوجته حال اهليته لانه عرف الشرين وهما الهلاك مثلا والطلاق واختار لهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يخلو فعله عن حكمه كما في الطائع اذا لعلة فيه دفع الحاجة وهى موجودة فى المكره لحاجته الى التخلص مما توعد به من القتل او الجرح مثلا الا انه غير راض بالحكم فيقع الطلاق ولا تأثير لهذا في نفي الحكم كما في الهازل . يدل عليه حديث حذيفة

وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم « نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فبين ان اليمين طوعا وكرهاً سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ولكن يقال على هذا انه لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها مع ان له الخيار فى فسخ العقود او امضائها بعد زوال الاكراه ويجاب بان وجه ثبوت الخيار له فى فسخ هذه العقود او امضائها أنه غير راض بالحكم فثبت له فسخ العقود واما ههنا فانه وان كان غير راض بالحكم الا انه غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم وقد يقال ان هناك فرقاً بين المكره والهازل فلا يصح القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد فى حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع فى المكره ويجاب عن هذا بان للهازل اختياراً كاملا فى السبب اما فى حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضاً غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فيصح اعتبار احدهما بالآخر والجواب عن الحديث المتقدم انه لا يصح ان ننفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة فلا بد من تقدير الحكم وهو نوعان دنيوى واخروى فلا يتناولهما اللفظ الواحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر ان يكون مراداً. وتوضيح ذلك ان الرجل اذا طلق زوجته ولم تكن هناك داعية الى الطلاق ترتب عليه حكمان دنيوى وهو وقوع الطلاق واخروى وهو العقاب في الآخرة اما عرفت مما تقدم ان الاصل فى الطلاق الحظر

ولا يباح الاقدام عليه الا اذا كانت هناك داعية اليه فاذا اكره على الطلاق واوقعه ثبت الحكم الدنيوي وهو الوقوع وانتفى الحكم الاخروي وهو العقاب لارتفاعه بالاكراه ولا يصح ان نريد رفع الجكمين عن المكره لان المشترك لا يستعمل في معنييه

وكل هذا فيما اذا كان الاكراه على انشاء الطلاق فلو كان على الاقرار به فلا يقع اجماعا اما عند غير ابي حنيفة فظاهر وأما عنده فلان الاقرار خبر محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه مثلا يرجح جانب الكذب فلا يقع لانه اقرار بشيء غير حاصل في الواقع ونفس الامر

وانما اتفقوا على وقوع طلاق الهازل لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق » وكما يقع طلاق المكره عند ابي حنيفة يقع طلاق المخطئ والناسي فالمخطئ هو الذي يريد ان يتكلم بغير الطلاق فيجرى على لسانه الطلاق والنسيان لا يتصور الا في فعل الشرط المعلق عليه الطلاق فاذا حلف رجل بطلاق زوجته ان لا يكلم فلانا وكلمه ناسيا هذا الحلف وقع الطلاق ايضا عند ابي حنيفة ولكن ينتفي عنه العقاب الاخروى — والظاهر مذهب من قال بعدم وقوع طلاق المكره والمخطئ والناسي انظر مادة (٢١٧)

فقد علمت مما تقدم انه لا يقع طلاق الزوج الا اذا كان عاقلا بالغا فلو

(مادة ٢١٧) للزوج دون المرأة ان يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق . ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل ولو كان محجورا عليه لسفه أو مريضا غير مختل العقل أو مكرها أو هازلا

زال عقله فاما ان يكون زواله بسبب هو معصية او لا فان كان الاول كما اذا تناول الشخص شيئاً محرماً طائعاً مختاراً سواء كان خمراً أو نبيذا اوحشيشاً او افيونا او بنجاً فسكر وغاب عقله بحيث صار لا يميز الاشياء عن بعضها بأن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولا الطول من العرض وطلق زوجته وقع عليه الطلاق لكن نشترط ان يكون زوال العقل مترتباً على السكر فلو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع وطلق لم يقع طلاقه لان علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة والحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم صلاحية العلة وقال جمع من الصحابة بعدم الوقوع ووافقهم بعض الحنفية لانه لا قصد له كالنائم بل هو اسوأ حالا منه لان النائم اذا استوقظ استيقظ بخلاف السكران وهذا لان شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالدواء وغيره من المباحات وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولنا انه مخاطب شرعا بقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى) فوجب نفوذ تصرفه ولان عقله زال بسبب هو معصية فيجعل باقياً زجراً له بخلاف ما اذا زال بالمباح

والظاهر عدم وقوع طلاق السكران ولو سكر بمحظور لان الطلاق ليس عقاباله فقط بل يترتب عليه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية والاضرار بالزوجة وباولادها منه وباهلها فلو اوقعنا طلاق السكران لعاقبنا غير المذنب ممن ذكر وهو غير جائز فلا يعاقب الا السكران وعقابه يكون بالحد لينزجر عن مثل هذا و يعتبر غيره

وان كان الثاني وهو ما اذا كان زوال العقل بسبب غير معصية كما اذا

تعاطى المسكر للتداوى بعد ان تعين فيه الشفاء باخبار طبيب ماهر عدل أو شرب شيئاً من المباحات ولكن لعدم موافقة الطبيعة زال عقله فلا يقع الطلاق وعلى هذا لو اكره على تعاطي ما يزيل العقل فتعاطاه او كان مضطراً لشرب الخمر كما اذا كان يأكل فغص باللقمة حتى خاف على نفسه الموت ولم يجد ما يسيغها به الا الخمر وتناول منه مقداراً يكفي لذلك فزال عقله وطلق لم يقع طلاقه وهذا هو الذي يجب التعويل عليه لانه غير مختار

وبعضهم يقول بالوقوع فى هاتين الحالتين معللا بان زوال العقل حصل بفعل هو محظور فى الاصل وان كان مباحا بعارض الاكراه والاضطرار ولكن السبب الداعي للحظر قائم فاثر قيام السبب في حق الطلاق ولا يخفى مافيه من التشديد لان الاباحة العارضة كافية في عدم المؤاخذة بما يترتب على الفعل وان كان محظوراً في الاصل خصوصاً بالنسبة للطلاق الذى في وقوعه معاقبة غيره كما علمته مما تقدم فى السكران — انظر مادة[٢١٨]

وبناء على ما تقدم لا يقع طلاق المجنون والمعتوه لان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل لكل منهما واحسن الاقوال في الفرق بينهما ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون ومثلهما من اختل عقله بسبب من الاسباب سواء كان لكبر او مرض او مصيبة نزلت به لان اهلية التصرف بالعقل المميز وهو غير موجود

(مادة ٢١٨) يقع طلاق السكران الذى سكر بمحظور طائعاً مختارا لا مكرها ولا مضطرا

عندهم ولكن اذا علق الشخص طلاق زوجته وهوعاقل على شيء من الاشياء ووجد هذا الشيء وهو مجنون وقع الطلاق فاذا قال لها وهوعاقل ان دخلت دار فلان فانت طالق ثم جن ودخلها وهو مجنون وقع الطلاق لوجودماعلق عليه وعند الامام احمد يقع طلاق الصبي اذا كان مميزاً يعقله بان يعلم انزوجته تبين منه وتحرم عليه ان طلقها

ولا يقع طلاق النائم ايضاً لانه عديم الاختيار في التكلم وشرط صحة التصرف الاختيار فيه — انظر مادة (٢٢٠)

ويعلم من قولنا فيما تقدم يشترط لوقوع الطلاق ان يكون الزوج عاقلا بالغاً ان طلاق الصبي غير واقع ولو كان مراهقاً اى قريباً من البلوغ بان كان سنه اثنتى عشرة سنة لان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي بهذا الوصف لان المراد بالعقل المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلامه لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما يترتب عليه مضرة له فلو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لم يعتبر ايضاً لان المدار على البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية . وكمالايقع طلاق القاصر لايقع طلاق ابيه على زوجته لقوله عليه الصلاة والسلام « انما الطلاق لمن اخذ بالساق » اى للزوج وهى كناية

(مادة ٢٢٠) لايقع طلاق النائم والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته وانما يقع طلاق المجنون اذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون

لطيفة — انظر مادة (٢٢١)

ولا يشترط اللفظ في وقوع الطلاق بل كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لغير القادر على اللفظ فيقع طلاق الاخرس باشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق لانها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فتصح بها جميع تصرفاته سواء كانت زواجا او طلاقا اوغيرهما وسواء كان يحسن الكتابة اولا وقال بعضهم ان كان يحسن الكتابة فلا تقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو ادل على المراد من الاشارة قال في فتح القدير وهو قول حسن انظر مادة (٢١٩)

وكما يكون الطلاق بالاشارة يكون بالكتابة سواء كان الكاتب قادراً على اللفظ اوغير قادر ولكن الكتابة على نوعين الاول الكتابة المرسومة الثاني الغير المرسومة فالمرسومة هي ما يكتب الى الغائب بان تكون مصدرة ومعنونة على جهة الرسالة وفي هذه الحالة يقع الطلاق نوى اولم ينو فلو قال لم اقصد الطلاق وانما قصدت تجربة القلم لم يصدق قضاء لان الارسال اليها دليل على قصده الطلاق ولكن الطلاق في هذه الحالة اما ان يكون منجزاً او معلقاً على وصول الجواب مثلا . فان كان منجزا كما اذا قال بعد كلام ذكره في الجواب اما بعد فانت طالق وقع الطلاق بمجرد الكتابة فتعتد من هذا الوقت وان كان معلقاً بوصول الجواب اليها كما اذا قال اما بعد فاذا وصلك جوابي هذا فأنت طالق فان الطلاق في هذه الحالة لا يقع الا اذا وصل اليها الكتاب فان وصل الى ابيها فمزقه ولم

(مادة ٢٢١) لايقع طلاق أبي القاصر على زوجته ولاطلاق القاصر ولو كان مراهقاً

(مادة ٢١٩) يقع طلاق الاخرس باشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق

يدفعه اليها فان كان متصرفاً في امورها وقع وان لم يكن كذلك فلا يقع سواء اخبرها بذلك او لم يخبرها لان الطلاق معلق على اتيان الجواب اليها ولم يحصل فلا يقع الطلاق ما لم يدفع اليها الكتاب المعزق

وغير المرسومة المتقدم ذكرها تنقسم الى قسمين مستبينة وغير مستبينة فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والرمل على وجه يمكن فهمه وقراءته وغير المستبينة ما يكتب على الهواء اوالماء اوشيء لا يمكن فهمه وقراءته ففي المستبينة الغير المرسومة يقع الطلاق اذا نواه وهذا هو المعول عليه وبعضهم يقول يقع وان لم ينوه وفي غير المستبينة لا يقع الطلاق وان نواه

وبما ان الزوج يملك الطلاق على زوجته بمجرد العقد فله ان يوقعه بنفسه وان يوكل غيره في ايقاعه لان القاعدة ان كل من ملك شيئاً له ان يتولاه بنفسه وله ان يقيم غيره وكيلا عنه في ذلك الشيء سواء كان الوكيل هو الزوجة او غيرها فان كان الزوجة وأمرها بان توقع الطلاق على نفسها وعلى غيرها من ضرائرها كان هذا الامر تفويضاً بالنسبة لها وتوكيلا بالنسبة لغيرها وستعرف احكام التفويض والفرق بينه وبين التوكيل في بابه فلو وكل رجل غيره في طلاق زوجته فلذلك الغير ان يطلقها لانه استفاده ممن له ولاية الطلاق ولا شك ان للموكل ان يعزل الوكيل متى شاء الا اذا تعلق بالوكالة حق للغير فليس له عزله الا برضا ذلك الغير لان الوكالة في الاصل من العقود الغير اللازمة ولكن لا ينعزل الوكيل في الطلاق اذا لم يكن بمال بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعياً فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك مادامت في العدة فاذا انقضت عدتها انعزل حتى لو تزوجها الموكل

بعد العدة لم يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع الطلاق — الدارمادة (٢٢٢)

ومحل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها بان لم يحصل من الزوج طلاق اصلا او حصل ولكن اعادها اليه بعده والمرأة المعتدة أي التي اوقع عليها زوجها طلاقا ولكن عدة الطلاق لم تنقض فالمرأة الاجنبية ليست محلا للطلاق فاذا قال رجل لاجنبية منه انت طالق ثم تزوجها بعد ذلك فلا يحتسب عليه هذا الطلاق فيملك عليها ثلاث طلقات — وهذا بالنسبة للطلاق المنجز فان كان معلقا فاما ان يكون تعليقه على سبب الملك وهو التزوج او على غيره فان كان الاول كما اذا قال رجل لاجنبية منه اذا تزوجتك فانت طالق صح هذا التعليق ويقع الطلاق بتزوجها وان كان الثاني كما اذا قال لاجنبية ان كلمت فلانا فانت طالق فتزوجها وكلمت فلاناً فلا يقع الطلاق وستعرف هذه المسألة مفصلة والخلاف فيها بين الائمة في الفصل الثالث في تعليق الطلاق

فان كان الزواج قائما بينهما فلا كلام في وقوع الطلاق واما اذا كانت المرأة معتدة لطلاق او لفرقة ففيه تفصيل وبيانه ان المرأة ان كانت معتدة لطلاق فاما ان يكون الطلاق رجعياً أو بائناً وان كان بائنا فاما ان يكون بينونة صغرى او كبرى . فان كانت معتدة لطلاق رجعي او بائن بينونة صغرى

(مادة ٢٢٢) يقع الطلاق لفظا وبالكتابة المرسومة المستبينة . وكما يجوز للزوج ان يوقعه بنفسه يجوز له أن يوكل به غيره وان يرسله الى المرأة مسطورا في كتاب وان يأذنها بايقاعه تفويضاً على نفسها وتوكيلا على غيرها من ضرائرها

تكون محلا للطلاق فلو طلقها وهي في العدة وقع عليها طلاق ثان وان كانت معتدة لبائن بينونة كبرى فلا تكون محلا للطلاق فلو اوقع عليها طلاقاً في هذه الحالة لم يقع لان الطلاق الذي يملكه بهذا التزوج قد انتهى — والبينونة الكبرى تختلف لان المرأة اما ان تكون حرة او رقيقة فان كانت حرة فالبينونة الكبرى تكون بالطلاق الثلاث وان كانت رقيقة تكون بطلقتين سواء كان زوج كل منهما حراً او رقيقاً لان عدة الطلاق يعتبر بالنساء عند ابي حنيفة كما ستعرفه في المادة الآتية. وان كانت معتدة لفرقة فاما ان تكون الفرقة طلاقاً أو فسخاً فان كانت الفرقة طلاقاً كالفرقة بالايلاء وهو الحلف على عدم قربان الزوجة اربعة اشهر بان قال الرجل لامرأته والله لا اقربك اربعة اشهر وبر في يمينه فبمضي الاشهر الاربعة تطلق المحلوف عليها طلاقا بائنا وتلزمها العدة فما دامت العدة لم تنقض تكون محلا للطلاق ومثل الفرقة بالايلاء الفرقة بالعنة فاذا تزوج رجل بامرأة ووجدته عنينا أي لا يمكنه اتيانها ورفعت الامر الى القاضي طالبة التفريق واجله سنة ومضى الاجل ولم يحصل المقصود فعادت الى القاضي شاكية وفرق بينهما بسبب العنة كانت هذه الفرقة طلاقا لانها آتية من قبل الزوج ويلزم المرأة العدة فما دامت فيها فهي محل للطلاق فلو اوقع عليها طلاقا وقع فلو فرض أن المرأة رضيت بتزوجه بعد ذلك ولم تكن تزوجت بغيره فلا يملك عليها الا طلقة واحدة لان الفرقة بالعنة طلاق والطلاق الذي اوقعه عليها وهي في العدة واقع فصار الواقع طلقتين فلا يملك الا طلقة واحدة فلو طلقها وهي في العدة طلقتين فقد بانت منه بينونة كبرى فليس له التزوج بها الا بعد التزوج بغيره ومثل الفرقة بالعنة التفريق بالجب

وان كانت الفرقة فسخا فاما ان تكون الحرمة التي ترتبت على هذا الفسخ مؤبدة او موقتة فان كانت مؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج مثلا فلا يلحقها الطلاق لانه لا فائدة حينئذ في اعتباره وان كانت مؤقتة كما اذا كان الزوجان غير مسلمين واسلم الزوج وكانت المرأة غير كتابية وامتنعت عن الدخول في دين سماوي ففرق القاضي بينهما فما دامت في العدة تكون محلا للطلاق فان كانت المرأة هي التي اسلمت وامتنع الزوج عن الاسلام وفرق بينهما كانت الفرقة طلاقا لا فسخا فكان عليه ان يقول في المادة او فسخا بإباء الزوجة الاسلام لان الفرقة بإباء الزوج طلاق لا فسخ وان كانت المرأة محلا للطلاق فيها الا ان الكلام في الفرقة التي هي فسخ ومثل هذه المعتدة لفرقة سببها ارتداد احد الزوجين فانها تكون محلا للطلاق . ولا يلحق الطلاق المعتدة لفرقة هي فسخ في غير هاتين الفرقتين كالفسخ لخيار البلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب والجد بكفء وبمهر المثل صح الزواج ونفذ ولكنه غير لازم بل لها ان تختار نفسها عند البلوغ فاذا حصل ذلك لا تكون محلا للطلاق ولو في العدة وهذا هو الذي ارتضاه في البحر في اول كتاب الطلاق عند الكلام على محله

ومثل هذا الفسخ بنقصان المهر فاذا زوجت المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد بكفء وباقل من مهر المثل واعترض العاصب على هذا العقد ورفع الامر الى القاضي ولم يرض الزوج بتتميم مهر المثل وفسخ العقد فلا تكون محلا لايقاع الطلاق

والفرق بين الفرقة التي هي طلاق والفرقة التي هي فسخ ان الاولى ينقص عدد الطلاق بخلاف الثانية فاذا فرض وتراضى الزوجان على التزوج

بعد الفرقة ففي الاولى يملك عليها طلقتين وفي الثانية يملك ثلاثاً اذا لم يكن حصل منه طلاق اصلا

ولا يخفى ان هذا انما هو بالنسبة لغير الفرقة التي تحرم المرأة على التأبيد أما فيها فلا يحل التزوج بها اصلافصار حاصل ما تقدم ان محل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائما بينها و بين زوجها والمعتدة فالأولى محل للطلاق بلا تفصيل وأما المعتدة فاما ان تكون معتدة لطلاق او لفرقة والمعتدة لطلاق اما ان يكون طلاقها رجعيا اوبائناً والبائن اما ان يكون بينونة كبرى او صغرى فالمعتدة لطلاق رجعي او بائن بينونة صغرى محل للطلاق والمعتدة لبائن بينونة كبرى ليست محلا للطلاق والمعتدة لفرقة إما ان تكون فرقتها طلاقا او فسخاً فان كانت طلاقا فهي محل له وان كانت فسخا فاما ان تثبت حرمة مؤبدة او مؤقتة فان أثبتت حرمة مؤبدة فلا تكون محلا للطلاق وان أثبتت حرمة مؤقتة كانت محلا للطلاق اذا كانت الفرقة بإباء الزوجة الاسلام او ارتداد احد الزوجين عن الاسلام — انظر مادة (٢٢٣)

واتفقت كل الائمة على ان عدد الطلاق ثلاث ولكنهم اختلفوا في اعتباره بالرجال او بالنساء فقالت الائمة الثلاثة يعتبر بالرجال وقال ابو حنيفة يعتبر بالنساء وينبني على هذا الاختلاف انه اذا تزوج حر رقيقة ملك عليها ثلاث طلقات على مذهب الائمة الثلاثة لان العبرة بالزوج وهو حر فيملك ثلاثا

(مادة ٢٢٣) محل الطلاق المرأة المنكوحة والمعتدة من طلاق رجعي او بائن غير ثلاث للحرة والمعتدة لفرقة هي طلاق كالفرقة بالايلاء والعنة ونحوها او لفسخ بإباء احد الزوجين الاسلام

ويملك عليها طلقتين عند أبي حنيفة لان العبرة بالزوجة وهي رقيقة فيملك طلقتين ولو كان حرا فاذا تزوج حر حرة أو رقيق رقيقة فانه يملك في الاولى ثلاث طلقات وفي الثانية طلقتين لان صفة الزوجين واحدة وهي الحرية فى الاول والرق فى الثانى فلا يختلف الحكم سواء اعتبرنا الطلاق بالرجال أو بالنساء — واستدلت الائمة الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ووجه الاستدلال انه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يتخصص كل واحد منهما بجنس على حدته ثم انه اعتبر العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر أيضاً — واستدل أبو حنيفة بقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان » ووجه الاستدلال انه عليه الصلاة والسلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكانت للجنس وهو يقتضى أن يكون طلاق هذا الجنس أي جنس الامة ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتين ولبعضهن ثلاثا فلم تبق اللام للجنس وقد ثبت انها له

ولا يقال يجوز أن يكون المراد بها الامة التى تزوجها رقيق عملا بالحديثين لانا نقول لو كان كما ذكر لأفضى الى أن تكون الهاء فى وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصاً لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وهذا غير صحيح لان الامة عدتها حيضتان سواء كانت متزوجة بحر أو عبد بالاتفاق .

وما رواه الائمة الثلاثة موقوف على ابن عباس غير مرفوع للنبي عليه الصلاة والسلام وعلى تقدير رفعه فمعناه أن ايقاعه بالرجال دون عدده

والزوجة اما ان تكون مدخولا بها او غير مدخول بها فان كان الاول وطلقها الزوج ثلاثا وقع هذا الطلاق سواء كانت الثلاث مجتمعات أى بكلمة واحدة كما اذا قال لها انت طالق ثلاثا او متفرقات اى بكلمات متعددة كما اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو انت طالق انت طالق انت طالق اوانت طالق طالق طالق

وان كان الثاني وهو ما اذا كانت الزوجة غير مدخول بها فان اوقع الثلاث بكلمة واحدة وقع الطلاق الثلاث وان اوقعه متفرقا كما في المثلة المتقدمة فلا يقع الا طلاق واحد فقد علمت من هذا ان الزوج متى اوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة وقع سواء كانت المرأة مدخولا بها اولا واما اذا اوقعه بكلمات متفرقة فان كانت مدخولا بها وقع الثلاث ايضاً لكن بشرط ان يكون كل من الثانى والثالث حصل وهي في عدة الطلاق الاول وان كانت غير مدخول بها فلا يقع الا الاول

والفرق بينهما ان المدخول بها عليها العدة عقب الطلاق فاذا طلقها طلقة وقعت ولزمتها العدة فاذا اوقع عليها ثانية وثالثة وهي فى العدة وقعت ايضاً لان الطلاق صادف محله وهى المرأة المعتدة بخلاف غير المدخول بها فانها لا عدة عليها فبمجرد قوله لها أنت طالق بانت منه لا الى عدة فاذا اوقع عليها ثانية فلا تقع لان الطلاق لم يصادف محله اذ هي في هذه الحالة اجنبية منه لانها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولا يتأتى هذا الفرق في صورة ما اذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لانه فى هذه الحالة يقع مرة واحدة فليس هناك سابق ولاحق حتي يقال ان اللاحق

صادفها وهى غير محل للطلاق فلا يقع ولا يقال انه فى قوله لها انت طالق ثلاثا يقع واحدة لانه بمجرد قوله لها انت طالق وقع الطلاق فيلغو قوله ثلاثا لانه صادفها وهي غير محل لانا نقول القاعدة ان الطلاق متى قرن بعدد او وصف كان الوقوع بالعدد او بالوصف وينبنى على هذه القاعدة انه لو مات احد الزوجين قبل العدد لغا الطلاق فيثبت المهر تمامه ولو كان قبل الدخول ويرث احدهما صاحبه فالوقوع بقوله ثلاثا لا بقوله انت طالق وعند عدمه يكون الوقوع بالصفة وفي اى حالة وقع فيها الطلاق الثلاث لا تحل المراة للمطلق الا بعد ان تتزوج بغيره بالشروط المعروفة سواء كانت مدخولا بها او غير مدخول بها — انظر مادة (٢٢٤)

والطلاق لا يقع بأي صيغة كانت بل لا يصح وقوعه الا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق تنقسم الى نوعين الاولى الصيغ الصريحة والثانية الكناية وكل من النوعين له شئ يقوم مقامه فالصريحة هى ماظهر المراد منها ظهورا بيناً حتى صار مكشوفاً بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازاً ومنه سمى القصر المرتفع الابنيه بالصرح لظهوره . وهى بالنسبة للطلاق تنحصر في أمرين الاول الالفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الاصلية وهي الطاء واللام والقاف

(مادة ٢٢٤) عدد الطلاق يعتبر بالنساء فطلاق الحرة ثلاث متفرقات ان كانت مدخولا بها او غير متفرقات سواء كانت مدخولا بها ام لا فلا تحل لمطلقها بعد الثلاث من نكاح صحيح حتى تنكح زوجاً غيره ويفارقها بعد الوطء فى القبل وتنقضى عدتها

كطالق او مطلقة أو طلقتك الثانى الالفاظ التي ليست مشتملة على أحرف الطلاق ولكن لاتستعمل عرفا الا فيه ولا شك ان هذا يختلف باختلاف العرف فاذا تعارف قوم اطلاق لفظ الحرام على الطلاق وصاروا لايستعملونه عند اضافته الى المرأة الا في الطلاق وقال واحد منهم لزوجته انت علىّ حرام وقع الطلاق ولوقال لم أنوه لان العرف قاض بذلك — والشئ الذي يقوم مقام الصيغة الصريحة هو أولا الكتابة المرسومة المستبينة وقد عرفتها فى شرح مادة (٢٢٢) ثانياً اشارة الاخرس وقد عرفتها في مادة (٢١٩) ثالثاً الاشارة الى العدد بالاصابع مصحوبة بلفظة طلاق وحيث ان كل ما تقدم صريح او ملحق به فبمجرد حصوله يقع الطلاق ولا يحتاج فيه الى النية لما عرفته من تعريف الصريح المتقدم ولكن يشترط لوقوعه امران الاول قصد اضافة لفظ الطلاق اليها كما اذا قال امرأتي طالق او زينب بنت فلان طالق وزوجته كذلك أو اشار اليها بهذه طالق او خاطبها بقوله انت طالق فلو قرر مسائل الطلاق بحضرتها او كتب ناقلا من كتاب امرأتي طالق مع التلفظ او حكى يمين غيره لم يقع اصلا مالم يقصد زوجته

الثاني ان يكون عالما بمعناه فاذا لقن الطلاق بلغة لايعرفها فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع اصلا صيانة عن التلبيس

واما الكناية فهى الالفاظ التى لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره كما اذا قال الرجل لزوجته اعتدى أو أنت بائن فان كلا منهما ليس صريحاً في الطلاق بل يحتمله وغيره فان الاول حقيقته امر بالحساب فيحتمل ان يراد بها اعتداد نعم الله تعالى او ماانعم الله به تعالى عليها او ما انعم به عليها الزوج ويحتمل ان يراد

بها الاعتداد من النكاح والثانى وهو لفظ بائن فلانه يحتمل البينونة عن وصلة النكاح وعن المعاصى وعن الخيرات مثلا ـ ولا يقع الطلاق بالكنايات بمجرد صدور لفظ منها بل يتوقف وقوع الطلاق بها على احد امرين الاول النية من الزوج الثاني دلالة الحال كأن يكون حال مذاكرة الطلاق لان الكنايات غير مختصه بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح

وما يقوم مقام الكناية هي الكتابة المستبينة الغير المرسومة وقد عرفت شرحها من مادة (٢٢٢) — انظر مادة [٢٢٥]

الفصل الثانى

في أقسام الطلاق

الطلاق ينقسم انقساما اوّليا الى قسمين الاول رجعى والثاني بائن والبائن

(مادة ٢٢٥) لايصح وقوع الطلاق الا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق اما صريحة أو كناية • فالصريحة هى الالفاظ المشتملة على حروف الطلاق والالفاظ التي غلب استعمالها عرفا في الطلاق بحيث لاتستعمل الا فيه بأى لغة من اللغات • وما يقوم مقام الصيغة الصريحة هي الكتابة المرسومة المستبينة واشارة الاخرس والاشارة الى العدد بالاصابع مصحوبة بلفظ الطلاق وبما ذكر يقع الطلاق بلا نية انما لابد لوقوعه من اضافة اللفظ الي المرأة المراد تطليقها ولو الاضافة معنوية • والكناية هي الالفاظ التى لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره وهذه لا يقع بها الطلاق الا بنية أو دلالة الحال ويقوم مقام صيغة الكناية الكتابة المستبينة الغير المرسومة فتتوقف علي النية

ينقسم الى قسمين الاول بائن بينونة صغرى والثاني بائن بينونة كبرى وكل من الرجعي والبائن بينونة صغرى يكون بواحدة او اثنتين ولكن لكل منهما الفاظ مخصوصة كما ستعرفه ان شاء الله تعالى . والبائن بينونة كبرى لايكون الا بالثلاث وكما يقال للطلاق الثلاث بائن بينونة كبرى يقال له الطلاق البت لان البت معناه القطع ولا شك ان الطلاق الثلاث يقطع الزوجية ويزيلها حتى لو اراد الزوج ارجاعها اليه فلا بد من التزوج بغيره بخلاف الرجعي والبائن بينونة صغرى فان له ارجاعها وان لم تتزوج بغيره وان كان في الاول ينفرد بمراجعتها ولا يتوقف على رضاها وفي الثاني يشترط رضاها وعقد ومهر جديدان — انظر مادة (٢٢٦)

﴿ القسم الاول ﴾

(في الطلاق الرجعي وحكمه والرجعة)

قد عرفت من شرح مادة (٢٢٥) ان الطلاق لا يقع بأى صيغة كانت بل لابد لوقوعه من صيغة مخصوصة وعرفت ايضا ان الصيغ المخصوصة تنحصر في امرين الاول الصريح والثاني الكناية وهذا عام اى سواء كان

(مادة ٢٢٦) الطلاق قسمان رجعي وبائن والبائن نوعان بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فالاول من النوعين ما كان بواحدة او ثنتين والثاني ما كان بالثلاث ويسمى بتا

الطلاق رجعيا او بائنا ولكن لكل منهما الفاظ مخصوصة من هذين الامرين

فاللفظ الصادر من الزوج اما أن يكون صريحاً او كناية فان كان صريحاً كما اذا قال زوجتي طالق وأضيف اللفظ الى الزوجة ولو كانت الاضافة معنوية كالخطاب والاشارة وقع الطلاق رجعياً ولكن بشروط

الاول أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فان لم تكن مدخولا بها أصلا وقع الطلاق بائنا لان كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول بها يكون بائناً ولان فائدة الطلاق الرجعي انما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيها وان لم ترض والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعياً بل بائناً . أوكانت مدخولا بها دخولا حكميا وهو الخلوة كان الطلاق بائناً ايضا فمن تزوج امرأة واختلى بها فقط وبعد ذلك اوقع عليها طلاقا كان بائناً بالنسبة لعدم الرجعة وان كانت عليها العدة

الثاني أن يكون الطلاق غير مقرون بعوض فلو قرن به كان الطلاق بائنا فاذا قال رجل لزوجته انت طالق في نظير عشرين جنيها فقبلت المرأة ذلك وقع الطلاق بائناً ولزمها دفع هذا المبلغ الى الزوج وانما كان هذا الطلاق بائنا لان غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون الا بالطلاق البائن لان الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج على الزوجة اذ له ارجاعها اليه وان لم ترض مادامت في العدة

الثالث ان يكون الطلاق غير مقرون بعدد الثلاث لا نصا ولا اشارة فان قرن بعدد الثلاث نصا وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى فاذا قال لها انت طالق ثلاثاً وقع الثلاث ومثله اذا قرنه بعدد الثلاث اشارة كما اذا قال لها أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا اذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار بأصابعه العشر يعنى ثلاثين يوما ثم قال « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وخنس ابهامه في الثالثة يعنى تسعة وعشرين يوما فلو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للسنة والعرف فلو قال نويت الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو قال نويت الاشارة بالكف لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا بل قال أنت طالق وأشار بثلاث أصابع وقع طلقة واحدة لان الاشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فتلغو الاشارة

الرابع ان يكون الطلاق غير منعوت سواء كان النعت حقيقياً أو سببياً فلو كان منعوتا فاما ان يدل النعت على البينونة أو لا يدل فان دل على البينونة كما اذا قال لها أنت طالق بائن أو البتة أو طلقة شديدة او طويلة او عريضة او فاحشة او خبيثة او انت طالق طلقة شديدا حكمها او خبيثا حكمها وقع الطلاق بائناً

وان لم يدل النعت على البينونة كما اذا قال لها انت طالق طلقة خفيفة

او حسنة او لطيفة او طالقة خفيفا حكمها او حسنا حكمها وقع الطلاق رجعياً

الخامس ان يكون الطلاق غير منعوت بافعل التفضيل فان وصف به فاما ان يدل على البينونة اولا فان دل عليها كما اذا قال انت طالق اسوأ الطلاق او أشده أواً خشنه اواً كبره او اغلظه او اعظمه وقع الطلاق بائنا

وانما وقع الطلاق بائنا لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح حالا بالنسبة للبائن ومؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعي وافعل التفضيل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة لانه اخس مما يثبت به مؤجلا اعنى الرجعي فصار كقوله بائن

فان لم يدل افعل التفضيل على البينونة كما اذا قال لها انت طالق احسن الطلاق او اعذبه او اخفه او افضله او اجمله او اعدله وقع الطلاق رجعياً

السادس ان يكون الطلاق غير مشبه بشئ فان شبه وكان الشيء المشبه به يدل على العظم كما اذا قال لها انت طالق كالجبل اومثل الجبل وقع الطلاق بائنا لان التشبيه به يوجب زيادة لامحالة وذلك باثبات زيادة الوصف وقال ابو يوسف يكون رجعياً لان الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به فى توحده فان كان المشبه به لا يدل على العظم كالسمسمة مثلا وقع الطلاق رجعياً وقد حصل اختلاف فى مسألة تشبيه الطلاق فقال ابو حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا ايّ شيء كان المشبه به ذكر العظم اولم يذكر لان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فهو رجعي ايّ شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد

أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وبعضهم يقول محمد مع ابي حنيفة وبعضهم يقول مع ابي يوسف وثمرة الخلاف تظهر في قوله انت طالق مثل سمسمة او عظم سمسمة او كالجبل او عظم الجبل ففي الاول تقع واحدة بائنة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف وزفر رجعية وفي الثاني تقع واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر رجعية وفي الثالث بائنة عند ابي حنيفة وزفر رجعية عند ابي يوسف وفي الرابع بائنة اتفاقا

وفي كل الاحوال التي يقع فيها الطلاق بائنا ولم يكن مصرحا بالثلاث لانصاً ولا اشارة يكون واحدة وان لم ينو عددا او نوى ثنتين فان نوى ثلاثا فكما نوى لان الواقع بائن والبينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فتصح نية الغليظة فان قيل ينبغي ان يقع بقوله انت طالق الخش الطلاق او اشده ثلاث تطليقات من غير نية لان هذه الصفة للتفضيل وبقوله شديدة او فاحشة تقع واحدة بائنة فوجب ان يزيد على ذلك قلنا هذه الصفة مشتركة بين التفضيل وبين مطلق الزيادة ومطلق الاثبات قال الله تعالى (وبعولتهن احق بردهن) وليس هناك من له حق غيره فتحمل الالفاظ على المتيقن الا اذا كان له نية فيعمل بها لانه نوى مايحتمله كلامه

والمستوفى لكل الشروط المتقدمة قول الرجل لزوجته انت طالق او مطلقة او طلقتك فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة لفظاً منها فقد اوقع عليها طلقة واحدة رجعية وان لم ينو الطلاق لان كلا من هذه الالفاظ صريح

في الطلاق وهو لايحتاج الى النية. والطلقة الواحدة المستوفية لما ذكر لاتغير بنية الزوج فاذا نوى بائنة او اكثر من واحدة لغت نيته ولا يقع الا طلقة واحدة رجعية لانه اذا نوى الابانة فقد قصد تنجيز ماعلقه الشارع بانقضاء العدة لانه قصد تقديم ماأخره الشارع الى وقته فيرد عليه قصده

.واذا نوى اكثر من واحدة فقد نوى مالايحتمله كلامه فتلغو نيته وبيان ذلك ان قوله انت طالق خبر واقتضاؤه ان يكون صادقا ان كان مطابقا او كاذبا ان لم يكن مطابقا واما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبا والمقتضى لاعموم له لان ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا لزوم الى ازيد منها

ولا يرد على هذا مااذا نوى بالبائن البينونة الكبرى فانه تصح نيته لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحالها فتعمل نيته ويدل على ذلك ان النبي عليه الصلاة والسلام لما سأل ابن سيدنا عمر هل أراد ثلاثا اولا حين طلق امرأته في حال الحيض ولو كان من محتملات اللفظ لسأله كما سأل ركانة حين أبان امرأته فاجابه بانه لم يرد به الا واحدة

وقال الامام الشافعي وزفر يقع مانوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم في اللغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فيقال انت طالق ثنتين او ثلاثا فصار كالبائن بل اولى لانه صريح والبائن كناية عنه ولهذا لو قال لاجنبي طلقها اوقال لامرأته طلقي نفسك ونوى الثلاث في الحالتين صحت نيته

وقول الشافعي وزفر هو الظاهر — انظر مادة (٢٢٧)

فقد علم من ذلك ان الزوج متى اوقع الطلاق بصيغة اسم الفاعل مثل انت طالق او بصيغة اسم المفعول مثل انت مطلقة او بصيغة الفعل الماضي مثل طلقتك فلا يقع عليه الا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الابانة او اكثر من واحدة

اما اذا اوقعه بصيغة المصدر كما اذا قال عليّ الطلاق او الطلاق يلزمني فانه تقع واحدة رجعية وان لم ينو شيأ او نوى الابانة او اثنتين ولكن لو نوى ثلاثا صحت نيته ووقع الثلاث

والفرق بين المصدر وغيره ان المصدر جنس فيحتمل الادني ويحتمل الكل فاذا نواه فقد نوى محتمل كلامه فتصح نية الثلاث ولا تصح نية الثنتين لانهما عدد محض ولفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس ولذا لو كانت الزوجة رقيقة تصح نية الثنتين في المصدر لانهما جميع الجنس في حقها كالثلاث في حق الحرة

ويأتي خلاف الشافعي وزفر هنا ايضاً ولذلك يقولان بصحة نية الثنتين هنا ايضاً لانهما بعض الثلاث فاذا صحت نية الكل ففيه البعض من باب اولى وهو الظاهر — انظر مادة (٢٢٨)

(مادة ٢٢٧) يقع الطلاق رجعيا بصريح لفظ الطلاق اذا اضيف اللفظ ولو معنى الى المرأة المدخول بها حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا اشارة ولا منعوتا بنعت حقيقي ولا بأفعل التفضيل ولا مشبها بصفة تدل على البينونة . فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة انت طالق او مطلقة او طلقتك فقد اوقع عليها طلقة واحدة رجعية سواء نواها رجعية او بائنة او نوى اكثر من ذلك او لم ينو شيئا

(مادة ٢٢٨) صيغتا على الطلاق والطلاق يلزمني يقع بكل منهما واحدة رجعية ولو نوى ثنتين وان نوى باللفظ ثلاثا وقعن

وقد تقدم لك فى شرح مادة (٢٢٥) ان صيغ الطلاق تنقسم الى قسمين صريح وكناية وان الصريح لايحتاج الى النية بخلاف الكناية فانه لايقع بها الطلاق الا بنية أودلالة الحال لانها ليست موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلابد من المرجح لاحد الامرين

والفاظ الكناية بالنسبة للطلاق كثيرة ولكنها ليست متحدة في صفة الطلاق الواقع بها فبعضها متى وقع به الطلاق يكون رجعياً والبعض الآخر يكون بائنا فالاول ثلاثة الفاظ وهى اعتدى واستبرئي رحمك وأنت واحدة فكل من هذه الالفاظ الثلاثة كناية لانه يحتمل الطلاق وغيره اذ اعتدى أمر بالحساب فيحتمل ان يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله به عليها او الاعتداد من النكاح فاذا نواه زال الابهام فيقع الطلاق واستبرئى رحمك يحتمل الاستبراء ليطلقها أو بعد ما طلقها فلا يقع الطلاق بدون النية او القرينة وانت واحدة يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف أي أنت طالق طلقة واحدة ويحتمل ان يكون نعتاً للمرأة اي انت واحدة عند قومك او عندي او لعدم نظيرها فى شيء من الاشياء فاذا زال الابهام بالنية او دلالة الحال وقع الطلاق ولايقع بهذه الالفاظ الثلاثة الا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الابانة اوا كثر من واحدة. وزفر يقول يقع مانوى وهو الظاهر كما عرفته مما تقدم

فان صدر من الزوج لفظ من هذه الالفاظ ولم يكن في حالة الغضب ولم تسأله زوجته الطلاق فلا يقع الا بالنية وان خاطبها به في حالة الغضب او جوابا عن طلبها الطلاق منه يقع بلا نية

وهذا الحكم ليس عاماً لجميع الفاظ الكناية وبيانه ان الاحوال

ثلاثة الاولى حالة مطلقة وهى حالة الرضا الثانية حالة مذاكرة الطلاق الثالثة حالة الغضب والكنايات ثلاثة اقسام قسم يصلح جوابا ولا يصلح رداً ولا شتما كاعتدى وامرك بيدك واختاري وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح رداً كخلية وبرية وقسم يصلح جوابا ورداً ولا يصلح سباً وشتما كاخرجي واذهبي ففى حالة الرضا لايقع الطلاق بشيء منها الا بالنية والقول قوله مع يمينه فى عدم النية وفي حال مذاكرة الطلاق يقع في القضاء بكل لفظ لايصلح للرد وهو القسم الاول والثاني ولا يصدق قوله في عدم النية لان الظاهر انه أراد به الجواب وفى حالة الغضب لايقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثاني والثالث لانه يحتمل الرد والشتم ولاتنافيه حالة الغضب ويقع بكل لفظ لايصلح لهما بل يصلح للجواب وهو القسم الاول لظاهر حاله وهذا الجدول يبين لك الحالات والاقسام بكل سهولة

	رد وجواب اخرجي واذهبي ومافي معناهما	سب وجواب خلية . برية ومافي معناهما	جواب فقط اعتدى . استبرئى وما فى معناهما
حالة رضا	تلزم النية	تلزم النية	تلزم النية
حالة غضب	تلزم النية	تلزم النية	يقع بلا نية
حالة مذاكرة الطلاق	تلزم النية	يقع بلا نية	يقع بلا نية

واما ان صدر من الزوج غير الالفاظ الثلاثة المتقدمة ووقع الطلاق فلا يكون رجعيا بل بائنا ولو نوى الطلاق الثلاث وقع وقال الشافعي رحمه الله

تعالى الكنايات كلها رجعية لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نيته ولرجعة تعقبه فيكون رجعيا واستدلت الحنفية بانه اتي بالابانة بلفظ صالح لها كخلية مثلا وهو من اهلها والمحل قابل لها والولاية ثابتة عليها فوجب ان يعمل به فيتعجل اثرها — انظر مادة (٢٢٦)

ومتى وقع الطلاق رجعيا سواء كان بصريح لفظ الطلاق او بكناية من كناياته وسواء كان واحدة او اثنتين بالنسبة للحرة لان الرقيقة من وقع عليها طلقتان كان الطلاق بائنا بينونة كبرى كما تقدم لك ذلك مفصلا مع ما فيه من الخلاف في شرح مادة ٢٢٤ ترتب عليه حكمه وهو انه لا يزيل الملك ولا الحل بمعنى ان الزوج اذا اراد ردها اليه جاز له ذلك بدون عقد ومهر جديدين رضيت او لم ترض لان الملك باق والحل موجود فلا يشترط لردها اليه تزوجها بغيره بخلاف الطلاق البائن بينونة صغرى فانه يزيل الملك لا الحل فلو اراد الزوج ردها الى عصمته فلا بد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لزوال الملك ولكن لا يشترط تزوجها بغيره لان الحل باق وبخلاف الطلاق البائن بينونة كبرى فانه يزيل الملك والحل فاذا اراد الزوج ارجاعها اليه فلا بد من العقد والمهر والرضا لزوال الملك ولا بد ايضا من

(مادة ٢٢٩) يقع الطلاق رجعيا بثلاثة الفاظ من الفاظ الكناية وهي اعتدى واستبرئي رحمك وانت واحدة فمن قال لزوجته لفظا منها وهو في حالة الرضا توقف وقوع الطلاق على نيته فان نوى به الطلاق تقع واحدة رجعية ولو نوى غيرها او اكثر من واحدة وان لم ينو شيئاً فلا يقع شيء وان خاطبها به في حالة الغضب او جوابا عن طلبها الطلاق منه يقع عليها طلقة واحدة رجعية بلا نية

تزوجها بغيره حتى يحلها له لزوال الحل . ولكن محل كون الطلاق الرجعي لا يزيل الملك مادامت المراة في العدة فان انقضت عدتها بانت منه فيشترط ما يشترط في البائن بينونة صغرى ويؤخذ من حكم الطلاق الرجعي انه لا يؤثر على الزوجية بشيء بل لا تزال الزوجية قائمة مادامت المرأة فى العدة وبناء على ذلك فالزوجة لا تخرج من البيت الساكنة هى فيه مع الزوج قبل الطلاق بل تبقي مقيمة به حتى تنقضى العدة لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) نزلت في الطلاق الرجعى بدليل السياق وهو قوله تعالي (فطلقوهن لعدتهن) ويدخل عليها بغير اذنها ولا يعلمها بدخوله ولكن محل ذلك اذا كان قصده مراجعتها فان لم يكن قاصدا الرجعة فالاحسن ان يعلمها لانه يخاف ان يقع بصره على موضع منها لو نظر اليه بشهوة يصير به مراجعا فيحتاج الى طلاقها فتطول عليها العدة فتتضرر بذلك ومثل هذا في الحكم اتخاذ سترة بينهما . وتجب عليه نفقتها مادامت في العدة ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعا لان الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل كما سيأتي فى المادة التالية لهذه واذا مات أحد الزوجين والمرأة فى العدة ورثه الآخر مطلقاً اى سواء كان الطلاق الرجعى في حال صحته او في حال مرضه وسواء كان بطلبها او بغيره بخلاف الطلاق البائن فانه اذا مات احد الزوجين والمرأة فى العدة فلا يرثه الآخر الا اذا كان الطلاق فى حال مرض الزوج وقامت قرينة على ان غرضه حرمانها من الارث كما ستعرفه في باب طلاق المريض

فينتج مما ذكر ان الطلاق الرجعى لا يؤثر على شيء من الحقوق

المترتبة على عقد الزواج مادامت المرأة في العدة وكان قصد الزوج المراجعة وانما تأثيره في عدد الطلاق فبعد ان كان الزوج يملك ثلاث طلقات صار لايملك الا اثنتين ان كان الطلاق بواحدة وان كان باثنتين فلا يملك الا واحدة — انظر مادة (٢٣٠)

فقد علم ان من وقع عليه الطلاق الرجعي له ان يراجع زوجته بدون احتياج الى عقد ومهر جديدين ولا الى رضاها وهذا الحق ثابت له ولوقال وقت الطلاق لارجعة لى لان هذا تغيير للمشروع فلا يعول عليه

ولكن يشترط فى ثبوت الرجعة ان تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فاذا لم تكن مدخولا بها اصلا واوقع عليها طلاقا فلا تثبت الرجعة لان كل طلاق يقع على غير المدخول بها يكون بائنا ولان فائدة الرجعي انما تظهر فى العدة والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق رجعيا فلا تثبت الرجعة

ومثل غير المدخول بها اصلا المدخول بها حكما فلا رجعة بعد طلاقها

(مادة ٢٣٠) الطلاق الرجعي بواحدة كان أو اثنتين للحرة لايرفع أحكام النكاح ولا يزيل ملك الزوج قبل مضى العدة بل لازال الزوجية قائمة مادامت المرأة في العدة وانما تعتكف في بيتها المضاف اليهما بالسكني وينـدب جعل ستر بينها و بين زوجها ونفقتها عليه مدة العدة. ولايحرم دخوله عليها ولو من غير اذنها ويجوز له الاستمتاع والوقاع و يصير بذلك مراجعا. واذا مات احدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر سواء طلقها زوجها فى حال صحته أو في مرضه برضاها او بدونه

ولو كانت فى العـدة فاذا تزوج رجل امراة واختلى بها خلوة صحيحة وطلقها لزمتها العدة ولا يملك زوجها الرجعة ولو كان الطلاق الذى اوقعه يقع به الرجعى في المدخول بها حقيقة وانما انفرد الزوج بالرجعة في العـدة لا بعدها لقوله تعالى (وبعولتهن احق بردهن) اى لهم حق الرجعة فهذه الآية تدل على مشروعية الرجعة وعدم اشتراط رضاها بها واشترطت العدة لانه بعد انقضائها لايسمى بعلا فليس له حق بل هو والاجنبي سواء — انظر مادة (٢٣١)

ولا يشترط ان تكون الرجعة بالقول بل كما تصح به تصح بالفعل ايضاً فالقول كأن يقول الزوج راجعتك او ارتجعتك او رددتك اذا كانت المراة مخاطبة او راجعت زوجتي الى عصمتى ان كانت غير مخاطبـة والفعل يكون بمـا يوجب حرمة المصاهرة وهو الوقاع واللمس بشهوة والنظر كذلك الى محل مخصوص ولو كان ذلك اختلاساً منه واما اذا كان منها فالظاهر انه لايكون رجعة الا اذا ترتب على لمسها له بشهوة او نظرها الى عضو مخصوص منه اشتهاؤه لان الرجعة له لا لهـا

وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول عند القدرة عليه بان لا يكون

(مادة ٢٣١) كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية أو تطليقتين كذلك لوحرة فله ان يراجعها ولو قال لارجعة لى بدون حاجة الى تجديد العقد الاول ولا الى اشتراط مهر جديد مادامت في العدة سواء علمت بالرجعة أو لم تعلم وسواء رضيت بها أو أبت . ولا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة . ولارجعة في عدة المطلقة بعد الخلوة ولو كانت الخلوة صحيحة

اخرس او معتقل اللسان فلا يجوز له وقاعها ولا لمسها بشهوة حتى يراجعها قولا واستدل بزوال الزوجية لوجود القاطع لان الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية ضرورة ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ومع بقاء النكاح لا تحتسب

واستدلت الحنفية بقوله تعالى (وبعولتهن احق بردهن) سماه بعلا وهو الزوج وجعله احق بردها فدل على بقاء النكاح لانه لا يقدر احد على تملك الاجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال وانما هو عبارة عن ردها الى حالتها الاولى لانها كانت بحيث لا تبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم ترد بالرجعة الى حالتها الاولى — انظر مادة (٢٣٢)

والرجعة لا تصح الا اذا كانت منجزة كقول الزوج راجعت زوجتى ان لم تكن مخاطبة او راجعتك ان كانت مخاطبة فلو اضافها الى زمن مستقبل بان قال راجعت زوجتى بعد عشرة ايام مثلا اوعلقها بشرط بان قال ان حصل كذا فقد راجعتك فلا تصح الرجعة ولكن اذا كان مدلول فعل الشرط محققا اى موجودا وقت التكلم صحت فاذا قال الزوج ان كنت فعلت ما امرتك به فقد راجعتك وكانت قد فعلته صحت الرجعة وليس هذا خاصا بالرجعة بل كل شيء نصوا على انه لا يصح تعليقه بالشرط كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والقسمة والصلح متى كان مدلول فعل الشرط

(مادة ٢٣٢) تصح الرجعة قولا براجعتك ونحوه خطابا للمرأة أو راجعت زوجتى ان كانت غير مخاطبة وفعلا بالوقاع ودواعيه التي توجب حرمة المصاهرة ولو اختلاسا منه أو منها

محققاً صح لان التعليق فى هذه الحالة يكون ظاهريا فقط وفى الحقيقة هو منجز وقد تقدم هذا المبحث في شرح مادة (١٢) — انظر مادة (٢٣٣)

ولا يشترط لصحة الرجعة علم المرأة بها فلو راجعها قولا ولم يعلمها صحت ولكن الاحسن اعلامها لما يترتب على عدم الاعلام من النزاع فى المستقبل لانها اذا لم تعلم بها وانقضت العدة وقال الزوج كنت راجعتك فيها فربما تنكر لعدم علمها فيحصل النزاع

وكما انه لا يشترط لصحة الرجعة اعلام المراة كذلك لا يشترط الاشهاد عليها لصحتها بل هى صحيحة وان لم يشهد سواء حصلت الرجعة قولا او فعلا ولكن الاحسن ان يشهد عليها شاهدين عدلين ليتأتي له اثباتها عند انكار الزوجة وليتباعد عن الوقوف في مواضع التهم لان الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالقعود معها

وليس هذا خاصاً بالرجعة بل هو عام في العقود وغيرها الا عقد الزواج فانه يشترط الاشهاد عليه لصحته كما عرفته في مبحث شروط صحة الزواج — انظر مادة (٢٣٤)

والرجعة لاتصح الا اذا كانت الزوجة في العدة فان انقضت العدة

(مادة ٢٣٣) يلزم ان تكون الرجعة منجزة في الحال فلا يصح اضافتها الي وقت مستقبل ولا تعليقها بشرط

(مادة ٢٣٤) الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة الا انه يندب للمراجع ان يعلم المرأة بها اذا راجعها قولا وان يشهد شاهدين عدلين عليها ولو بعد حصولها فعلا

فلا رجعة وتملك المرأة عصمتها فاذا اراد ردها اليه حينئذ فلا بد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها ـ والعدة اما ان تكون بالأشهر ان لم تكن المرأة من ذوات الحيض او بالحيض ان كانت الزوجة ممن تحيض فان كانت بالاشهر فبمجرد انقضاء آخر لحظة من الشهر الثالث انقضت العدة وان كانت بالحيض فاما ان يكون انقطاع الدم من الحيضة الثالثة لاكثر الحيض وهو عشرة ايام او يكون انقطاعه لاقل منها فان كان الاول انقضت العدة بمجرد انقطاعه سواء اغتسلت او لم تغتسل وان كان الثاني وهو ما اذا انقطع لاقل من عشرة ايام فلا يحكم بطهارتها ولا تنقضي عدتها الا بواحد من امور ثلاثة الاول ان تغتسل الثاني ان تتيمم وتصلي الثالث ان تتقرر في ذمتها صلاة وكل من الاول والثاني لا يحتاج الى بيان واما الثالث فمعناه ان المرأة اذا حاضت سقط عنها الصوم والصلاة فلا يجبان عليها ولا يصحان منها فاذا طهرت من الحيض لزمها ان تقضي الصوم لا الصلاة لان في تكليفها بقضاء الصلاة حرجاً لتكرارها في اليوم خمس مرات فيدفع الحرج بخلاف الصوم فانه شهر في كل سنة فليس في تكليفها بقضائه حرج ولكنها تقضي الفرض الذي طهرت في وقته اذا انقطع الدم عنها والباقي من وقت الفرض يسع الاغتسال وتكبيرة الاحرام فلو كان الوقت الباقي لا يسع ذلك فلا يجب عليها فاذا فرضنا ان الدم انقطع عنها اثناء وقت الظهر والباقي منه اي قبل دخول وقت العصر يسع اغتسالها وتكبيرة الاحرام وجبت عليها صلاة الظهر فان أدتها في هذا الوقت فبها وان لم تؤدها حتى دخل وقت العصر تقررت صلاة الظهر في ذمتها فيجب عليها قضاؤها فان كان الوقت الباقي من وقت الظهر بعد انقطاع

الدم لا يسع ما ذكر فلا تلزمها صلاة الظهر فاذا دخل وقت العصر فلا يلزمها قضاؤها لانها لم تتقرر في ذمتها فلا تنقضي عدتها فى هذه الحالة الا اذاخرج وقت العصر لتقرر صلاة العصر في ذمتها ان لم تؤدها في وقتـه وانما انقطعت الرجعـة بمجرد انقطاع الدم لاكثر الحيض ولم تنقطع اذا ارتفع الدم لاقل من الاكثر الا بواحد من الثلاثة المتقدمة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبتمامها يحكم بطهارتها وانقضاء العدة اغتسلت او لم تغتسل اما اذا انقطع لاقل من العشرة فيمكن ان يعود ويكون دم حيض فلا بد من تأكيد الانقطاع بشيء من احكام الطاهرات

وقال محمد لاتشترط الصلاة بالفعل في التيمم لانقطاع الرجعة بل تنقطع بالتيمم وان لم تصل وهذا هو القياس لان التيمم عند عدم المـاء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أديت وبين الحكم بجواز الاقدام على ادائها اذ كل واحد منهما تشترط له الطهارة فاذا كان كالاغتسال في حق تلك الاحكام فكذا في حق هذا الحكم بل أولى لان انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط — واستدل ابو حنيفة وأبو يوسف بان طهارة التيمم ضرورة لكونه تلويثاً حقيقة وهو لايرفع الحدث بيقين ولذا لو وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل طهارة ضرورة للحاجة الى اداء الصلاة كيلا تتضاعف الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها وهو اداء الصلاة وتوابعها من دخول المسجد وقراءة القرآن فهو فى حق الرجعة عدم الا اذا حكمنا بجواز الصلاة بالاداء فيلزمه الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة لانها لاتصح الا من الطاهرات فيلزمه

انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بالطهارة — انظر مادة (٢٣٥)

فقد علمت ان من طلق زوجته طلاقاً رجعياً فـله ان يراجعها ما دامت العدة فان انقضت فليس له مراجعتها الا بعقد ومهر جديدين فان اراد الزوج مراجعتها مدعياً ان العدة باقية ووافقته على ذلك فبها وان خالفته وادعت ان العدة انقضت وانه لا يملك الرجعة فاما ان تكون العدة بالاشهر او بالحيض فان كان الاول فالامر سهل اذ ينظر الى تاريخ الطلاق والوقت الذى حصل فيه النزاع فان كان ثلاثة اشهر أو أكثر كان القول قولها بيمين وان كان أقل فالقول قوله . وان كان الثانى فالقول لها لان هذا لا يعلم الا من جهتها وكل شيء لا يعلم الا من جهة شخص يكون القول فيه قوله ولكن لما كان الزوج حق فى المراجعة ان كانت العدة باقية فلا تصدق اذا انكرت بقاءها بمجرد القول بل لابد من تحليفها اليمين على انقضاء عدتها من هذا الطلاق قد انقضت فاذا حلفت انقطعت الرجعة ولكن تصديق المرأة بيمينها فى انقضاء العدة لا يكون فى كل حال من الاحوال بل لابد ان يكون الزمن الذى مضى من تاريخ الطلاق الى الوقت الذى تدعي فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك وأقل زمن يحتمل انقضاء العدة بالنسبة للحرة ستون يوماً وبيانه انها تحتاج الى ثلاث حيض كل حيضة عشرة ايام والى طهرين كل طهر خمسة عشر يوماً لانه اقل زمن يفصل بين الحيضتين فالمجموع ستون يوماً وبالنسبة المرقيقة خمسة وثلاثون يوماً لاحتياجها الى حيضتين وطهر وهذا قول الامام الاعظم . وقال الصاحبان

(مادة ٢٣٥) تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها اذا طهرت من الحيضة الاخيرة لتمام عشرة ايام وان لم تغتسل

أقل زمن للحرة تسعة وثلاثون يوماً لان اقل الحيض ثلاثة ايام وهي تحتاج الى ثلاث حيض بتسعة ايام وطهرين بثلاثين يوماً وللرقيقة واحد وعشرون يوماً لاحتياجها الى حيضتين وطهر ولكن الامام اخذ بالاحتياط — انظر مادة (٢٣٦)

وقد عرفت فى شرح مادة (٢٢٦) ان الطلاق ينقسم انقساما اوليا الى قسمين الاول رجعي والثاني بائن والثاني ينقسم الى قسمين بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى

فاذا كان الطلاق رجعياً وحصلت الرجعة من الزوج فهذه الرجعة لاتزيل الطلقات السابقة عليها ويستوي فى هذا الحكم الطلاق الذي حصلت الرجعة لاجله وغيره وينبنى على ذلك ان الزوج اذا راجع زوجته بعد مااوقع عليها طلقة او راجعها بعد مااوقع عليها طلقتين ثم أوقع عليها بعد الرجعة طلقتين في الصورة الاولى وطلقة في الصورة الثانية زال الملك والحل لان الطلاق صار بائناً بينونة كبرى فلا يجوز له ردها الا بعد ان تتزوج بغيره ويدخل بها دخولا حقيقياً وتقع الفرقة بينهما وتنقضي عدتها وهذا بالاتفاق

واذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى وعادت الى الزوج الاول بعد ماتزوجها غيره ملك عليها ثلاث طلقات اتفاقا لانها عادت اليه بحل جديد واذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى وعادت الى الزوج الاول قبل ان تتزوج بغيره

(مادة ٢٣٦) اذا وقع نزاع بين الزوجين فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض وادعى الزوج عدم انقضائها وان له حق الرجعة تصدق المراة بيمينها وتخرج من العدة ان كانت المدة تحتملها واقل مدة عدة بحيض ستون يوما للحرة

عادت اليه بما بقي له من الملك الاول اتفاقا وان كان بعد تزوجها بغيره ففيه خلاف وستأتي هذه المسئلة في مادة (٢٤٩) — انظر مادة (٢٣٧)

والذي علم ان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل وينبني على ذلك ان المؤجل من المهر الى الفراق لا يتعجل بمجرد الطلاق الرجعي لان الملك باق مادامت العدة فاذا انقضت العدة زال الملك فيحل المؤجل وهذا مخالف للطلاق البائن بنوعيه فان المؤجل يتعجل بمجرد الطلاق بلا توقف على انقضاء العدة لان الملك قد زال في البائن بينونة صغرى والملك والحل قد زالا في البائن بينونة كبرى

ولكن محل تعجيل المؤجل في الطلاق الرجعي بانقضاء العدة وفي غيره بمجرد الطلاق اذا لم يكن المهر مقسطاً على أقساط معلومة يدفع في نهاية كل شهر أو سنة مثلا قسط معلوم فان كان كذلك فلا يتعجل بما ذكر وانما يتعجل بحلول الوقت المتفق عليه فاذا تزوج رجل امرأة بمهر قدره مائة وعشرون جنيهاً مثلا واتفقا على ان يكون النصف معجلا والنصف مؤجلا لا يحل الا بالفراق وطلقها طلاقا رجعياً فلا تستحق النصف المؤجل الا بعد انقضاء العدة فان كان الطلاق بائنا بنوعيه حل هذا المبلغ بمجرد الطلاق فان اشترط الزوجان في العقد المذكور ان الستين الباقية يدفع منها كل سنة عشرون جنيهاً وحصلت الفرقة بينهما بعد تاريخ العقد بسنة ولو كانت بالطلاق البائن بينونة كبرى لم يحل المبلغ

(مادة ٢٣٧) الرجعة لا تهدم الطلقات السابقة بل اذا راجع الزوج امراته بعد طلقتين ثم اوقع عليها الثالثة زال ملكه وحلها له الى أن تتزوج غيره بنكاح صحيح ويفارقها بعد الوطء في القبل بطلاق أو موت

الباقي الا عند حلول الزمن المتفق عليه — انظر مادة (٢٣٨)

﴿ القسم الثاني في الطلاق البائن ونوعيه وأحكام كل منهما ﴾

قد عرفت ان الطلاق ينقسم الى قسمين رجعي و بائن والبائن الى نوعين بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى وقد تقدم القسم الاول بجميع ما يتعلق به والكلام الآن انما هو في القسم الثاني بنوعيه فيقع الطلاق بائناً في الاحوال الآتية

اذا كان لفظ الطلاق مقرونا بعدد الثلاث سواء كان هذا الاقتران نصاً كأنت طالق ثلاثا أو اشارة بالاصابع مع ذكر لفظ الطلاق كأنت طالق هكذا مشيراً بثلاث أصابع . والطلاق الواقع عند هذا الاقتران بائن بينونة كبرى لانه ثلاث فلو كانت الاشارة باصبعين فلا يقع الا ثنتان ولو باصبع فواحدة

ويقع الطلاق بائناً بينونة كبرى أيضاً اذا قال لها انت طالق اكثر الطلاق او انت طالق مرارا او الف مرة لان اكثره ثلاث فيقع ومرارا جمع واقل الجمع ثلاثة فيقع الثلاث وانما لم يقع في الف مرة الا ثلاث طلقات لانها هي المملوكة له اذ ليس له ان يوقع اكثر من الثلاث وحينئذ يكون اتي بما يملك وما لا يملك فالذي يملكه يقع والذي لا يملكه يلغو

(مادة ٢٣٨) يتعجل المؤجل من المهر بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي فمن طلق زوجته رجعيا وانقضت عدتها صار ما كان مؤجلا في ذمته من المهر حالا فتطالبه به . وانما يحل المؤجل اذا لم يكن منجما فان كان كذلك فلا يتعجل بل تأخذه على نجومه واقساطه في مواعيدها

ويقع الطلاق بائناً أيضاً اذا كان منعوتا بنعت حقيقي او سببي يدل كل منهما على الشدة سواء كان النعت افعل التفضيل او غيره فاذا قال الرجل لزوجته انت طالق طلقة شديدة او طويلة او عريضة او طلقة شديداً حكمها اوانت طالق اشد الطلاق او اخبث الطلاق وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى

ويقع الطلاق بائنا ايضاً اذا كان مشبهاً بما يدل على البينونة كأنت طالق تطليقة كالجبل كما انه يقع البائن بقوله أنت طالق بائن او البتة

والبائن في هذه الاحوال يكون بائناً بينونة صغرى ان نوى واحدة او اثنتين او لم ينو شيأً وان نوى ثلاثا فثلاث لان الواقع بائن والبينونة متنوعة الي خفيفة وغليظة فتصح نية التغليظ ولا تكتف بما كتب هنا على هذه المادة بل ارجع الى شرح مادة (٢٢٧) تجد الكفاية — انظر مادة [٢٣٩]

ويقع الطلاق بائنا ايضاً اذا كانت الزوجة غير مدخول بها دخولا حقيقياً ولو كان الطلاق عاريا عن الاوصاف التي تقدمت في شرح المادة السابقة فكل طلاق يلحق الزوجة غير المدخول بها يكون بائنا ويبنى على هذا انه لو

(مادة ٢٣٩) يقع الطلاق بائنا بصريح لفظ الطلاق اذا أضيف اللفظ الى المرأة المدخول بها مقرونا بعدد الثلاث نصا أو اشارة بالاصابع مع ذكر لفظ الطلاق أو منعوتا بنعت حقيقي أو مضافا الى افعل تفضل يبنان عن الشدة والزيادة او مشبها بما يدل على البينونة فمن قال لامرأته انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة او اشد الطلاق او اطوله او اعرضه او تطليقة كالجبل تقع عليها واحدة بائنة وان قال لها انت طالق بائن او البتة بانت بواحدة سواء نوى او لم ينو وان نوي بذلك الثلاث وقعن وان قال لها انت طالق ثلاثا او اشار اليها بثلاثة اصابع منشورة قائلا انت طالق هكذا بانت بينونة كبري . وكذلك ان قال لها انت طالق اكثر الطلاق أو انت طالق مرارا او الف مرة

قال الزوج لزوجته غير المدخول بها أصلا انت طالق او انت مطلقة او طلقتك وقعت عليها طلقة بائنة لا رجعية وكذا لو قال لزوجته المختلى بها خلوة صحيحة بلا وطء لفظاً من الفاظ الطلاق المتقدمة كان الطلاق بائنا ايضاً وان لزمتها العدة لان الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في الرجعة كما عرفته في مادة — ٨٣ — وانما كان الطلاق الواقع على غير المدخول بها بائناً مطلقاً لان فائدة الطلاق الرجعي انما تظهر في العدة وهي ان الزوج له مراجعتها مادامت فيها فاذا انقضت بانت منه وحيث ان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا فائدة في جعل الطلاق رجعياً وينبني على عدم العدة بالنسبة لغير المدخول بها ان الزوج اذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة فلا يقع الا الاولى لانه حيث لا عدة عليها فبمجرد قوله لها انت طالق واحدة بانت منه لا الى عدة فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة لان الطلاق لم يصادف محله اذ هي في هذه الحالة أجنبية منه لانها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلا للطلاق فلا يقع ولما كان هذا لا يأتي عند ما يقول لها أنت طالق ثلاثا اي بكلمة واحدة لانه ليس معنا سابق ولا حق حتى نوقع السابق وننفي اللاحق وقع الثلاث

وأما المدخول بها فيقع عليها الثلاث في الحالتين أي سواء كان الثلاث بكلمة واحدة أو متفرقات لوجود العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل للطلاق فيقع حتى اذا طلق الزوج امرأته المدخول بها طلقة وانقضت عدتها فاوقع عليها ثانية فلا تقع لانها غير محل له وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢٢٤) — انظر مادة (٢٤٠)

(مادة ٢٤٠) كل طلاق يلحق المرأة غير المدخول بها فهو بائن فمن قال لزوجته =

ويكون الطلاق بائنا ايضاً اذا انقضت العدة فى الطلاق الرجعي لان فائدة الطلاق الرجعي انما تظهر في العدة لا بعدها ويبنى على ذلك ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقا رجعياً سواء كان بواحدة او اثنتين لو كانت حرة فما دامت في العدة فله ان يراجعها بدون عقد ومهر جديدين ولا يشترط رضاها فان انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها فاذا اراد ردها اليه فلا بد من عقد ومهر جديدين ولا بد من رضاها — انظر مادة (٢٤١)

ويقع الطلاق بائنا ايضاً متى اشترط الزوج في الطلاق عوضاً تدفعه اليه المرأة ولكن يشترط قبولها فاذا قال الزوج لزوجته انت طالق في نظير عشرين جنيهاً فقبلت المرأة ذلك في المجلس وقع الطلاق بائناً ولزمها دفع هذا المبلغ الى الزوج وانما كان هذا الطلاق بائنا لان غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون الا بالطلاق البائن لان الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج اذ له ارجاعها اليه وان لم ترض — انظر مادة (٢٤٢)

ويقع الطلاق بائنا ايضاً اذا قال الرجل كل حل علىّ حرام فان كانت له

غير المدخول بها حقيقة أو حكما انت طالق بانت بواحدة ولا عدة عليها وكذا لو اختلى بها بلا وطء ولكن عليها العدة فان طلقها ثلاثا بكلمة واحدة وتعمن وان فرق الثلاث بانت بالاولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة

(مادة ٢٤١) من طلق زوجته طلاقا رجعيا بواحدة او اثنتين لو حرة ولم يراجعها حتى انقضت عدتها بانت بينونة صغرى ملكت بها نفسها فلا يملك الرجعة عليها

(مادة ٢٤٢) من طلق امرأته طلاقا واحدا مقرونا بعوض وقبلت فى مجلسها بانت بواحدة

زوجة واحدة وقع عليها طلقة وان كان له اكثر من زوجة وقع على كل طلقة اتفاقا فان قال حلال الله او حلال المسلمين عليَّ حرام وكانت له زوجة واحدة وقع عليها الطلاق بلا خلاف وان كان له اكثر من زوجة فقال بعضهم يقع على واحدة غير متعينة واليه بيانها والبعض الآخر يقول يقع على كل طلقة فهو مثل كل حل على حرام وهذا هو الذي اعتمدوه لانه هو الظاهر ويقع الطلاق على الصورة المتقدمة وان لم ينو او نوى واحدة او اثنتين فان نوى ثلاثا فثلاث ولا تنس ما تقدم من ان بعضهم يوقع ما نواه ولو كان اثنين وهو الظاهر وانما وقع الطلاق بهذه الالفاظ بغير نية وان لم تكن صريحة فيه لانها صارت ملحقة بالصريح لانها لا تستعمل عرفا الا فيه وان كانت في ذاتها عامة اذ هي شاملة لكل شئ حتى الاكل والشرب والنوم والتنفس ولكن العرف خصصها بالطلاق. ويقع الطلاق البائن ايضا اذا قال امرأتي عليَّ حرام فان كانت له امرأة واحدة وقعت عليها طلقة وان كان له اكثر فالواقع طلقة ايضاً على واحدة منهن غير معينة ويصرفه لمن شاء لان لفظ امراتي عمومه بدلي فيصدق على واحدة منهن لا بعينها بخلاف قوله كل حل عليَّ حرام فان عمومه استغراقي يعم الكل دفعة واحدة فيقع على كل واحدة منهن طلقة اذا لم ينو ثلاثا ومثله في الحكم قول الزوج امرأتي طالق فان كان له أكثر من واحدة فلا يقع الا على واحدة واليه البيان فيصرفه الى من شاء ولكن الطلاق الواقع في قوله امرأتي طالق يكون رجعياً فاذا كان اللفظ الصادر من الزوج لا عموم فيه أصلا كما اذا قال مخاطباً زوجته انت عليَّ حرام او حرمتك على نفسي أو انا محرم عليك أو قال هذه عليَّ حرام مشيراً لواحدة مخصوصة فمن غير شك لا تطلق الا المخاطبة

والمشار اليها فان كانت له زوجة غيرها فلا يقع عليها شيء — انظر مادة (٢١٣)

ويكون الطلاق بائناً ايضاً اذا وقع بلفظ من الفاظ الكنايات ما عدا الالفاظ الثلاثة المتقدمة في مادة (٢٢٩) فان الطلاق الواقع بها يكون رجعياً والكناية بالنسبة للطلاق كل لفظ احتمل الطلاق وغيره ولذا لا يقع الطلاق بها الا بأحد امرين النية او دلالة الحال لترجيح احد الامرين وهي كثيرة فمنها خلية برية حبلك على غاربك الحقي بأهلك . وهبتك لاهلك لان الخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات وعن قيد النكاح والبرية من البراءة فيحتمل من حسن الثناء مثلا أو عن قيد النكاح وحبلك على غاربك ينبيء عن التخلية لانهم كانوا اذا ارسلوا النوق يضعون حبلها اي مقودها على غاربها ويخلون سبيلها فهو كالخلية والغارب مابين العنق والسنام اى اذهبي حيث شئت والحقي بأهلك لاني طلقتك اوسيري بسيرة اهلك او لاني اذنت لك ان تلحقي بهم ووهبتك لاهلك اى عنوت عنك لاجل اهلك او وهبتك لهم لاني طلقتك وقس على هذه الالفاظ ما كان بمعناها وحيث انها ليست صريحة في الطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد لوقوع الطلاق بها من احد امرين النية او دلالة الحال لترجيح احد الامرين . والطلاق الواقع بهذه الالفاظ وما في معناها يكون بواحدة ان نوى واحدة او اثنتين فان نوى ثلاثا فثلاث ولا تنس من

(مادة ٢٤٣) من قال كل حل اوحلال الله اوحلال المسلمين علي حرام طلقت جميع نسائه طلقة واحدة بائنة بلا نية وان نوى بذلك الثلاث وقعن فان قال الحرام يلزمني او حرمتك او انت معي في الحرام بانت المخاطبة بذلك ولو لم ينو طلاقا وان كان له امراة غيرها فلا يقع عليها شيء

يقول بوقوع ما نواه الزوج مطلقاً واذا راجعت مادة (٢٤٩) تجد تقسيم الكنايات الى ثلاثة اقسام وتقسيم أقوال الزوج الى ثلاثة ايضا وتعرف ما يحتاج منها الى النية ومالا — انظر مادة (٢٤٤)

ويقع الطلاق بائناً ايضاً اذا مضت مدة الايلاء ولم يقرب الزوج زوجته والايلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فأكثر ويشترط في الزوج المولى ان يكون اهلا لايقاع الطلاق بان يكون بالغاً عاقلا فاذا قال الزوج لزوجته وهو أهل للطلاق والله لا أقربك اربعة اشهر كان موليا لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فالزوج في هذه المدة اما ان يقرب زوجته او لا يقربها فان قربها في المدة حنث في يمينه وتلزمه كفارة اليمين ان حلف بالله كالمثال المتقدم ويقع عليه الطلاق ان حلف به كقوله ان قربتك في مدة اربعة اشهر فزوجتي فلانة طالق — وان لم يقربها في المدة بر في يمينه ولكن بمجرد مضيها وقعت عليه طلقة بائنة والايلاء اما ان يكون مؤقتاً او مؤبداً بان قال والله لا أقربك ابداً فان قربها في المدة بالنسبة للمؤقت أو قربها في المؤبد حنث في يمينه وسقط الايلاء لان الايمان تحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدون اليمين أما اذا بر في يمينه ولم يقربها فان كان مؤقتاً باربعة اشهر مثلا فبمجرد مضيها بانت منه وسقط الايلاء وان كان مؤبداً بانت منه اذا مضى اربعة اشهر من تاريخ اليمين ولم يسقط

(مادة ٢٤٤) جميع ألفاظ الكنايات ان وقع بها الطلاق يكون بائنا بواحدة أو ثلاث على حسب نية الزوج ماعدا الالفاظ الثلاثة المذكورة في مادة ٢٢٩ فراجعها

الايلاء لانه مؤبد ولم يوجد الحنث ليرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بها لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان تزوجها عاد الايلاء فاذا مضت اربعة اشهر اخرى وقع طلاق بائن آخر لان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج يثبت حقها فيتحقق الظلم وهكذا حتى يقع الثلاث فاذا لم يعقد عليها بعد ماطلقت بائناً بمضي الاربعة الاشهر الاولى وانقضت عدتها قبل مضي غيرها فلا يقع طلاق عند انقضائها لانه صادفها وهي غير محل للطلاق اذ هي ليست بزوجة ولا معتدة

وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى الفيء انما يكون بعد المدة لا فيها ولا يقع عليها طلاق بمجرد انقضاء المدة بل لا يقع الا بتطليق الزوج او تفريق القاضي — واستدل على الاول بقوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) لان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ولان الله تعالى قال (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فلو وقع بمضي المدة فلا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولان التفريق بينهما لرفع الضرر عنها فيكون بتطليقها ان فعل والا فالقاضي يفرق بينهما كالتفريق بالجب او بالعنة ولان الطلاق لا يقع من غير تطليق أحد فاشبه العنة حيث لا يقع الطلاق بمضي الاجل

واستدل ابو حنيفة بانه ظلمها بمنعها حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة — والظاهر مذهب الامام الشافعي — انظر مادة (٢٤٥)

(مادة ٢٤٥) اذا آلى الزوج البالغ العاقل من امرأته ورفى ايلائه ولم يفيء =

ومتى وقع الطلاق بائناً بينونة صغرى سواء كان بواحدة او اثنتين ترتب عليه حكمه وهو انه يزيل الملك فينحل قيد النكاح وترتفع احكامه ويزول ملك الزوج في الحال بلا انتظار الى انقضاء العدة كما في الطلاق الرجعي فالبينونة الصغرى لا تبقي للزوجية اثراً سوى العدة ولكن لا تزيل الحل ويترتب على ازالته الملك ان المرأة تستتر في محل من البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق فلا يدخل عليها في ذلك المحل ولا ينظرها وان كان له ان يدخل محلا آخر في هذا البيت فاذا فرضنا ان البيت الذي كانا يسكنانه قبل الطلاق ضيقاً ليس فيه الا محل واحد او كان به محال ولكن الرجل غير دين فيخرج هو من البيت وتبقى هي مقيمة به حتى تنقضي عدتها لان المطلوب شرعا بقاء المرأة في البيت الذي حصل الطلاق وهي ساكنة فيه حتى تنقضي عدتها كما ستعرفه في العدة ويترتب على ازالته الملك ايضاً انه اذا مات احدهما في العدة فلا يرثه الآخر بخلاف الطلاق الرجعي فانه اذا طلق رجل زوجته طلاقا رجعياً ومات احدهما وهي في العدة ورثه الآخر لانه لا يزيل الملك فالزوجية باقية فيجري التوارث بينهما ولكن عدم جريان الارث بين الزوجين اذا مات احدهما في عدة الطلاق البائن ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل

وبيانه ان الطلاق البائن اما ان يقع من الزوج في حال صحته او في حال مرضه مرض الموت فان كان الثاني فاما ان توجد قرينة تدل على ان غرضه حرمانها من الارث او لا توجد

اليها في مدة الاشهر الاربعة التي هي اقل مدة للحرة بانت بواحدة وسقط الايلاء ان كان مؤقتا

فان كان الطلاق فى حال الصحة فلا يرث كل منهما صاحبه ولو مات فى العدة ولوكان قصده حرمانها من الارث ومثل هذا فى الحكم ما اذا وقع الطلاق فى حال المرض وليست هناك قرينة تدل على ان غرضه حرمانها من الارث كما اذا طلبت منه الطلاق البائن مختارة فاوقعه او قال لها خالعتك في نظير عشرين جنيهاً مثلا فقبلت او قال لها طلقي نفسك بائنا ان شئت ففعلت ومات وهى فى العدة فانها لاترثه ايضا لانه لم يوجد منه قصد حرمانها من الارث اذ يطالبها الطلاق البائن وبقبولها دفع بدل الخلع وبايقاعها الطلاق عند تفويضه اليها رضيت باسقاط حقها فينعدم التعدي منه فلا ترثه أما اذا كان الطلاق البائن فى حال مرض الموت وقامت القرينة على ان غرضه حرمانها من الارث ومات وهي فى العدة فترثه لانه والحالة هذه يكون فاراً من ارثها فيرد عليه قصده .

وليس هذا الحكم خاصا به بل هي مثله ويبنى عليه انها اذا باشرت سبب الفرقة بان زوجها غير الاب والجد بكفء وبمهر المثل فاختارت فسخ العقد عند البلوغ وماتت وهي في العدة فان كان هذا الاختيار حال الصحة فلا يرثها وان كان في حال مرضها مرض الموت وقامت قرينة على ماذكر ورثها وسيأتى زيادة ايضاح لهذه المسئلة فى طلاق المريض — انظر مادة (٢٤٦)

(مادة ٢٤٦) الطلاق البائن بينونة صغرى وهو ما كان دون الثلاث يحل قيد النكاح ويرفع احكامه ويزيل ملك الزوج في الحال ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وتستتر المرأة فى بيتها ويجعل بينه وبينها حجاب فلا يدخل عليها ولا ينظرها . وان ضاق عنهما البيت اولم يكن دينا فاخراجه منه اولى . وان مات أحدهما فى العدة فلا يرثه الآخر الا في حال فراره أو فرارها بشرطه المذكور فى طلاق المريض

ويترتب على ان الطلاق البائن بينونة صغرى لايزيل الحل ان المطلق له ان يردّ زوجته اليه سواء كان ذلك فى العدة او بعد انقضائها لان الحل الاصلى باق مالم يتكامل العدد وهو الثلاث ولكن لابد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لان الملك قد زال بخلاف الطلاق الرجعى فلا يشترط فى ارجاعها اليه شيء مما ذكر مادامت في العدة لان الملك لم يزل واما غير المطلق فيجوز له ان يتزوجها بعد انقضاء العدة وفي العدة لايجوز لئلا يشتبه النسب ولكن المطلق له ذلك لانه لا اشتباه فى النسب فابيح له تزوجه بها في العدة — انظر مادة(٢٤٧)

ومتي وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى وهو ما كان بالثلاث ويسمي بالطلاق البت زال الملك والحل معا فلا يجوز له ان يعقد عليها ولو رضيت الا بعد أن يتزوجها غيره ولا بد ان يكون هذا التزوج صحيحاً نافذا ويطأها ذلك الغير وطأ حقيقياً فالخلوة الصحيحة لاتكفى لحلها للاول ولا بد أن يكون هذا الوطء في المحل المباح شرعا ويشترط أن يكون هذا الوطء موجباً للغسل بان يلتقي الختانان ثم بعد ذلك تقع الفرقة بينه وبينها سواء كان بالطلاق أو بالموت وتمضى عدة هذه الفرقة

ولا فرق في هذا الحكم بين ما اذا كانت المطلقة ثلاثا مدخولا بها أو غير مدخول بها وان كانت المدخول بها يقع عليها الثلاث سواء كان بكلمة واحدة كأنت طالق ثلاثا أو متفرقا كأنت طالق أنت طالق أنت طالق

(مادة ٢٤٧) الطلاق البائن بينونة صغرى لايزيل الحل فلا تحرم المبانة بما دون الثلاث على مطلقها بل له ان يتزوجها فى العدة وبعدها انما لايكون ذلك الا برضاها=

وأما غير المدخول بها فلا يقع عليها الثلاث الا اذا كان بكلمة واحدة فان كان متفرقا فلا يقع الا الاولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة والفرق بينهما ان المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها فبمجرد قوله لها أنت طالق بانت منه لا الى عدة فتصادفها الثانية وهى أجنبية منه فلا تقع بخلاف المدخول بها فان عليها العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل للطلاق فتقع كل منهما وقد تقدمت لك هذه المسئلة موضحة في شرح مادة (٢٢٤)

وانما كانت المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى لاتحل لزوجها الا بما ذكر لقوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره) والمراد الطلقة الثالثة بدليل قوله تعالى قبل هذه الآية (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ثم الغاية نكاح الزوج الثاني مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بالنكاح الصحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو ما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها « ان رفاعة بن سموال القرظى طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت مع رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته »

ويعقد ومهر جديدين ويمنع غيره من نكاحها في العدة

وعن ابن عمر « قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها هل تحل للاول قال لا تحل للأول حتى يجامعها » وهذه الاحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير ان يراد بالنكاح في الآية العقد وعلى تقدير ارادة الوطء تكون موافقة له فلا اشكال ولان الشارع حث على عدم الفرقة الا اذا كانت هناك داعية اليها كما عرفته أول كتاب الطلاق لانها تزيل العقد الذى تترتب عليه المصالح الدينية والدنيوية ولذا لم يشرع الطلاق مرة واحدة بل جعل ثلاثا لان النفس كذوبة وربما تظهر عدم الحاجة الى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليجرب نفسه أولا وثانيا فالشارع لما علم من الازواج ما ذكر قال انه اذا وقع الطلاق مرة او مرتين منكم فلا يترتب عليه امر تكرهه النفوس ولكن احذروا من وقوع الثالثة فانها لو حصلت فلا يمكن ارجاع الزوجة كما جاز ذلك اول وثاني مرة بل لا بد من حصول شيء تكرهه نفوسكم فلا تقدموا على الطلاق من غير تفكر وروية خصوصاً الطلقة الثالثة — انظر مادة (٢٤٨)

ومتى وقع الطلاق بائنا بينونة كبرى وتزوجت المطلقة بغير زوجها بالشروط المتقدمة في المادة السابقة وعادت لزوجها الاول فانها تعود اليه

(مادة ٢٤٨) الطلاق البت يزيل في الحال الملك والحل معا فمن طلق زوجته الحرة من نكاح صحيح ثلاث طلقات بكلمة واحدة قبل الدخول او بعد الدخول سواء كانت الثلاث متفرقات او غير متفرقات يحرم عليه ان يتزوجها حتى تنكح غيره نكاحا صحيحا نافذا ويطأها وطأ حقيقيا فى المحل المتيقن موجبا للغسل ثم يطلقها او يموت عنها وتمضى عدتها . وموت الزوج الثاني قبل وطئها لا يحلها للاول

بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات وهذا باتفاق

واما المطلقه بائنا ببنونة صغرى ان عادت لزوجها فقيه تفصيل وبيانه أنها اما ان تعود اليه قبل ان تتزوج بغيره او بعده فان كان بعد الزواج فاما ان يدخل بها الزوج الثاني اولا فان عادت اليه قبل ان تتزوج بغيره سواء اعادها وهي في العدة او بعد انقضائها عادت اليه بما بقي له من الطلقات الثلاث في الملك الاول اتفاقا .وان عادت اليه بعد تزوجها بغيره ولكن قبل ان يدخل بها فكذلك.وان كان بعد الدخول بها ففيه خلاف فالامام الاعظم وابو يوسف يقولان تعود اليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات فيكون الزوج قد هدم الطلقات السابقة كما هدم الثلاث فيثبت حل جديد للزوج الاول وقال الامام الشافعي ومحمد تعود اليه بما بقي له من الطلقات الثلاث في الملك الاول واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بما روى عن سعيد بن جبير قال كنت جالساً عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها أو مات عنها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس

واستدل الشافعي ومحمد بان هذا الحديث روى بسند آخر عن سيدنا عمر وسيدنا على انها تعود اليه بما بقي فالمسئلة خلافية بين الصحابة ايضاً ولان الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص وهو قوله تعالى (فان

طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) اذ كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو الحرمة الغليظة لانها معلقة بالثلاث ولا يثبت شئ من الحكم ببعض أركان العلة فلا يصير الزوج الثانى غاية قبل وجودها لاستحالة وجود الغاية ولا مغيا والمعول عليه قول أبى حنيفة وأبي يوسف — انظر مادة (٢٤٦)

والطلاق بجميع أقسامه أى سواء كان رجعيا أو بائناً وسواء كان البائن بائناً ببينونة صغرى أو كبرى لايقع على المرأة الا بعد عقد الزواج اذ الاجنبية غير محل له ولا بد ان يكون العقد صحيحاً فان كان غير صحيح فلا يقع الطلاق أصلا ويبنى على ذلك انه لو عقد رجل على امراة وكان العقد صحيحاً واوقع عليها طلاقا وقع وترتب عليه حكمه سواء كان رجعياً او بائناً فان كان العقد غير صحيح فلا يقع ولا يترتب عليه حكم فاذا طلقها ثلاثا فى هذه الحالة وارادردها اليه فلا داعي الى تزوجها بغيره بل له ان يردها بعقد صحيح قبل ذلك فيملك عليها ثلاث طلقات لان الطلاق الاول غير واقع اذ الطلاق انما يقع بعد العقد الصحيح ولكن لايجوز ان يستعمل هذا الحكم حيلة لهدم وقوع الثلاث في كل حال من الاحوال بل لابد من ان يكون العقد غير صحيح في الحقيقة ومن هذا تعلم فساد ما يستعمله بعضهم وهو انه عند ما يقع الطلاق الثلاث على رجل ولم يروا حيلة لعدم وقوعه من كونه مكرها أو سكران مثلا ينظرون

(مادة ٢٤٩) نكاح الزوج الثانى يهدم بالدخول مادون الثلاث من الطلقات السابقة كما يهدم الثلاث ويثبت حلا جديدا فتعود المراة للزوج الاول اذا تزوجها بملك جديد اى يملك عليها ثلاث طلقات لو حرة

الى اصل العقد فان رأوا انه تزوجها بلا ولى وكانت بالغة عاقلة او بلا شهود عدول يقولون ان العقد غير صحيح على مذهب الامام الشافعي وبناء عليه فلا يقع الثلاث فلا داعي الى المحلل ولكن بالتأمل ترى ان هذه الحيلة باطلة الاينبغي استعمالها اصلا لان الناس يقلدون مذهب ابي حنيفة وقت العقد والامام الشافعى يقول بصحة التقليد فاذا سئل عن هذا العقد اجاب بصحته فلا يجوز أن يحكم عليه بالفساد وايضاً من المقرر أن حكم القاضى يرفع الخلاف ولا شك فى ان عقود الزواج ترفع الى القاضي العام فيحكم بصحتها وبناء عليه تكون صحيحة عند الجميع — انظر مادة (٢٥٠)

(الفصل الثالث في تعليق الطلاق)

قد عرفت في شرح مادة (٢٢٢) انه لايشترط اللفظ فى ايقاع الطلاق بل كما يقع باللفظ يقع بالكتابة وعرفت أنواع الكتابة ايضاً وما يقع به الطلاق منها وما لا يقع فى المادة المذكورة وكما انه لايشترط اللفظ لوقوعه كذلك لا يشترط ان يكون الطلاق منجزاً بل كما يصح ان يكون منجزاً يصح ان يكون مضافاً الى زمن مستقبل ويصح ان يكون معلقاً فالمنجز هو ما كان بصيغة مطلقة اي غير مقيدة بشرط ولا مضافة الى وقت كقول الرجل لزوجته انت طالق أوانت حرام وهذا يقع في الحال بلا انتظار شيء آخر

(مادة ٢٥٠) الطلاق لايلحق المنكوحة نكاحا فاسدا فالفرقة فيه متاركة لاطلاق حقيقى فمن طلق منكوحته فاسدا ثلاثا فله ان يتزوجها بعقد صحيح بلا محلل ويملك عليها ثلاث طلقات

والمضاف الى زمن مستقبل كقول الرجل لزوجته انت طالق بعد عشرة أيام مثلا وهذا لا يقع الا عند انتهاء المدة المحددة لان الزوج ما قصد ايقاعه في الحال بل بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد

واما التعليق فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى فالجملة الاولى هي جملة الجزاء والثانية جملة الشرط والمضمون هو ما تضمنته الجملة من المعنى كقول الرجل لزوجته ان دخلت دار فلان فأنت طالق أو ان وصلك كتابي هذا فأنت بائن ففي الجملة الاولى ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار وفى الثانية ربط حصول طلاقها بوصول الكتاب

وهذا لا يقع به الطلاق الا عند حصول مدلول جملة الشرط لان الزوج لم يرد وقوع الطلاق في الحال بل علق وقوعه على شيء مخصوص فاذا لم يحصل هذا الشئ فلا يقع . والطلاق وان كان لا يقع بمجرد التعليق بل عند حصول المعلق عليه الا انه يقال للتعليق يمين ويترتب عليه انه اذا حلف شخص ان لا يحلف فعلق طلاق زوجته على حصول شئ حنث في يمينه السابق لانه حلف — انظر مادة (٢٥١)

وعند ما يعلق شخص طلاق زوجته على حصول شيء من الاشياء وهو مدلول فعل الشرط فلا يخلو الحال من احد امور ثلاثة الاول ان يكون

(ماده ٢٥١) الطلاق لفظيا كان او بالكتابة يصح ان يكون منجزا او معلقا فالمنجز ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة الي وقت وهذا يقع في الحال والمعلق ما كان معلقا بشرط او حادثة او مضافا الي وقت وهذا يتوقف وقوعه على =

مدلول فعل الشرط معدوما وقت التعليق ويجوز حصوله الثاني ان يكون مدلول فعل الشرط محققا اي موجودا وقت التعليق الثالث ان يكون معدوما ويستحيل حصوله

فان كان الاول كما اذا قال الرجل لزوجته ان كلمت فلانا او خرجت بغير اذني فانت طالق كان التعليق صحيحا وينتظر حصول الشيء المعلق عليه الطلاق وهو تكليم فلان في المثال الاول والخروج بغير اذنه في المثال الثاني فان وجد وقع الطلاق وان لم يوجد فلا يقع

وان كان الثاني وهو ما اذا كان مدلول فعل الشرط محققا كما اذا قال لها ان لبست هذا الثوب فأنت طالق وهي لابسة له او ان ركبت هذه الدابة فأنت طالق وكانت راكبة لها فلا يخلو الحال من احد امرين

الاول أن يكون مدلول فعل الشرط من الافعال التي تقبل الامتداد الثاني ان يكون من الافعال التي لا تقبل الامتداد فالاول كالاقامة واللبس والركوب فان كلا منها من الافعال التي تقبل الامتداد ولذا يصح عرفا ان تقول اقمت في هذا البيت سنة ولبست هذا الثوب شهرا وركبت هذه الدابة ساعتين مثلا

فان علق طلاق زوجته على شيء من هذه الاشياء بان قال لها ان لبست هذا الثوب فأنت طالق وكانت لابسة له ومضى زمن تمكن فيه من خلعه ولم تخلعه وقع الطلاق لان هذه الافعال لبقائها حكم ابتدائها اعني انه اذا قال لها ان لبست هذا الثوب فأنت طالق ولم تكن لابسة له فلا يقع الطلاق الا اذا

وجود الشرط او الحادثة او حلول الوقت المضاف اليه • والتعليق يمين

بتدأت لبسه فاذا كانت لابسة له واستمرت على لبسه مع التمكن من خلعه وقع الطلاق ايضاً لان البقاء له حكم الابتداء فكأنها باستمرارها على لبسه مع التمكن من الخلع ابتدأت لبسا جديدا فيقع كما اذا كانت غير لابسة له وقت التعليق ولبسته

والثاني وهو ما اذا كان مدلول فعل الشرط من الافعال التي لاتقبل الامتداد كالخروج والدخول كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت هذه الدار فانت طالق وكانت داخلة فيها وقت تعليق الطلاق فلايقع الطلاق ولواستمرت داخل الدار سنين ما لم تخرج منها ثم تدخلها لان الدخول لا يمتد اذ هو عبارة عن الانفصال من خارج الى داخل وهذا الانفصال يسير جداً فلا يقبل الامتداد ولذا لايحسن عرفاً ان تقول دخلت البيت شهراً وانما تقول اقمت فيه مدة كذا فلا يقع الطلاق باستمراره وانما يقع عند انشاء دخول آخر غير الحاصل وقت التعليق. ومثل الدخول الخروج فاذا قال رجل لزوجته ان خرجت من هذا البيت بغير اذني فانت طالق وكانت خارجه وقت اليمين فلا يقع الطلاق ولواستمرت خارج البيت اياماً وانما يقع اذا دخلت البيت ثم خرجت منه بغير اذنه

وان كان الثالث وهو ما اذا كان مدلول فعل الشرط معدوما ويستحيل حصوله كما اذا قال لها ان دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق كان التعليق لاغيا فلا يقع الطلاق لا في الحال لانه ليس منجزا ولا في الاستقبال لان الطلاق المعلق على شئ لايقع الا عند حصول هذا الشيء واذا كان الشيء المعلق عليه مستحيلا اي لايتأتى حصوله اصلا فلا فائدة في صحة التعليق لانه

لايجيء وقت من الاوقات يمكن حصوله فيلغوا التعليق فى الحال

ولا يصح التعليق الا اذا كان هناك اتصال بين جملة فعل الشرط وجملة الجواب كما في الامثلة المتقدمة فان فصل بينهما كما اذا قال رجل لزوجته انت طالق وسكت وبعد ذلك قال لها ان كلمت فلانا فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يكون الفصل لغير عذر الثاني ان يكون لعذر فان كان الاول فلا يصح التعليق بل يقع الطلاق فى الحال وان كان الثاني كما اذا قال لها انت طالق فأخذه السعال أو العطاس أو أمسك أحد فمه فلم يقدر على الاتيان بقوله ان دخلت الدار وبعد زوال العذر أتى به فوراً صح التعليق فلا يقع الطلاق الا اذا وجد مدلول فعل الشرط

وكما يلغو الطلاق المعلق على أمر مستحيل كذلك يلغو الطلاق فى أحوال:

الحالة الاولى الطلاق المدخول فيه الشك كما اذا قال رجل لزوجته انت طالق أو غير طالق أو أنت طالق أولا فلا يقع شئ لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع فلا يقع

الحالة الثانية الطلاق المضاف لحالة منافية لايقاعه كما اذا قال رجل لامرأته طلقتك قبل ان أتزوجك فانه لايقع شئ لانه اضاف الطلاق لحالة منافية للملكية الطلاق اذ قبل تزوجها لايملك عليها طلاقا ومثل هذا قوله طلقتك وانا نائم أو صبي فانه لايقع أيضاً لانه في حال النوم ووقت الصبا ليس أهلا لايقاع الطلاق فاذا أضافه الى حالة منافية لايقاعه يلغو

الحالة الثالثة الطلاق المضاف لحالة منافية لوقوعه كما اذا قال رجل لامرأته

طلقتك قبل ان اتزوجك فلا يقع شئ لانها قبل تزوجه لها ليست محلا للطلاق والطلاق لايقع الا اذا كانت المرأة محلا له فاذا أضافه لوقت ليست المرأة فيه محلا للطلاق يلغو

الحالة الرابعة الطلاق المعلق على المشيئة الالهية فاذا قال رجل لزوجته انت طالق ان شاء الله فلا يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أوعتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث » ولان مشيئة الله تعالى لا يطلع عليها أحد فكان اعداما للجزاء كقوله تعالى (حتى يلج الجمل فى سم الخياط) ويشترط فى عدم وقوع هذا الطلاق شرطان : الاول ان يكون قوله ان شاء الله تعالى متصلا به فلو كان منفصلا عنه فاما ان يكون الفصل لعذر أو لغير عذر فان كان الاول كالسعال والعطاس وامساك الفم فلا يقع الطلاق أيضاً وان كان الثاني وقع الطلاق . الثاني ان يكون قوله ان شاء الله تعالى مسموعا فلو قاله سرا ولم يسمع وقع طلاقه

ومثل هذا ما اذا قال الرجل لزوجته انت طالق وسكت ثم قال ثلاثا فان كان السكوت لعذر وقع الثلاث وان كان لغير عذر فلا يقع الا واحدة — وكذا اذا استثنى بعض الطلقات التي اوقعها اولا كما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا الا واحدة او اثنتين فان كان متصلا فلا يقع في المثال الاول الاثنتان وفى الثانى يقع واحدة وان كان منفصلا ففيه التفصيل المتقدم .

ومن الناس من جوز الاستثناء مادام الحالف فى المجلس وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا ولكن هذا لايعول عليه أصلا بل لابد ان يكون الاستثناء متصلا حتى يكون معولا عليه ولذلك ادلة منها قوله تعالى

(لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته) الآية فلو جاز الاستثناء منفصلا لما كان لايجاب الكفارة معنى لان الحالف كان يستثني في يمينه بأن يقول ان شاء الله فلا تلزمه الكفارة

ومنها قوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو جاز الاستثناء منفصلا لما كان لهذا معنى اذ كانوا يستثنون بعد ما طلقوا نساءهم ثلاثا فلا يكون هناك داع الى تزوجها بغيره

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » ولو جاز الاستثناء منفصلا لامره به ولما وجبت الكفارة أبداً

وروى ان أبا جعفر المنصور دعا ابا حنيفة رضى الله تعالى عنه وقال له لم خالفت جدي في الاستثناء فقال له لحفظ الخلافة عليك فانك تأخذ عقد البيعة بالايمان والعهود الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك فقال له أحسنت — انظر مادة (٢٥٢)

فقد علمت ان حكم التعليق انه متى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق واذا لم يوجد فلا يقع ولكن هذا الحكم لا يلزم الا في حالتين : الحالة الاولى ان تكون المرأة محلا للطلاق بأن يكون عقد الزواج قائما ولم يحصل طلاق

(مادة ٢٥٢) يشترط لصحة التعليق ان يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا ولا منفصلا الا لعذر فالمعلق على محقق ينجز فيما لبقائه حكم ابتدائه . والتعليق على امر محال لغو وكذا يلغو الطلاق المدخول فيه الشك والطلاق المضاف لحالة منافية لايقاعه اووقوعه وكذلك المعلق على المشيئة الالهية مسموعا متصلا لا منفصلا الا لعذر

أصلا أو حصل طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى وكانت المرأة في العدة فاذا قال الرجل لزوجته التي لم يوقع عليها طلاقاً أو أوقعه وكان غير بائن بينونة كبرى ولم تنقض عدتها ان كلمت فلانا فأنت طالق لزمه حكم هذا التعليق فان وجد مدلول فعل الشرط وهي في الملك وقع الطلاق واذا لم يوجد أصلا أو وجد وهي في غير الملك فلا يقع

الحالة الثانية ان تكون المرأة ليست محلا للطلاق وقت التعليق بأن كانت غير معقود عليها ولكنه اضاف الطلاق الى سبب الملك وهو التزوج فاذا قال رجل لامرأة أجنبية منه ان تزوجتك فأنت طالق لزمه حكم هذا التعليق فمتى حصل التزوج وقع الطلاق لانه وان كان لا يملك ايقاع الطلاق حالا الا انه اضافه الى سبب ملكه وهو التزوج فيصح التعليق ويلزم حكمه فمتى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق

اما اذا لم يوجد تعليق الطلاق في احدى هاتين الحالتين بان كانت المرأة المعلق طلاقها على حصول شئ ليست في الملك حقيقة ولا حكما بأن كانت أجنبية منه ولم يضف الطلاق الي سبب الملك وذلك بأن يقول لها ان كلمت فلانا فأنت طالق فلا يلزم حكم هذا التعليق . وينبني على هذا انه اذا وجد مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان فلا يقع الطلاق سواء وجد قبل تزوجها أو بعده اذ هي ليست محلا للطلاق قبل التزوج فلا يقع وأما بعد التزوج فهي وان كانت محلا للطلاق لكن التعليق لا يلزم حكمه الا اذا وجد في احدى الحالتين المتقدمتين ولم يوجد فلا يقع

وقال الامام الشافعي والامام احمد رضى الله تعالى عنهما لا يلزم حكم

التعليق الا في الحالة الاولى وهي ان تكون المرأة محلا للطلاق وأما في الحالة الثانية فلا يلزم حكمه سواء خصص او عمم

فاذا قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق او ان تزوجت فلانة فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق فلا يصح هذا التعليق اصلا وينبني ذلك انه لوحصل التزوج ووجد مدلول فعل الشرط فلايقع الطلاق

والامام مالك رضى الله تعالى عنه يوافق في الحالة الاولى ويفصل في الحالة الثانية فيقول ان خصص امرأة بأن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او بلداً بأن قال كل امرأة اتزوجها من البلدة الفلانية فهي طالق او صنفا بان قال كل بكر او كل ثيب اتزوجها فهي طالق لزم هذا التعليق وان عمم بان قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فلا يلزمه حكمه

واستدل الشافعي واحمد بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نذر لابن آدم فيما لايملك ولا طلاق لابن آدم فيما لايملك ولا بيع فيما لايملك » وباحاديث كثيرة وردت في هذا الموضوع وبان ابن عباس سئل عن هذه المسئلة فقال قال الله تعالى (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن) شرع الله الطلاق بعد النكاح فلاطلاق قبله ولان المحل شرط للطلاق كأهلية الزوج فكما انه لايجوز التعليق بالاهلية من غير من هو اهل للطلاق كالصبي يقول اذا بلغت فامرأتي طالق فكذا لا يصح في غير المحل ولو أضافه لسبب الملك ولانه يضاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع اصلا

والامام مالك يقول ان في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح بخلاف التخصيص فان له ان يتزوج بغير المخصصة

والحنفية يقولون ان التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاق لأنه لا يكون طلاقا الا بعد الوصول الى المحل فما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لاجل الطلاق لا لأجل الحلف ويطعنون فى كل الاحاديث التى وردت فى هـذا الباب أو يقولون لو صحت حملت على التنجيز لا على التعليق . ولكن هذا الحمل ظاهر في بعض الاحاديث مثل قوله عليه الصلاة والسلام « لا طلاق قبل النكاح » ولا يظهر في البعض الآخر مثل ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه خطب امرأة فأبي اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح اذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا . ومما تقدم من الادلة يعلم ان مذهب الامام الشافعي والامام احمد هو الظاهر — انظر مادة (٢٥٣)

وما دامت المرأة المعلق طلاقها على حصول شيء موجودة فى عصمة الزوج فاليمين المعلقة باقية ففي اي زمن وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق اما لو انحل قيد الزواج وخرجت المرأة من عصمته فاما ان يكون انحلاله بالبائن بينونة صغرى او بالبائن بينونة كبرى

فان كان الاول فاليمين المعلقة باقية فان وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت الى عصمته وقع الطلاق المعلق

وينبنى على هذا ان الزوج اذا قال لزوجته ان خرجت بغير اذني فانت

(ماده ٢٥٣) يشترط في لزوم التعليق ان يكون فى ملك النكاح حقيقة او حكما

طالق وقبل ان تخرج بغير الاذن نجز عليها طلاقاً بائناً سواء كان واحدة او اثنتين ثم اعادها الى عصمته سواء كان في العدة او بعدها ثم خرجت بغير اذنه وقع الطلاق المعلق لأن مدلول فعل الشرط لم يوجد قبل هذا الوقت والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين سواء كان الطلاق المعلق واحدة او اثنتين او ثلاثا الا انه اذا كان ثلاثا فلا يقع منه الا ماهو باق له من طلقات هـذا الملك — انظر مادة (٢٥٤)

وان كان الثاني وهو ما اذا كان انحلال قيد النكاح بالبائن بينونة كبرى بطلت اليمين المعلقة فان وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت الى عصمته فلا يقع شيء وينبني على هذا ان الزوج اذا قال لزوجته ان كلمت فلانا فانت طالق واحدة او اثنتين او ثلاثا وقبل حصول مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان انحل قيد نكاحها بالبائن بينونة كبرى بان نجز عليها الطلاق الثلاث ثم عادت اليه بعـد التحليل ووجد مدلول فعـل الشرط فلا يقع الطلاق المعلق اصلا لان الحل قد زال بوقوع الثلاث المنجزة .

وانما كان زوال الملك غير مبطل لليمين المعلقة وزوال الحل مبطل لها

اى حال قيامه اوفى عدة الطلاق الرجعي او البائن فى بعض صوره او مضافا الي الملك فان اضافه المعلق الي امراة اجنبية منه ثم تزوجها ووقع الشرط بعد تزوجها فلا يلزمه ولا تطلق المرأة بوقوعه

(مادة ٢٥٤) زوال ملك النكاح بوقوع طلقة بائنة او ثنتين لايبطل اليمين المعقودة حال قيامه فمن علق طلاق امراته بمادون الثلاث اوبها لو حرة ثم ابانها بما دون الثلاث منجزا قبل وجود الشرط ثم تزوجها ووجد الشرط يقع الطلاق المعلق كله

لان الزوج لا يملك الا طلقات الملك الذي حصل فيه الطلاق وهي الثلاث وبما ان زوال الملك الذي يكون بطلقة واحدة او اثنتين يبقي شيئاً من الثلاث فلا تلغو اليمين بالنسبة للباقي بخلاف زوال الحل فانه لا يكون الا بالثلاث فتكون طلقات هذا الملك قد انتهت فلا يسري اليمين على طلقات ملك لم يحصل فيه التعليق

وكما يبطل التعليق بزوال الحل يبطل ايضاً بزوال امكان البر المصحح للتعليق وينبني على هذا ان الزوج اذا كان مديناً لزوجته فطلبت منه قضاء الدين فقال لها ان لم ادفعه لك في مدة شهر مثلا فانت طالق ثلاثا فابرأته من هذا الدين في اثناء الشهر فاذا انقضى الشهر فلا يقع الطلاق المعلق لان دفعه الدين بعد الابراء منه غير ممكن فيبطل التعليق فلا يقع الطلاق . وأن الزوج اذا قال لزوجته ان لم تردّي عليّ الشيء الفلاني في هذه الساعة فأنت طالق وتناوله بنفسه قبل مضي الساعة فلا يقع الطلاق لانه لا يمكنها رد الشيء عليه بعد اخذه . وان الزوج اذا ظن ان زوجته أخذت نقوداً من كيسه فقال لها ان لم تردّي النقود التي اخذتيها من هذا الكيس فانت طالق ثلاثا وتبين بعد اليمين انها لم تاخذ شيئاً منه فلا يقع الطلاق لانه يستحيل ان ترد شيئا لم تاخذه وامثلة هذا المبحث كثيرة جداً والذكي يمكنه ان يقيس على ما ذكر امثلة لا تحصر — انظر مادة (٢٥٥)

(مادة ٢٥٥) زوال الحل بوقوع الثلاث يبطل تعليق مادون الثلاث والثلاث أيضا للحرة فمن علق مادون الثلاث أو الثلاث للحرة ثم نجز الثلاث قبل وجود الشرط ثم تزوجها بعد التحليل بطل التعليق بحيث لو وجد الشرط لا يقع شيء من الطلقات التي علقها في الملك الاول

والاداة التي علق الطلاق على حصول مدلول ما بعدها لا يخلو حالها من أحد امرين

الاول ان لا تفيد التعميم الثاني ان تفيده فالاولى مثل إن واذا والثانية كـكل وكلما ففي الاولى متى وجـد مدلول فعل الشرط مرة انحلت اليمين فاذا وجد مرة ثانية فلا يترتب على هـذا الوجود شئ وفى الثانيـة لاتحل اليمين باول مرة بل تبقى لمرة ثانية وثالثة على التفصيل الذي سيلقى عليك فى شرح المـادة الآتية

وينبني على هذا ان الرجل اذا قال لزوجته ان خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت أول مرة انحلت اليمين سواء كان خروجهـا وهي في عصمته او بعد زوال العصمة فلا فرق بينهما في انتهاء اليمين وانمـا الفرق فى وقوع الطلاق وعدم وقوعه

وبيـان ذلك أنه ان وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة او حكما انحلت اليمـين ووقع الطلاق وان وجـد والمرأة ليست فى الملك لاحقيقة ولا حكما انحلت اليمين ايضاً ولا يقع الطلاق

وينبنى على هذا ايضاً أن الرجل اذا قال لزوجته ان خرجت من هذا البيت فأنت طـالق فخرجت قبـل ان ينجز عليهـا طلاقا وقع الطلاق لان الشرط وجد وهي فى ملـكه حقيقة فتكون محلا له فينزل الجزاء وهو الطلاق فيقع وتنحل اليمين بمعنى انه ان وجد مدلول فعل الشرط مرة ثانية وهى فى الملك فلايقع طلاق لان الاداة لا تفيد التعميم

ومثله ما اذا نجز عليها طلاقاً قبل حصول مدلول فعل الشرط سواء كان رجعياً او بائناً بينونة صغرى ولكن قبل انقضاء عدتها خرجت من البيت فان الطلاق يقع ايضاً لحصول مدلول فعل الشرط وهي في الملك حكما لكونها في العدة فيصادف الطلاق محله فيقع وتنحل اليمين ايضاً لما تقدم

وقال الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان الطلاق المنجز رجعياً ووجد مدلول فعل الشرط وهي في العدة وقع الطلاق وان كان بائناً فلا يقع لان الملك قد زال

ولكن محل وقوع الطلاق عند حصول مدلول فعل الشرط اذا لم تكن المرأة مضطرة فاذا قال لها ان خرجت من هذا البيت بغير اذني فأنت طالق فحصل للدار حرق او غرق فخرجت بغير اذنه فلا يقع الطلاق لانها مضطرة

اما اذا نجز عليها طلاقا بعد التعليق ثم بعد انقضاء العدة وجد المحلوف عليه فلا يقع الطلاق ومع ذلك تنحل اليمين

اما عدم وقوع الطلاق فلانه لم يصادف محله اذ وقت حصوله كانت المرأة اجنبية فهي ليست محلا للطلاق فلا يقع واما انحلال اليمين فلوجود المحلوف عليه مرة والاداة لا تفيد التكرار

وينبني على هذا الاصل وهو انه متى وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة او حكما انحلت اليمين ووقع الطلاق ومتى وجد وهي ليست في الملك اصلا انحلت اليمين ولا يقع الطلاق ان الرجل اذا علق طلاق زوجته بالثلاث على شئ لا يستغني عنه بان قال لها ان تاجرت في كذا فانت طالق ثلاثا فظهر له بعد ذلك انه لا يستغني عن التجارة في هذا الشئ ولكن ان اتجر

يقع الطلاق الثلاث مع انه يريد ابقاء زوجته وان لم يتجر فلا يقع الطلاق ولكن هو فى حاجة الى الاتجار فحينئذ ينجز عليها طلقة واحدة وينتظر حتى تنقضي عدتها فيتجر في المحلوف عليه ثم يعقد على زوجته فاذا استمر في التجارة فلا يقع الطلاق لان المحلوف عليه وجد وهى خارجة عن الملك فتنحل اليمين ولا يقع الطلاق .

وعلى قول الامام الشافعي لاداعى الى انقضاء عدة الطلاق متى كان بائناً وهو اسهل فى هذا الموضوع — لنظر مادة (٢٥٦)

فقد علم من هذا ان اداة التعليق ان كانت لا تفيد التكرار فلا يحنث الحالف الا مرة واحدة لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط

فان كانت تفيد التكرار والعموم حنث الحالف اكثر من مرة والادوات التى تفيده هى كل وكلما ولكن بينهما فرق وهو ان كلمة كل تقتضي عموم الاسماء وكلما تقتضى عموم الافعال لان كلة كل تدخل على الاسماء وكلما تدخل على الافعال فتفيد كل واحدة منهما عموم ما دخلت عليه فاذا وجد اسم واحد او فعل واحد فقد وجد المحلوف عليه فتنحل اليمين في حقه فقط وتبقى فى حق غيره من الاسماء والافعال

وينبني على هذا ان الرجل اذا قال كل امراة أتزوجها فهى طالق فتزوج

(مادة ٢٥٦) تنحل اليمين ولا يبقى لها عمل بعد وجود الشرط سواء كان وجوده فى الملك أو بعد زواله لكن ان وجد تمامه والمرأة في الملك حقيقة أوفى عدة الطلاق يقع عليها الطلاق وان وجد بعد زواله فلا يقع شئ

امراة وقع عليها الطلاق وانحلت اليمين فى حقها فقط وبقيت في حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك فلا يقع شيء

واما كلما فلا يخلو حالها من احد امرين الاول ان تدخل على غير سبب الملك الثاني ان تدخل على سبب الملك

فان كان الاول افادت التكرار ولكن تكرارها ينتهي بانتهاء الثلاث كما اذا قال رجل لزوجته كلما زرت اختك فانت طالق فانها هنا دخلت على الزيارة وهي ليست سبباً لملك الطلاق فان وجدت الزيارة اول مرة والمراة فى الملك حقيقة او حكما وقع الطلاق وان وجدت مرة ثانية بالشرط المتقدم وقع طلاق ثان وان وجدت مرة ثالثة وقع طلاق ثالث فاذا تزوجت بغيره ثم عادت لزوجها الاول ووجدت الزيارة فلا يقع الطلاق

وان كان الثاني وهو دخولها على سبب الملك فلا ينتهي بالثلاث فاذا قال رجل كلما تزوجت امراة فهي طالق فانها دخلت على التزوج وهو سبب ملك الطلاق فان وجد تزوج اي امراة كانت وقع الطلاق فان تزوجها ثانياً وقع طلاق ثان فان عقد عليها ثالثاً وقع ثالث فاذا تزوجت بغيره وعقد عليها الاول بعد التحليل وقع الطلاق لان اليمين في هذه الحالة لا تنتهي اصلا

وانما قالوا ان كلما ان دخلت على غير سبب الملك تنتهي اليمين بثلاث طلقات ولو دخلت على سبب الملك لا تنتهي ابداً لان المحلوف عليه في الحالة الاولى طلقات الملك الذي حصل تعليق الطلاق فيه وهي متناهية فتنتهي اليمين بانتهائها — والمحلوف عليه فى الحالة الثانية هو التزوج وهو لا نهاية له فكلما وجد وقع الطلاق لانه غير متناه — ولا تنس ما تقدم لك من

مذاهب الائمة الاخر فانهم يقولون ان التعليق لا يصح الا اذا كان في الملك فلو قال رجل كل امراة اتزوجها او كلما تزوجت امرأة فهي طالق فلا يصح هذا التعليق اصلا فله ان يتزوج بمن شاء ولا يقع الطلاق — وهو ظاهر المراد — انظر مادة (٢٥٧)

وتعليق الطلاق اما ان يكون على شئ واحد او على شيئين فان كان على شئ واحد كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان فأنت طالق ووجد مدلول فعل الشرط وهي في الملك حقيقة او حكما وقع الطلاق بلا انتظار شئ آخر. وان كان على شيئين كما اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان ودار فلان فانت طالق او ان كلمت فلانا وفلانا فانت طالق ثلاثا فلا يقع الطلاق بوجود واحد منهما بل ينتظر حصول الثاني فان وجد والمرأة في الملك حقيقة او حكما وقع الطلاق وان لم يوجد اصلا اووجد ولكن وقت وجوده كانت المرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكما فلا يقع الطلاق فمتى وجد الثاني من الامرين وهي في الملك وقع الطلاق ومتى وجد وهي خارجة عن الملك فلا يقع — وهذه المسئلة لها اربع صور

(مادة ٢٥٧) لايحنث الحالف في يمين واحدة أكثر من مرة في جميع أدوات الشرط الا اذا استعمل كلة كلما. فان ادخلها على غير التزوج بان قال لامرأته كلما زرت اختك فأنت طالق فلا تنتهي اليمين الا بالزيارة الثالثة وفي كل زيارة يحنث حتى اذا انتهت الثلاث ثم تزوج المرأة بعد زوج آخر فلا يقع عليها الطلاق ان زارت . وان دخلها على سبب الملك وهو التزوّج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فلا تنتهي اليمين بالثلاث بل تطلق المرأة بكل تزوج ولو بعد زوج آخر

الاولى . ان يوجد كل من الامرين والمراة فى الملك وهذه يقع فيها الطلاق وصورتها ان يقول رجل لزوجته ان دخلت دار فلان ورآك فيها فانت طالق ثلاثا وقبل حصول الفرقة بينهما دخلت دار فلان ورآها فيها وقع الطلاق المعلق وهو الثلاث لوجود الامرين وهى محل للطلاق

الثانية — ان يوجد الاول وهى خارجة عن الملك والثانى وهى فى الملك فيقع الطلاق ايضاً وصورتها ان يقول رجل لزوجته ان كلمت فلانا وفلانا فانت طالق ثلاثا وقبل ان تكلم واحداً منهما نجز عليها طلاقا وكلمت واحداً منهما بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فكلمت الآخر وقع الطلاق لان الامرين وجدا وعند وجود آخرهما كانت المرأة محلا للطلاق فيقع

الثالثة — ان يوجد الامران وهى خارجة عن الملك وفي هذه الحالة لا يقع الطلاق وصورتها انه بعد ان نجز عليها طلاقا فى المثال المتقدم في الصورة الثانية كلمت فلانا وفلانا بعد انقضاء عدتها فلا يقع الطلاق لان الامرين وان وجدا لكن وقت الوجود ليست المراة محلا للطلاق اذ هى في غير الملك فلا يقع

الصورة الرابعة . ان يوجد الاول وهى في الملك والثاني وهى خارجة عن الملك وفي هذه لا يقع الطلاق ايضاً وصورتها أن تكلم واحدا منهما قبل ان ينجز عليها طلاقا ثم يطلقها وبعد انقضاء العدة تكلم الآخر فلا يقع لان الامرين وان وجدا الا انه في حالة وجود الثاني لم تكن المراة محلا له فلا يقع — انظر مادة (٢٥٨)

(مادة ٢٥٨) اذا علق الزوج الطلاق على شرطين او على شيئين فان وجدا أو الثاني منهما والمرأة في الملك حقيقة او حكما وقع الطلاق والا فلا

والشئ المعلق عليه وقوع الطلاق لا يخلو حاله من احد امرين الاول ان تمكن معرفته من غير الزوجين كدخولها دار فلان مثلا الثاني أن لا تمكن معرفته الا منها كحيضها ومحبتها لشئ مخصوص وعلى كل فاما ان يتفق الزوجان على وجوده او يختلفا فان اتفقا وقع الطلاق المعلق وان اختلفا فاما ان يكون مدعى وجوده هو الزوج او الزوجة فان كان الزوج يقع ايضاً لان له انشاءه وان كانت الزوجة ففي الاول يكون القول للزوج الا اذا اقامت بينة وفي الثاني يكون القول لها في حقها خاصة

وينبني على ذلك انه اذا قال رجل لزوجته ان دخلت دار فلان أو كلمت فلانا فأنت طالق ثلاثا وبعد ذلك أخبرت بانها دخلت داره او كلمته فان صدقها الزوج وقع الطلاق لانهما اتفقا على وجود الشئ المعلق عليه وقوعه فيقع ومثل هذا ما اذا كان المدعي لوجوده هو الزوج ولو أنكرت فانه يقع كما هو ظاهر لان في امكانه ايقاعه في الحال وان كذبها فالقول له والبينة لها لان الزوج متمسك بالاصل وهو عدم الشرط فكان الظاهر شاهداً له والقول قول من يتمسك بالاصل ولأنه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه والقول قول المنكر فان أقامت بينة على دعواها قبلت لانها مدعية ونورت دعواها بالحجة فتقبل لان كلا من دخولها الدار وتكليمها لفلان يمكن معرفته من غيرهما واذا قال لها ان كنت تحبين فلاناً فأنت طالق فقالت أحبه وقع الطلاق مطلقا اي سواء صدقها الزوج او كذبها لانه بالتصديق اتفقا على وجود ماعلق الطلاق على وقوعه فيقع وبالتكذيب يقع أيضا لان هذا شئ لا يعلم الا من جهتها فيكون القول لها في حق نفسها فتطلق وهذا من جهة الاستحسان والقياس يأبي

الوقوع في هذه الحالة ويجعل القول له كما اذا كان مدلول فعل الشرط تمكن معرفته من غيرهما ووجهه ان الزوجة تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا تصدق الا بحجة كغيره من الشروط ووجه الاستحسان ان هذا امر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها ان تتحرى لا يقعا في الحرام اذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعا فيجب طريقه وهو الاخبار وتعينت هي له فيجب قبول قولها ليخرجا عن عهدة الواجب

وقبول قولها في هذه الحالة لا يسري الا عليها فاذا كان طلاقها وحدها معلقاً على شيء لا يعلم الا من جهتها وأخبرت صدقت استحسانا وان كذبها الزوج لما تقدم

أما اذا علق طلاق غيرها معها على الشيء الذي لا يعلم الا من جهتها كما اذا قال رجل لزوجته ان حضت فأنت طالق وفلانة ثم أخبرت بانها حاضت فاما ان يصدقها الزوج او يكذبها فان صدقها وقع الطلاق عليهما لثبوت الحيض بتصديقه وان كذبها قُبِل قولها في حق نفسها لما تقدم ولا يقبل بالنسبة للتي معها لانها متهمة في حق ضرتها فلا يقبل قولها حتى يعلم انها حاضت حقيقة اذ الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه الى غيره. وقبول قول الشخص في حقه لا في حق غيره ليس غريبا لان له نظائر كثيرة منها ما اذا اقر احد الورثة بدين لشخص على المورث ولم تصدقه باقي الورثة فيقتصر على نصيبه. ومنها اذا اقر المشتري بالمبيع لشخص يدعي استحقاقه ولم يصدقه البائع فانه يؤمر بتسليمه اليه ولا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره حجة قاصرة عليه فلا يتعدى

الى البائع

ولا يقبل قولها في حق نفسها الا اذا اخبرت والحيض قائم فاذا قالت حضت وطهرت فلا تصدق اذا كذبها الزوج لانها اخبرت عما هو الشرط حال فواته فلا تصدق

وانما لم نأت في التقسيم بالشيء الذي لا يعلم الا من جهة الزوج لان حكمه في غاية الوضوح وهو ان القول قوله وان كذبته الزوجة لان التعليق في هذه الحالة صوري وفي الحقيقة هو تنجيز فاذا قال رجل لزوجته ان كنت أحب كذا فأنت علىّ حرام ثم قال انا أحبه بانت منه وان كذبته لان محبة هذا الشيء لا تعلم الا من جهته وقد اخبر بها والظاهر من اخباره انها كانت موجودة وقت التعليق فيكون مدلول فعل الشرط محققاً لديه فكأنه قال لها انت علىّ حرام خصوصاً وان التكذيب لا فائدة فيه لانه يملك انشاء الطلاق

ولا ينبغي للرجال ان يعلقوا طلاق أزواجهم على شيء لا مساس له بحقوق الزوجية كطلوع الشمس او مجيء الغد أو محبة العذاب أو بغض النعيم لان هذا يعد حمقا وسفاهة عند العقلاء فاللائق بالعاقل ان يعلق طلاق زوجته على شيء بحيث لو اتت به لا يرضاها زوجة له كتكليمها لشخص لا ثقة له به وخروجها من بيته بغير اذنه وذهابها الى محل فيه شبهة وايذاء أولاده واسرافها في ماله — انظر مادة (٢٥٩)

(مادة ٢٥٩) مالا يعلم وجوده الا من المرأة فلا تصدق الا في حق نفسها خاصة فان علق طلاقها وطلاق ضرتها على حيضها فقالت حضت ولم يصدقها الزوج طلقت هي باقرارها دون ضرتها. وان كان الحيض قد انقطع عنها فلا يقبل قولها

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في تفويض الطلاق للمرأة)

اعلم ان كل شخص يملك تصرفا من التصرفات له ان يتولاه بنفسه وله ان يقيم غيره مقامه ليفعله ولا شك في ان الزوج يملك طلاق زوجته متى كان أهلا لايقاع الطلاق فحينئذ له ان يوقعه بنفسه وله ان ينيب غيره ليوقعه وهذا الغير اما ان يكون غير الزوجة واما ان يكون هو الزوجة المراد ايقاع الطلاق عليها فان كان غيرها سميت هذه الانابة توكيلا وان كانت هي الزوجة سميت الانابة تفويضاً لان غيرها يكون عاملا لغيره وهي عاملة لنفسها وهذا هو الفرق بين التوكيل والتفويض ولهذا لو أمر رجل زوجته بايقاع الطلاق على نفسها وعلى ضرتها كان هذا الامر بالنسبة اليها تفويضاً ولضرتها توكيلا وكل من التوكيل والتفويض له أحكام تخصه فالوكيل له ان يتولى الموكل فيه سواء كان في مجلس التوكيل أو بعده ويملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء اذا لم يتعلق بالتوكيل حق الغير بخلاف المفوض اليه فانه لابد ان يباشر الشيء في المجلس ولا يملك المفوض الرجوع عن التفويض قبل الجواب لان التفويض تمليك يخص المفوض اليه وهذه التمليكات تقتضي الجواب في المجلس كما اذا قال شخص لآخر بعت لك هذا البيت بالف جنيه مثلا فلا بد من ان يجيب عن هذا الايجاب في المجلس الذي صدر فيه حتى لو قام أو وجد منه مايدل على الاعراض لم يصح قبوله

وينبني على هذا ان الزوج اذا أمر زوجته بايقاع الطلاق على نفسها سواء

كان بتخييرها نفسها او بجعل أمرها بيدها او بتعليق الطلاق على مشيئتها فليس له ان يرجع قبل جوابها وليس لها ان توقع الطلاق بعد المجلس الذي علمت فيه بهذا التفويض مالم يكن مؤقتاً بوقت اوكان هناك مايدل على عدم التوقيت بالمجلس كقوله اختاري نفسك في أي وقت شئت — انظر مادة (٢٦٠)

وتفويض الطلاق للمرأة يكون باحد أمور ثلاثة. الاول التخيير بان يقول لها اختاري نفسك . الثاني الامر باليد بان يقول لها أمرك بيدك . الثالث تعليق صريح الطلاق على مشيئتها بان يقول لها طلقي نفسك ان شئت فالاول والثاني من كنايات الطلاق والثالث من صريحه

فمتى قال الرجل لزوجته اختاري نفسك او امرك بيدك ناويا تفويض الطلاق اليها فقد ملكها اياه فهي حينئذ مخيرة بين عدم ايقاع الطلاق الذي فوضه اليها و بين ايقاعه ولا يشترط دائماً ان يكون الايقاع في مجلس التفويض لان ذلك يختلف باختلاف صيغته وحضور الزوجة وغيبتها وبيانه ان الزوجة اما ان تكون موجودة في مجلس التفويض او غير موجودة وعلى كل فاما ان يكون التفويض مطلقاً او مؤقتاً بوقت معين او فيه مايدل على التعميم فالصور ستة وكل منها له حكم يخصه

فالاولى وهي ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وكان مطلقا بان قال لها اختاري نفسك او امرك بيدك ناويا الطلاق فليس لها ان توقعه الا في هذا

(مادة ٢٦٠) للزوج ان يفوض الطلاق للمرأة ويملكها اياه اما بتخييرها نفسها او جعل امرها بيدها او بتفويضه لمشيئتها ولا يملك الزوج الرجوع عن التفويض بعد ايجابه قبل جواب المرأة

المجلس ولو طال زمنه فان قامت منه بطل خيارها وليس قيامها هو الوحيد في ابطال خيارها بل لو وجد منها مايدل على الاعراض ولو كان في المجلس بطل خيارها ايضاً

والثانية ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وهو مؤقت بوقت معين كما اذا قال لها اختاري نفسك في ظرف عشرة ايام مثلا فلا يتقيد بالمجلس بل لها ان تختار نفسها مادام الزمن الذي عينه لم ينقض فان انتهى بطل خيارها لانه ملكها شيأ في زمن مخصوص فلا يثبت لها في غيره

والثالثة ان تكون حاضرة في مجلس التفويض وفيه مايدل على التعميم كما اذا قال لها امرك بيدك متى شئت فلا يتقيد بالمجلس ايضاً بل لها ان تختار نفسها في اي وقت شاءت كما يقتضيه التفويض

والرابعة ان تكون غائبة والتفويض مطلق كما اذا قال جعلت امر زوجتي فلانة بيدها ناويا تفويض الطلاق اليها فلا يتقيد بهذا المجلس بل بالمجلس الذي علمت فيه ولو طال زمن عدم العلم

والخامسة ان تكون غائبة والتفويض مؤقت بوقت معين فان بلغها قبل مضي الوقت فلها ان توقع الطلاق مادام الوقت باقياً وان بلغها بعد مضيه بطل خيارها لانه فوضه اليها في وقت مخصوص فلا يثبت في غيره

والسادسة ان تكون غائبة وفيه مايدل على التعميم كما اذا قال جعلت امر زوجتي بيدها متى شاءت فلا يتقيد بمجلس علمها بل لها ان تطلق نفسها في أي وقت شاءت كما هو مقتضى التفويض — انظر مادة (٢٦١)

(مادة ٢٦١) اذا قال الزوج لامرأته اختاري نفسك او أمرك بيدك ناويا

والتفويض لا يوجب على المرأة أن توقع الطلاق بل تخير بين ايقاعه وعدمه ولذا لو قالت اخترت زوجي لم يقع .ولو قالت اخترت نفسي اوطلقت نفسي في الزمن الذى تملك ذلك فيه كما عرفته فى شرح المادة السابقة وكان التفويض بالتخيير او الامر باليد فاما ان ينوى الزوج طلقة واحدة او اثنتين او ثلاثا فان نوى واحدة او اثنتين فلا تقع الا واحدة بائنة وان نوى ثلاثا فان كان التفويض بلفظ الامر باليد وقع مانوى وان كان بلفظ التخيير فلا يقع الا واحدة بائنة فان صرح بالثلاث فى التخيير وطلقت وقع الثلاث وانما كانت الطلقة الواقعة بائنة لان التخيير ينبئ عن الخلاص من ذلك الملك وهو لا يكون الا بالبينونة اذ لو كان الواقع رجعياً لما حصلت فائدة التخيير لأن له ان يراجعها شاءت او أبت

وانما لم تصح نية الثلاث فى قوله اختارى وصحت فى الامر باليد لأن الاختيار ينبئ عن الخلاص وهو غير متنوع بخلاف ما اذا قال لها انت بائنة ونوي ثلاثا فانها تقع لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فايهما نوى

تفويض الطلاق اليها فلها ان تختار نفسها مادامت فى مجلس علمها مشافهة ان كانت حاضرة أو اخبارا ان كانت غائبة ولو طال المجلس ماطال مالم تقم او تعرض فان قامت منه قبل صدور جوابها أو اتت قبله بما يدل على اعراضها بطل خيارها مالم يكن التفويض معلقا بمشيئتها بأداة تفيد عموم الوقت او مؤقتا بوقت معين فان كان معلقا بمشيئتها بأداة تفيد العموم فلها اختيار نفسها متى شاءت وان كان مؤقتا فلا يبطل خيارها الا بمضي الوقت حتى لو كانت غائبة ولم تعلم بالتفويض الا بعد فوات الوقت المعين فلا خيار لها

صحت نيته وبخلاف الامر باليـد لانه ينبئ عن التمليك وضعاً بصيغة العموم كقوله تعالى (والامر يومئذ لله) وقوله(قل ان الامر كله لله) وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز . كذا قالت الحنفية وغيرهم بقول يقع مانوى سواء كانت واحدة او اثنتين او ثلاثا بأي لفظ كان كما تقدم لك نظيره فى شرح مادة (٢٢٨) ومذهب غير الحنفية هو الظاهر — انظر مادة (٢٦٢)

فقد علمت ان التفويض يكون بالتخيير وبالامر باليـد وبصريح لفظ الطلاق معلقاً على مشيئة المرأة وان الاول والثانى كناية فلا بد من النيـة او دلالة الحال وأما الثالث فانه صريح فاذا قال رجل لزوجته طلقي نفسك فطلقت في الوقت الذي تملك فيه ذلك كما علمته فى شرح مادة (٢٦١) وقع الطلاق رجعياً سواء نوى اولم ينو لان الصريح لا يحتاج فيـه الى النية — انظر مادة (٢٦٤)

وعند ما يفوض الزوج الطلاق لزوجته بصريح لفظ الطلاق لايخلوالحال من احـد امرين الاول ان يكون التفويض مرسلا اي غـير مقيد بصريح المشيئة كقوله طلقي نفسك واحدة الثانى ان يكون مقيدا بها كطلقى نفسك

(مادة ٢٦٢) اذا قالت المفوض اليها الاختيار او التي جعل امرها بيدها في مجلس علمها اخترت نفسى او طلقت نفسى بانت بواحدة سواء نوى الزوج بذلك واحدة اوثنتين وتصح نية الثلاث في الامر باليد ولا تصح في التخيير

(مادة ٢٦٣) اذا فوض الطلاق لمشيئة المرأة وقال لها بصريح لفظه طلقى نفسك فطلقت في المجلس تقع واحدة رجعية

ثنتين ان شئت وعلى كل فاما ان توقع الزوجة ما فوضه اليها اوتخالف فان خالفت فاما ان تكون المخالفة في العدد او فى الوصف فان كانت في العدد فاماان تكون باقل او بأكثر وكل صورة من هذه الصور لها حكم يخصها

فان كان التفويض مرسلا بان قال لها طلقى نفسك واحدة او طلقى نفسك ثنتين او ثلاثا فان وافقت بان اوقعت واحدة في الاول وثنتين في الثاني وثلاثا في الثالث وقع ما اوقعته لاتفاقهما عليه

وان خالفت في العدد وكانت المخالفة بأقل كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة او ثنتين وقع ما اوقعته اتفاقا لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة لان من ملك شيئا ملك كل جزء من اجزائه . وان كانت المخالفة بأكثر بان قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثنتين او ثلاثا فقال الامام لايقع شيء وقال الصاحبان تقع الواحدة التى فوضها الزوج لها واستدلا بانها اتت بما تملكه وزيادة فيقع ما تملكه وتلغو الزيادة وهذا نظير مااذا طلقها الزوج الفا فانه يقع ثلاث لانه اتى بما يملك وبما لايملك فيقع ما يملك ويلغو الزائد واستدل ابو حنيفة بانها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة لاممتثلة لأمره وسببه ان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لاتركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وهي مثله في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث أما في هذه المسئلة فلم تملك الثلاث ولا الثنتين فلم تأت بما فوض اليها فيلغو الكل والظاهر من الدليلين

مذهب الصاحبين — انظر مادة (٢٦١)

وان خالفت في الوصف وكان التفويض مرسلا ايضاً بان امرها بيائن فأوقعت رجعياً او بالعكس وقع ما امر به الزوج اتفاقاً ويلغو ما وصفت به لكونها مخالفة فيه وسبب هذا أن الزوج لما عين صفة المفوض اليها فخالفتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصارت كأنها اقتصرت على الاقل فيقع بالصفة التى عينها الزوج بائنا او رجعيا

وان كان التفويض مقيدا بصريح المشيئة بان قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت او ثنتين او ثلاثا ان شئت فان وافقت فالامر ظاهر وان خالفت في العدد فان كانت المخالفة بأقل كما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة او ثنتين فلا يقع شيء اتفاقا لان معناه ان شئت الثلاث فصارت مشيئة الثلاث شرطا لوقوعه وهى بايقاع الواحدة او الثنتين لم تشأ الثلاث فلم يوجد الشرط فلايقع شيء. وان كانت المخالفة بأكثر كما اذا قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فقال الامام لايقع شيء لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة وقال الصاحبان تقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط فتقع والظاهر مذهب الامام

وان خالفت فى الوصف فى هذه الحالة بان قال لها طلقى نفسك بائنا

(مادة ٢٦٤) المخالفة فى اصل العدد تبطل الجواب لوخالفت باكثر لابأقل فاذا فوض الزوج للمرأة تطليقة واحدة فطلقت نفسها ثلاثا فلا يقع شيء. ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا او ثنتين فطلقت واحدة وقعت الواحدة

ان شئت او طلقي نفسك رجعيا ان شئت فطلقت رجعيا فى الاول وبائنا في الثاني فلا يقع شيء اتفاقا لان معناه ان شئت البائن او الرجعى فاوقعيه فاذا شاءت غيره فقد اتت بغير المفوض لها فلايقع شيء — انظر مادة (٢٦٥)

الفصل الخامس

فى طلاق المريض

اعلم ان تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح فان الثانى اذا وهب أو تصدق أو باع شيئاً من املاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئا باكثر منها ولم يكن محجورا عليه لصغر أو سفه مثلا جازت كل هذه التصرفات من كل ماله فليس لاحد حق فى المعارضة بخلاف المريض فان هذه التصرفات ان كانت لوارث فلاتنفذ الا باجازة بقية الورثة ولو كان الشيء المعطي له اقل من ثلث المال وان كانت لغيروارث فلا تنفذ الا من الثلث اذا لم تجز الورثة. وان طلق الصحيح زوجته طلاقا بائنا ومات في عدتها فليس لها حق فى الميراث لزوال العصمة بخلاف المريض فانها ترثه لانه والحالة هذه يكون فارا (هاربا) من ارثها فيرد عليه قصده فترثه ان مات وهي في العدة

ولكن ليس كل مريض يكون حكمه ماذكر بل المريض مرض الموت

(مادة ٢٦٥) المخالفة في الوصف لاتبطل الجواب بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوض به الزوج فلو امرها ببائن فخالفت او برجعى فعكست الجواب فانه يقع ما أمر به وهذا اذا لم يكن الطلاق معلقا بمشيئتها فان كان معلقا بمشيئتها وخالفت فى الوصف بطل الجواب رأسا وكذا لو خالفت فى العدد ولو باقل

وقد اختلفوا فيه على اقوال كثيرة والمعول عليه منها أنه هو المرض الذى يكون الغالب فيه موت المريض ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد ان كان قادرا عليها وهذا يختلف باختلاف الاشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوقي والكاتب والمدرس والقاضي ولا يشترط فيه ان يقعد صاحبه في الفراش وهذا في حق الرجل وأما في حق المرأة فهو المرض الذى يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت فلا بد في مرض الموت بالنسبة لهما من امرين وهما غلبة الهلاك منه والعجز عن القيام بالمصالح فاذا حصل العجز المذكور من المرض وانتفت غلبة الموت فلا تسرى عليه الاحكام المتقدمة فاذا عجز كل منهما عن القيام بمصالحه بسبب الرمد او كسر رجل مثلا فلا يعد هذا مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك — انظر مادة (٢٦٦)

وليس المريض وحده هو الذي تسري عليه الاحكام المتقدمة بل هناك اصحاء يلحقون به وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبا فان الاحكام السارية على المريض مرض الموت تسري عليهم وينبنى على هذا أنه اذا تبارز رجلان او حكم على شخص بالاعدام لارتكابه جريمة القتل مثلا وقدم ليقتص منه او كان شخص فى سفينة تلاطمت عليها الامواج وخيف غرقها ومن باب اولى ما اذا غرقت بالفعل او افترس سبع شخصاً وبقي حياً في فمه وتصرف كل منهم في هذه الحالة بتصرف فيه تبرع فلا ينفذ الا من الثلث ان كان

(مادة ٢٦٦) المرض الذى يصير به الرجل فارًّا بالطلاق من توريث زوجته ولا تنفذ تبرعاته الا من الثلث هو الذى يغلب عليه فيه الهلاك ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد ان كان قادرا عليه سواء اقعده فى الفراش اولم يقعده

لغير وارث ولم تجز الورثة فان اجازت نفذ من الكل وان كان لوارث فلا ينفذ الاباجازة باقي الورثة ولو كان اقل من الثلث ومثل هذا ما اذا ابان امرأته فانها ترثه ان مات فى هذه الحالة وهى في العدة لان الغالب في هذه الاحوال الهلاك فيتحقق به الفرار (الهروب) من الارث فيرد عليه قصده وترث — انظر مادة (٢٦٧)

وبعض الامراض لا يستمر طويلا كالتيفوس فان من مرض به يبرأ او يموت فى زمن غير بعيد فلو تصرف صاحبه فان صح أو مات سرت عليه احكام الاصحاء او المرضي وبعضها قد يمكث زمنا طويلا كالسل والنالج فاذا تصرف المريض بواحد منهما اختلفت الاقوال فى اعتباره صحيحا أو مريضا مرض الموت فبعضهم يقول مادام يزداد مابه فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضا مرض الموت وان لم يزدد فكالصحيح . ومن قائل ان لم يرج برؤه بتداوفهو مريض وان كان يرجى فهو صحيح وبعضهم يقول لو طال وصار بحال لايخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحاً وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة وبعضهم اعتبر العرف وبعضهم يقول ان لم يصر صاحب فراش فهو صحيح والا فهو مريض و بعضهم يقول غير ماذكر ولكن المعول عليه منها أنه مادام يزداد مابهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بان تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في احوالهم تعتبر تصرفاتهم بعد

(مادة ٢٦٧) من يخاف عليه الهلاك غالبا كمن خرج من الصف يبارز رجلا او قدم للقتل من قصاص او خاف الغرق فى سفينة تلاطمت عليها الامواج حكمه حكم المريض الغالب عليه الهلاك

السنة كتصرفات الصحيح فاذا وهب واحد منهم أو باع شيئاً من املاكه بنصف قيمته مثلا او اشترى شيئا بضعف قيمته نفذ من كل المال وليس لاحد حق في معارضته وان طلق زوجته طلاقا بائنا فلا يعد فاراً (هاربا) من ارثها فاذا مات وهى في العدة فلا ترثه — انظر مادة (٢٦٨)

فقد علمت مما تقدم أن من كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت منه او واقعاً فى حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً وطلق امرأته طلاقاً بائناً وهو كذلك ورثته لانه يعتبر هاربا من ارثها فيجعل عقد الزواج باقياً ويرد عليه قصده فترثه ولكن لاتستحق الارث الا بشروط — الاول ان يوقع الطلاق المذكور طائعاً فلو كان مكرهاً فلا ترث لانه مضطر فى ايقاعه فليس له قصد سيء حتى يرد عليه الثاني ان يكون بغير رضا الزوجة فلو طلبت منه الطلاق البائن مختارة فاوقعه فلا ترث لانها رضيت باسقاط حقها الثالث ان يموت فى هذا المرض او وهو على تلك الحالة سواء كان بذلك السبب او بغيره بأن قتل في مرضه فان برىء الزوج او زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة او حادثة اخرى وهي في العدة فلا ترثه وبعضهم يقول لا ترثه الا اذا مات بالسبب الذي ظن موته به اذ مرض الموت هو ما يكون سبباً له ولم يوجد والاول يقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض موته وان حقها لم يكن

(مادة ٢٦٨) المفقود والمسلول والمفلوج مادام يزداد مابهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بان تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير في احوالهم فتصرفاتهم بعد السنة في الطلاق وغيره كتصرفات الصحيح

ثابتاً فى ماله فترث

الرابع ان يموت والمرأة في العدة فلو مات بعد انقضائها فلا ترث لان سبب الارث يمكن اعتباره في العدة لا بعدها لان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها وقد امكن اذ النكاح في العدة يبقي في حق بعض الاحكام فجاز ان يبقى في حق ارثها منه بخلاف ما اذا مات بعد انقضاء العدة لانه لاسبيل الى التوريث اذ لم يعهد بقاء شئ من آثار النكاح بعدها .وورد التصريح بذلك عن عمر وعائشة وابن مسعود وغيرهم . والعدة بالنسبة لها تعتبر بابعد المدتين اعنى مدة عدة الوفاة وعدة الطلاق فلو كانت من ذوات الحيض فان كانت تحيض ثلاث حيض فى أقل من اربعة اشهر وعشرة ايام اعتدت عدة الوفاة لانها ابعد المدتين وان كانت الحيض الثلاث تستغرق اكثر من هذا الزمن اعتبرت بالحيض

الخامس ان تكون مستحقة للميراث وقت الطلاق فان كانت غير مستحقة كما اذا كانت رقيقة او كتابية ثم عتقت او أسلمت قبل موته فلا ترث لعدم قصده الحرمان من الارث اذ هو غير ثابت فى هذه الحالة لوجود المانع منه وهو الرق في الاول واختلاف الدين في الثاني

السادس ان تستمر اهليتها من وقت الابانة الى وقت الموت فلو وجدت الاهلية عند الابانة والموت ولكنها انقطعت اثناء الزمن الفاصل بينهما فلا ترث فاذا ابانها وهي مسلمة فارتدت واسلمت ومات وهى في العدة فلا تستحق الميراث لانها بردتها سقط حقها فلا يعود بالاسلام اذ الساقط لا يعود

ومن هذا يظهر لك ان التوارث فى هذه الحالة لا يكون من الجانبين بل هى التى ترثه ان مات في عدتها فاذا ماتت هى في العدة فلا يرثها لانه اسقط حقه بهذا الطلاق البائن لأنه يزيل احكام النكاح

وقال الشافعى رحمه الله لا ترث المبانة مطلقاً اي سواء كانت الابانة في حال الصحة او في حال المرض

واستدل بان السبب وهو الزوجية قد ارتفع قبل الموت بالطلاق البائن فصار كما لو طلقها قبل الدخول بها اذ سبب الارث شيئان وهما الزوجية او النسب وقد انعدما قبل الموت فصار كما لو طلقها في صحته

واستدلت الحنفية بما روى ان سيدنا عثمان بن عفان ورّث تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد ابانها في مرضه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعاً ولان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى انقضاء العدة لبقاء بعض الاحكام كما ردت تبرعاته في حق الدائن والوارث وكما رد قصد القاتل فلم يرث من المقتول بخلاف ما اذا ماتت هي فانه لا يرثها لان الزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب ارثه منها لاسيما اذا رضى هو بعدم الارث ولا يمكن ابقاء السبب بعد انقضاء العدة لانه يؤدي الى توريثها من زوجين فيما لو تزوجت بعد انقضاء العدة والى توريث اكثر من اربع نسوة من رجل واحد فيما اذا كان متزوجاً اربعا وطلق احداهن وبعد انقضاء العدة تزوج بغيرها ثم مات وان كان بعض الائمة يقول به — انظر مادة (٢٦٩)

(مادة ٢٦٩) من كان مريضا مرضا يغلب عليه الموت منه اوواقعا فى حالة خطرة

فالذى ظهر من الشروط المتقدمة لتوريث المطلقة طلاقا بائنـا فى حالة يغلب على الزوج فيها الهلاك سواء كان مرضاً او غيره ان كل مسئلة يظهر فيها ان غرض الزوج حرمان زوجته من الارث ترث وكل مسئلة لا يظهر فيهـا ذلك لا ترث وينبنى على ذلك ان المرأة ترث زوجها اذا مات وهى في العدة وكانت مستحقة للميراث في الصور الآتية .

الاولى اذا طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت ان يطلقهـا رجعياً فطلقها بائناً سواء كانت البينونة صغرى او كبرى لان الطلاق الرجعى الذى سالته لا يزيل النكاح فلا يمنع من الميراث فلم تكن بسوء المعاراضية ببطلان حقها فاذا خالف واوقع البائن دل ذلك على ان غرضه حرمانها من الارث فيرد عليه قصده فترث.

الثانية اذا لاعنها فى مرضه وفرق بينهما سواء كان القذف الموجب للعان حصل في حال الصحة او فى حال المرض والتفريق بعد اللعان وان كان لها دخل فيه لانه لا يحصل الا بعد صدوره منهما لكنها مضطرة لدفع عار الزنا عن نفسها فيضاف سبب الفرقة اليه لا اليها فلا يسقط حقها في الميراث وسيأتى فى اللعان فى شرح مادة (٣٣٤) وما بعدها

الثالثة اذا آلى منها وهو مريض ومضت مدة الايلاء في المرض حتى

يخشى منها الهلاك غالبا وأبان امرأته وهو كذلك طائعا بلا رضاها ومات في المرض وهو على تلك الحالة بذلك السبب او بغيره والمرأة في العدة فانها ترث منه اذا استمرت اهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت فان برئ الزوج من مرضه او زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة او حادثة اخرى وهي فى العدة فانها لا ترثه

بانت منه بعدم قربانها الان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان فكأنه قال لها اذا امضى اربعة اشهر ولم اقربك فيها فأنت بائن فكان يمكنه ان يقربها في المدة ويكفر عن يمينه فاذا لم يقربها دل ذلك على قصده حرمانها من الارث فيرد عليه قصده ولا بد ان يكون الايلاء في المرض فلو كان في حال الصحة ومضت المدة وهو مريض حتى بانت منه ومات في العدة لم ترث لعدم قصده حرمانها من الارث اذ المرض الذي يعقبه الموت المترتب عليه الارث غير موجود وقت الايلاء وقد تقدم لك الايلاء في شرح مادة (٢٤٥) — انظر مادة (٢٧٠)

وينبني على الاصل المتقدم في أول شرح هذه المادة أن المرأة لا ترث زوجها في المسائل الآتية

الاولى اذا اكره الزوج على ابانتها بوعيد تلف بان قال له شخص ان لم تطلق زوجتك طلاقا بائنا اوقعت بك كذا من الاذى لانه في هذه الحالة ليس عنده قصد سيء حتى يرد عليه فلا ترث . الثانية اذا طلبت المرأة منه ان يطلقها بائناً ففعل اذ بطلبها الطلاق البائن مع علمها بأنه يزيل احكام النكاح ويترتب عليه عدم الارث قد رضيت باسقاط حقها فلا

(مادة ٢٧٠) ترث المرأة ايضا زوجها اذا مات وهي في العدة وكانت مستحقة للميراث في الصور الآتية

(الاولى) اذا طلبت من زوجها وهو مريض ان يطلقها رجعيا فأبانها بما دون الثلاث او بثلاث

(الثانية) اذا لاعنها في مرضه وفرق بينهما

(الثالثة) اذا آلى منها مريضا ومضت مدة الايلاء في المرض حتى بانت منه بعدم قربانها

ترث لكن يشترط ان تكون مختارة في هـذا الطلب فلو اكرهت عليـه فلا يسقط حقها اذ الرضا بعدم الارث غير موجود لان الاكراه لعدم الرضـا فلا يسقط حقها في الميراث فلو سألتـه الطلاق الرجعي ورثت لانه لا يزيل الملك فلا يسقط حقها فى الميراث فلم تكن راضية باسقاط حقها

الثالثة اذا طلقها رجعياً وبعـده قبلت واحـدا من أصوله أو فروعـه بشهوة او مكنته من نفسها فان كلا منهما يترتب عليه حرمة المصاهرة فصارت محرمة على زوجها كما تقدم في شرح مادة (٢٥) فتكون هى التي باشرت سبب الفرقة والزوج وان اوقع الطلاق قبل ذلك الا انه رجعي وهو لا يزيل الملك ولا الحل فيضاف سبب الفرقة اليها لا اليه فلا ترث ولا فرق بين ان يكون التمكين برضاها او بغيره لانه ان كان باختيارها فقد رضيت بابطال حقها وان كانت مكرهة لم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق به الارث لوقوع الفرقة بفعل غيره حتى اذا كان هو المكره لهـا على التمكين ورثت لانه بذلك ينتقل اليه فيصير كالمباشر فكأنه هو الذي باشر سبب الفرقة ويعلم حكم ما اذا فعلت باحد أصول الزوج وفروعه قبل حصول الطلاق ما يوجب حرمة المصاهرة مما تقدم بالاولوية وهو انها لا ترث لانه اذا سقط حقها بهذا الفعل بعد الطلاق الرجعي فمن باب اولى سقوط الحق اذا حصل قبل الطلاق

الرابعة اذا آلى منها وهو صحيح فمرض ومضت مدة الايلاء وهو مريض فاذا قال رجـل لامرأته وهو صحيح والله لاأقربك اربعـة اشـهر ثم مرض ومضت هذه المدة بانت منه فاذا مات وهى فى العدة فانها لا ترثه لعدم قصده حرمانها من الارث وقت الايلاء لان المرض الذي يعقبـه الموت الذي هو

شرط في الارث غير موجود وقت الايلاء والزوج وان كان متمكنا من ابطاله بقربانها فى المدة لكن تمكنه لايكون خاليا عن ضرر يلحق به وهو كفارة اليمين فلم يكن متمكنا مطلقا فلا يقال انه هارب من ارثها

الخامسة ان يكون لهادخل في سبب الفرقة كالخلع فاذا قال لها خالعتك فى نظير عشرين جنيها وقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال فلو مات فى عدتها لم ترثه لانها اذا لم ترض بدفع بدل الخلع فلا يقع الطلاق فرضاها به يبطل حقها. ومثله التخيير فاذا قال لها اختاري نفسك فاختارت ومات فى عدتها فلا ترثه اذ باختيارها نفسها قد رضيت باسقاط حقها لانها اذا لم تختر نفسها فلا يقع الطلاق حتى اذا وجد دليل عدم الرضا بأن أكرهت على قبول بدل الخلع او اختيارها نفسها فلا يسقط حقها ومثله اختيارها نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الاب والجد وهى صغيرة وكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فان الزواج في هذه الحالة صحيح ولكن اذا بلغت فلها ان تختار نفسها وتفسخ العقد فاذا كان هذا الاختيار وزوجها مريض مرض الموت ومات في عدتها فلا ترثه لانها بهذا الاختيار أسقطت حقها في الميراث

ومثل الفرقة بالاختيار الفرقة بالجب والعنة فاذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا اوعنينا ورفعت الامر الى القاضي طالبة الفرقة وكان هذا الطلب فى مرض موته وفرق بينهما ومات فى عدتها فلا ترثه لان الفرقة جاءت من قبلها

السادسة اذا كانت الزوجة غير مستحقة للميراث وقت الابانة ثم استحقته بعدها فاذا ابان المريض مرض الموت زوجته الكتابية فأسلمت ومات وهى في العدة فانها لاترثه اذ مبنى التوريث على فراره منه فيرد عليه قصده وفى

هذه الحالة ليس هاربا من الارث اذ هي غير مستحقة له وقت الابانة ومثله ما اذا كانت مستحقة للارث وقت الابانة ووقت الموت ولكنها خرجت عن الاستحقاق في الزمن الفاصل بينهما كما اذا طلقها مسلمة فخرجت عن الدين الاسلامي ثم اسلمت ومات فانها لا ترث اذ بردتها سقط حقها في الميراث لان المرتد لا يرث احداً وباسلامها لا يعود حقها لان الساقط لا يعود

السابعة اذا أبان الرجل زوجته وهو غير مريض في حالة لا يغلب فيها الهلاك وذلك يكون في مسائل. الاولى ان يكون محبوسا بقصاص بأن اتهم بالقتل فقبض عليه واودع السجن ويظهر ان هذا قبل الثبوت والحكم عليه وان كان قولهم أو قدم لقتل يخالفه. الثانية ان يكون محصوراً بالعدو في حصن الثالثة ان يكون في صف القتال. الرابعة ان يكون في سفينة قبل خوف الغرق الخامسة ان يكون الطلاق في وقت فشو الوباء. السادسة ان يكون متشكياً من الم ولكنه قائم بمصالحه خارج البيت لان هذا لم يخل منه انسان في الاغلب وما شا كل هذا من الاحوال التي لا يغلب فيها الهلاك لان المرأة انما ترث اذا مات زوجها وهي في عدة الطلاق البائن اذا كان فارا (هارباً) من ارثها وانما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله ولا يتعلق به الا اذا كان في حالة يغلب عليه فيها الهلاك كما تقدم فما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار اذ المحصور والذي في صف القتال الغالب عليه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت حكم الفرار وقس على هذا غيره من المسائل المتقدمة — انظر مادة (٢٧١)

(ماده ٢٧١) لا ترث المرأة من زوجها في الصور الآتية

وكل الاحكام المتقدمة بالنسبة للرجل تسري على المرأة فاذا باشرت سبب الفرقة وهى مريضة مرض الموت بان كانت لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت او وهى صحيحة ولكنها فى حالة يغلب فيها الهلاك وماتت في العدة ورثها الزوج. وينبني على ذلك انها ان اختارت نفسها بالبلوغ بأن زوّجها غير الاب والجد وكان الزوج كفأ والمهر مهر المثل فبلغت وهى فى حالة يغلب الهلاك فيها واختارت نفسها وماتت في العدة ورثها. وأنها اذا فعلت باحد اصول زوجها او فروعه مايحرّمها على الزوج بان مكنته من نفسها أو قبلته بشهوة طائعة مختارة وماتت فى العدة ورثها. وانها اذا ارتدت وماتت في العدة ورثها لانها والحالة هذه تكون فارّة من ارثه فيرد عليها قصدها كما رد عليه قصده اذا باشر سبب

(الاولى) اذا اكره الزوج على ابائها بوعيد تلف

(الثانية) اذا طلبت هى منه الابانة طائعة مختارة

(الثالثة) اذا طلقها رجعيا اولم يطلقها وفعلت مع ابنه مايوجب حرمة المصاهرة أومكنته من نفسها طوعا او كرها بغير تحريض ابيه

(الرابعة) اذا آلى منها فى صحته وبانت فى مرضه

(الخامسة) اذا اختلعت المرأة منه برضاها أو اختارت نفسها بالبلوغ او وقع التفريق بينهما بالعنة او نحوها بناء على طلبها

(السادسة) اذا كانت المراة كتابية وقت ابائها ثم اسلمت بعدها او كانت مسلمة وقت الابانة ثم ارتدت ثم اسلمت قبل موته فاسلامها فى هذه الصورة لايعيد حقها فى الميراث منه بعد سقوطه بردتها

(السابعة) اذا ابانها وهو محبوس بقصاص او وهو محصور فى حصن او فى صف القتال او فى سفينة قبل خوف الغرق او فى وقت تفشّو الوباء او وهو قائم بمصالحه خارج البيت متشكيا من الم

الفرقة وهو فى الحالة المذكورة. وأنها اذا باشرت سبب الفرقة فى حالة لا يغلب فيها الهلاك وماتت فى العدة لا يرثها اذ ليس لها قصد سيئ حتى يردّ عليها — انظر مادة (٢٧٢)

﴿ الباب الثانى فى الخلع ﴾

الفرقة بين الزوجين تكون بأشياء كثيرة فتارة تكون بالطلاق وهى ان يترك الرجل حق استباحته الدائمة للمرأة مع استكمالها كل ماشرط لها من المال ان كان بعد الدخول حقيقة او حكما وهذا امر ينفرد به الزوج الا اذا شرط فى أصل عقد الزواج ان يكون للمرأة حق تطليق نفسها من الزوج فيراعى هذا الشرط وحينئذ متى شاءت طلقت نفسها واستردت تمليك عصمتها بدون ان يسترد هو شيئاً او ان يمتنع عن تأدية ماشرط لها حين العقد فالمفارقة بين الزوجين منظور فيها لصورة اصل عقد الازدواج وان ماشرط فى العقد مرعي وليس للزوج الا الرجحانية على المرأة بانه اذا لم يشترط فى العقد شئ كان امر الطلاق بيده دونها

وتارة تكون بانطال عقد الزوجية بحيث يرد كل منهما ما ملكه بالعقد فتسترد المرأة ماملكته للرجل من اباحة نفسها له واختصاصه بها ويسترد الرجل ماجعل لها من المال او مثله مقابلة هذه الاباحة الدائمة سواء كان كله او بعضه بحسب مايتراضيان عليه حين ازالة عقد الزواج وهذه الفرقة تتوقف على رضا

(مادة ٢٧٢) اذا باشرت المرأة سبب الفرقة وهي مريضة لاتقدر على القيام بمصالح بيتها بأن اوقعت الفرقة باختيار نفسها بالبلوغ او بفعلها بابن زوجها ما يوجب حرمة المصاهرة وماتت قبل انقضاء العدة فان زوجها يرثها

الطرفين ويسمى هذا النوع بالخلع وهو المراد هنا ومعناه في اللغة الازالة يقال خلع فلان ثوبه اذا ازاله عنه وخلع فلان زوجته اذا أزال عصمتها ولكن العرف يستعمل الخلع بفتح الخاء لازالة غير الزوجية وبضمها لازالتها

وفى اصطلاح الفقهاء ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة ولا بدان يكون بلفظ الخلع اومافي معناه كالمبارأة وقد علمت مما تقدم في سبب الطلاق أنه لا يباح في اي وقت بل عند تحقق الحاجة الى الخلاص بناء على القول المعول عليه وهو أن الاصل في الطلاق الحظر اى المنع ولا يباح الا لحاجة لان فيه كفران النعمة وقطع المودة المندوب شرعا في قوله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) وبما ان الخلع من فرق النكاح فيقال فيه ماقيل فى الطلاق من ان الاصل فيه الحظر او الاباحة ويختار القول الاول الادلة المتقدمة في سبب الطلاق فاذا لم توجد حاجة اليه فلا يجوز أما اذا وجدت كما اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز لقوله تعالى (ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) — انظر مادة [٢٧٣]

وبما ان الخلع فيه ازالة ملك النكاح فيشترط فيه ما يشترط فى الطلاق

(مادة ٢٧٣) اذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع فى النكاح الصحيح

وهو ان الزوج المخالع لابد ان يكون بالغاً عاقلا فلو خالع الصغير زوجته فلا يصح لان طلاقه غير واقع فكذا خلعه ومثله الكبير غير العاقل كالمجنون والمعتوه فلا يصح خلع كل منهما ومثلهما من اختل عقله لكبر أو مرض او مصيبة فاجأته

ويشترط في الزوجة ان تكون محلا لايقاع الطلاق بان يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها او اوقع عليها طلاقا رجعياً او بائنا فى بعض الصور والعدة باقية فلو انقضت العدة لم تكن محلا للخلع وقد تقدم شرح ذلك بما لامزيد عليه في شرح مادة (٢١٧) وما بعدها فارجع اليه ان شئت — انظر مادة (٢٧٤)

ولا يشترط ذكر العوض فى الخلع بل يقع صحيحاً وان لم يذكر فيه فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك في نظير عشرين جنيها مثلا فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال وكذا اذا قال لها خالعتك فقبلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء كما سيأتي موضحاً في شرح مادة (٢٨٠) ولا يشترط فى صحته ان تكون الزوجة مدخولا بها بل يصح مطلقا لأن كلا منهما محل لايقاع الطلاق فتكون محلا للخلع — انظر مادة (٢٧٥)

ومتى رضي الزوجان بالخلع فى نظير مبلغ معلوم وقع الطلاق البائن

(مادة ٢٧٤) يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج المخالع اهلا لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلا له

(مادة ٢٧٥) العوض ليس بشرط فى الخلع فيقع صحيحا به وبدونه سواء كانت المراة مدخولا بها ام لا

ولزم الزوجة دفع المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ اقل مما اعطاه لها من المهر او مساوياً له او اكثر منه وسواء كان المتسبب فى الفرقة هو الزوج او الزوجة او كلا منهما

وكل هذا بالنسبة لقضاء القاضي بمعنى أنه اذا رفع الامر اليه نفذ ما اتفقا عليه قهرا عن الممتنع منهما لان كلا منهما رضى بذلك فلا حق له في الامتناع بعد الرضا هكذا قال الفقهاء ولكن بالنسبة للديانة اي المعاملة بين الشخص وبين الله تعالى لايخلو الحال من أحد امور ثلاثة : الاول ان يكون النشوز آتياً من جهة الزوجة. الثاني ان يكون من جهتهما. الثالث ان يكون من جهته فان كان الاول بان استعصت عليه وابغضته فلم تمتثل لاوامره وصابت الفرقة وحصل الخلع على مال معلوم فان كان اقل من المهر اومساوياً له فلا خلاف في جواز اخذ الزوج له. وان كان اكثر فبعضهم يقول يجوز اخذ الزائد لانها رضيت به فتؤمر باعطائه ولأن قوله تعالى (ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) يدل على ذلك لانه اذا جاز اخذ ما اتفقا عليه ولو كثر عند حصول النشوز منهما فلأن يجوز عند حصوله منها وحدها من باب اولى. وبعضهم لايجوز اخذ الزيادة مستدلا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «وهو ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعتب على ثابت في دين ولا خلق لكنى اخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين عليه حديقته التي اصدقك قالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا ولكن حديقته فاخذها وخلى سبيلها)

وان كان الثاني وهو ما اذا كان النشوز من جهتهما بان كره كل منهما صاحبه واراد مفارقته فالحكم كما تقدم في الحالة الاولى بل بالأولى عند من يقول بعدم جواز اخذ الزيادة لانه اذا لم يجز اخذها مع كون النشوز منها وحدها فمن باب اولى ما اذا كان النشوز منهما

وان كان الثالث وهو ما اذا كان النشوز من جهته فلا يجوز له اخذ شئ ولو كان قليلا لقوله تعالى (وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظا). قال في البحر والحق أن الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى (فلا تأخذوا منه شيئاً) ولا يعارض بالآية الاخرى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) لأن تلك اذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما اذا خافا ان لا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط على انهما لو تعارضا كانت حرمة الاخذ ثابتة بالعمومات القطعيه فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك وقال تعالى (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) فهذا دليل قطعي على حرمة اخذ مالها كذلك فيكون حراماً الا انه لو اخذ جاز في الحكم ان يحكم بصحة التمليك وان كان بسبب خبيث

وانت خبير بعد كل ماتقدم من الادلة ان العمل بالديانة اولى من العمل بالقضاء ولم لم يقض القاضي باحكام الديانة العادلة ـ وبذلها العوض لا يدل على الرضا لانها تريد الخلاص منه متى اساء عشرتها باي طريق فتكون مكرهة

فلا يحل للزوج اخذ ما التزمت به — انظر مادة (٢٧٦)

وبدل الخلع لا يشترط فيه ان يكون من الذهب او الفضة بل الشرط ان يكون مما يصلح تسميته مهراً وهو أن يكون مالا مقوما سواء كان من العقار كبيت مثلا اومن المنقول كعشرين اردباً من البر اوقنطاراً من القطن اوخاتماً من الماس مثلا فاذا قالت المرأة لزوجها خالعني فى مقابلة هذا البيت او في نظير هذه الاراديب من القمح أو القناطير من القطن ففعل صح الخلع ووقع الطلاق البائن ولزمها ان تسلم للزوج ماعين فى العقد اذهو مال متقوم تصلح تسميته مهراً فصحت تسميته عوضاً للخلع ـ ولا يشترط ايضاً في بدل الخلع ان يكون عيناً بل يصح ان يكون ديناً وان يكون منفعة فاذا خالعها في نظير مهرها الذي تستحقه عنده صح الخلع وسقط المهر . ومثله ما اذا كان الدين غير المهر واذا خالعها في نظير ان تعطيه ارضها الفلانية لينتفع بها مدة معلومة فقبلت صح الخلع ايضا ولزمها تسليم الارض لينتفع بها الزمن المعين

فاذا كان الشيء المشروط بدلا للخلع لا يصلح تسميته مهراً فلا يخلو حاله من احد امرين : الاول ان يكون عدم الصحة آتياً من جهة كونه اقل من عشرة دراهم . الثاني ان يكون آتياً من جهة كونه غير مال في حق المسلمين كالخمر والخنزير فان كان الاول صحت التسمية لانه يقال كل ما صلح من المال ان يكون مهراً صلح ان يكون بدلا للخلع ولا يقال ما يصلح من المال ان يكون بدل خلع يصلح ان يكون مهراً بل يقال بعض ما يصلح ان يكون بدلا للخلع يصلح ان يكون مهراً فاذا خالعت المرأة زوجها فى نظير خمسة دراهم صح الخلع ولزمها هذا

(مادة ٢٧٦) يجوز قضاء للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر مما ساقه اليها

الذي اتفقا عليه وفى هذه الحالة تسقط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر ولكن بشروط

الاول — ان تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج فلو لم تكن مترتبة عليه فلا تسقط فاذا اقرض احد الزوجين الآخر مبلغاً معلوما اوباع له شيأ بثمن معلوم ولم يدفع المستقرض ما استقرضه او لم يدفع ثمن ماشتراه حتى حصل الخلع فلا يسقط شيء عن المدين منهما لان هذه الحقوق ليست مترتبة على عقد الزواج اذ الاول مترتب على القرض والثاني على الشراء

الثاني — ان تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه فاذا فرض ان رجلا تزوج امرأة بمائة جنيه ولم يعطها منها شيئاً واوقع عليها طلاقاً بائناً ثم عقد عليها بمهر جديد وخالعها في نظير مبلغ معلوم فلا يسقط مهر العقد الاول لانه وان كان مترتباً على عقد الزواج الا أن هذا العقد ليس هو الذي حصل الخلع منه فلا يسقط

الثالث — ان تكون الحقوق المترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه ثابتة وقته وبناء عليه فلا تسقط نفقة العدة التى تعقب الخلع لانها وان كانت مترتبة على النكاح الذي حصل الخلع بواسطته الا انها ليست ثابتة وقت الخلع اذ هى لاتثبت الافى العدة وهى لاتكون الا بعد الخلع فظهر من هذه الشروط ان الحقوق التى تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه . وينبنى على هذا الاصل المسائل الآتية

أولا — اذا حصل التزوج على مهر معلوم ولم تقبض الزوجة منه شيأ او قبضت جزأ منه ثم حصل الخلع على عوض غير المهر لزمها دفع هذا العوض وسقط عنه كل المهر او بعضه فليس لها ان تطالب زوجها به ولا بشئ منه سواء كان الخلع بعد الدخول أو قبله

ثانياً — اذا قصر الزوج فى الانفاق على زوجته فرفعت أمرها للقاضى وفرض لها مبلغاً معلوما فى كل شهر مثلا ومضت مدة لم يدفع فيها شيأ مما فرض ثم حصل الخلع سقطت هذه النفقة فليس لها ان تطالب بها سواء كان المفروض كسوة أو غيرها

ثالثاً — اذا حصل التزوج ولم يسم مهر في العقد ثم حصل الخلع بالصورة المتقدمة سقطت المتعة التى تستحقها المرأة في هذه الصورة لو حصلت الفرقة من قبله بغير الخلع فليس لها ان تطالبه بها

رابعاً — اذا قصر الزوج في الانفاق على زوجته وفرض لها القاضى كل شهر مثلا مبلغاً معلوماً فعجل لها الزوج نفقة سنة ثم خالعها بالصفة المتقدمة قبل مضى هذا الزمن سقط ماعجله من النفقة فليس له ان يسترد شيأ منه

خامساً — اذا سلم الزوج كل المهر لزوجته وخالعها قبل الدخول سقط المهر فليس له ان يطالبها بشيء منه وانما له المطالبة بالمبلغ المتفق عليه في الخلع ومن باب أولى ما اذا كان الخلع بعد الدخول لان الطلاق قبل الدخول موجب لرد نصف المهر فاذا لم يلزمها رد شيء منه قبل الدخول فيكون بعد الدخول من باب أولى

وان كان الثانى وهو ما اذا كان البدل مسكوتا عنه كأن يقول لها خالعتك

فنقبل قبولاً معولا عليه بجميع الاحكام التى عرفتها في الحالة الاولى تأتي هنا أيضاً — انظر مادة (٢١١)

وان كان الثالث وهو ما اذا كان البدل منفياً بأن قال لها اخلعى نفسك منى بغير شيء ففعلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء ولا تسقط الحقوق لانه صريح فى عدم المال ووقوع البائن — انظر مادة (٢٨٠)

وان كان الرابع وهو ما اذا كان بدل الخلع هو المهر فلا يخلو الحال في أول الامر من أحد أمرين — الاول ان يكون كل المهر — الثانى ان يكون بعض المهر

فان كان الاول كأن يقول لها خالعتك في نظير مهرك وقبلت قبولاً معولا عليه فاما ان يكون المهر مقبوضاً أو غير مقبوض فان كان مقبوضاً فاما ان يكون الخلع بعد الدخول او قبله ومثله ما اذا كان غير مقبوض فحينئذ معنا اربع صور :

الصورة الاولى ان يكون المهر مقبوضا والخلع بعد الدخول وفى هذه الحالة يجب عليها رده للزوج بحسب الشرط المتفق عليه

(مادة ٢٨١) اذا خالع الزوج امرأته او بارأها على مال مسمى غير الصداق وقبلت طائعة مختارة لزمها المال وبرئ كل منهما من الحقوق الثابتة عليه لصاحبه وقت الخلع أو المبارأة مما يتعلق بالنكاح الذى وقع الخلع منه فلا تطالب المرأة بما لم تقبضه من المهر ولا بنفقة ماضية مفروضة ولا بكسوة ولا يمتعة ان خالعها زوجها قبل الدخول ولا يطالب هو بنفقة عجلها ولم تمض مدتها ولا بمهر سلمه اليها وكذلك اذا لم يسميا شيأ وقت الخلع يبرأ كل منهما من حقوق الآخر فلا يطالبها بما قبضت ولا تطالبه بما بقى في ذمته قبيل الدخول وبعده

(مادة ٢٨٢) اذا كان البدل منفيا بان خالعها لاعلى شيء فلا يبرأ أحد منهما عن حق صاحبه

الصورة الثانية — ان يكون المهر مقبوضاً ايضاً ولكن الخلع قبل الدخول وحكمها كالاولى وبعضهم لا يلزمها الا برد النصف لانه هو المهر الذي تستحقه المرأة بالفرقة قبل الدخول ووجه الاول ان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد. الثالثة — ان يكون المهر غير مقبوض والخلع بعد الدخول وفي هذه الصورة يسقط عنه جميع المهر بحسب الشرط — الرابعة — ان يكون المهر غير مقبوض والخلع قبل الدخول وهي كالثالثة

وان كان الثاني وهو ما اذا كان العوض بعض المهر كأن يقول لها خالعتك على نصف مهرك مثلا فاما ان يكون كل المهر مقبوضاً او غير مقبوض وعلى كل فاما ان يكون الخلع بعد الدخول او قبله فله اربع صور أيضاً

الاولى — ان يكون كل المهر مقبوضاً والخلع بعد الدخول وفي هذه الصورة يأخذ منها البعض الذى حصل الخلع عليه بحسب الشرط ويترك لها الباقي بحسب الخلع لانه يسقط الحقوق كما عرفته مما تقدم

الثانية — ان يكون الكل مقبوضاً ولكن الخلع قبل الدخول وفي هذه الحالة يأخذ منها نصف البعض المعين فى الخلع فاذا كان المهر مائة جنيه مثلا وخالعها في هذه الصورة على عشرة وجب عليها نصفه وهو خمسة لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهي تستحق قبل الدخول نصف المهر المسمى في العقد وهو خمسون فيجب عليها عشرها وهو خمسة والذى استظهره في فتح القدير فى هذه الصورة انه يأخذ منها البعض المتفق عليه كما في الصورة الاولى لا نصفه لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد وهو مائة جنيه لا لما تستحقه المرأة فى هذه الحالة وهو الظاهر

الثالثة — ان يكون الكل غير مقبوض والخلع بعد الدخول وفي هذه يسقط عنه جميع المهر بعضه بالشرط وبعضه بحكم الخلع لانه يسقط الحقوق كما علم من قبل. الرابعة — ان يكون الكل غير مقبوض ايضاً ولكن الخلع قبل الدخول وهي كالثالثة فى الحكم لاشتراكهما فى العلة المتقدمة

وتثبت كل هذه الاحكام في جميع صور الخلع المتقدمة في شرح مادة (٢٧٩) الا في صورة واحدة وهي ما اذا كان الخلع بلفظ الفعل الماضي بلا بدل كأن يقول لها خلعتك سواء قبلت اولم تقبل فانه فى هذه الصورة لا يسقط شيء من الحقوق اصلا — ومثل الخلع فى كل الاحكام المتقدمة المبارأة فاذا قال رجل لزوجته بارأتك فهو على التفصيل والاحكام المتقدمة وينبغي اذا قال لها برئت من نكاحك ان لا يسقط شيء من الحقوق كما اذا قال لها خلعتك

واسقاط الحقوق في الخلع والمبارأة ليس متفقاً عليه بل القائل به الامام الاعظم وقال ابو يوسف المبارأة تسقط الحقوق المتقدمة والخلع لا يسقطها وقال محمد لا يسقط الا ماسمياه واستدل بأن هذه معاوضة وأثر المعاوضة لا يظهر الا فى وجوب المسمى لا في اسقاط غيره كما اذا كانت الفرقة بالطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة أضعف من المهر

واستدل ابو يوسف بان المبارأة من البراءة تقتضي البراءة من الجانبين وهي وان كانت تشمل كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض وهو المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق فى حق النكاح فهى غير متوقفة على سقوط المهر

واستدل ابو حنيفة بان الخلع صلح وضع شرعاً لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده يجعله مسقطاً لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والا عاد على موضوعه بالنقض — والظاهر مذهب محمد وان كان المعمول به مذهب الامام الاعظم — انظر مادة (٢٨٣)

قد عرفت من شرح مادة (٢٨١) ان الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه فاذا لم تكن الحقوق ثابتة وقت الخلع فانها لا تسقط به وينبني على ذلك ان نفقة العدة والسكنى لا تسقطان فالزوجة مطالبته بهما لان كلا منهما وان كان مترتبا على عقد الزواج الا انه ليس ثابتا وقت الخلع بل يثبت بعده اذ العدة التي تجب لها فيها النفقة والسكنى انما تكون بعد الخلع لا وقته ولكن لو نص عليهما وقته بان قال لها خالعتك على نفقة العدة والسكنى سقطتا : هذا هو المأخوذ من المادة وهو مسلم بالنسبة للنفقة واما السكنى فقد نصوا على أنه لا يصح اسقاطها بحال لما ان سكناها في غير بيت الطلاق معصية ولكن لو أبرأته عن مؤونة السكنى بان كانت ساكنة في بيت هو ملكها او

(مادة ٢٨٣) اذا خالعها بكل المهر ورضيت فان كان مقبوضا رجع بجميعه عليها وان لم يكن مقبوضا سقط عنه سواء كان الخلع قبل الدخول او بعده . واذا خالعها على بعضه فان كان الكل مقبوضا والخلع بعد الدخول يرجع عليها بذلك البعض و يترك لها الباقي وان كان قبل الدخول يرجع عليها بنصف البعض الذي وقع عليه الخلع. وان لم يكن المهر مقبوضا سقط عنه مطلقا

عطي اجرته من مالها صح فربما يحمل ما في المادة على هذا — انظر مادة (٢٨٤)

وبدل الخلع اما ان يكون دينا في ذمة الزوجة كثلاثين جنيها مثلا او عينا كجمل معلوم او عشرين قنطاراً من القطن مشاراً اليها فان كان الاول فلا يقال انه هلك قبل تسليمه للزوج او استحقه شخص آخر غير الزوجة لانه لا يتأتى فيه ذلك وان كان الثاني فما دام موجوداً ويمكنها تسليمه الى الزوج اجبرت على التسليم متى طلبه فان عدم بان هلك او استهلك قبل تسليمه للزوج فاما ان يكون قيميا كالجمل او مثليا كالقطن فان كان قيمياً الزمت بدفع قيمته له فحينئذ ينظر الى ما يساويه الجمل المعين من النقود وتعطيه له وان كان مثليا الزمت بدفع مثله اليه ومثل هذا ما اذا كان موجوداً ولكن لا يمكنها تسليمه للزوج كما اذا ادعاه شخص واثبت انه مملوك له وحكم له به ففي هذه الحالة لا يمكنها التسليم لانه صار مملوكا لغيرها فتلزمها القيمة او المثل . ولا فرق في الاستحقاق بين ما اذا كان قبل التسليم أو بعده بخلاف الهلاك او الاستهلاك فانها تلزم به اذا حصل احدهما قبل التسليم لا بعده لانه مضمون عليها مادام في يدها فاذا سلمته صار مضمونا على الزوج — انظر مادة (٢٨٥)

واعلم ان الولد اذا كان له مال فنفقته في ماله سواء كان مذكراً او مؤنثا فان لم يكن له مال فنفقته على ابيه حتى يبلغ المذكر حد الكسب وتتزوج

مادة (٢٨٤) نفقة العدة والسكنى لا يسقطان ولا يبرأ المخالع منهما الا اذا نص عليهما صراحة وقت الخلع

(مادة ٢٨٥) اذا هلك بدل الخلع قبل تسليمه للزوج او ادعاه آخر واثبت أنه حقه فعليها مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا

الانثى ما لم تكن مكتسبة بالفعل ولا شك ان من ضمن النفقة اجرة الرضاع في مدته فاذا خالع الزوج زوجته وجعل بدل الخلع اجرة رضاع ولده منها مدة الرضاع وهي سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة) او جعل بدل الخلع امساك الام للولد مدة معلومة تنفق عليه فيها صح ذلك لرضاها بتحمل ما يلزم الاب وحينئذ تجبر الام على ما التزمت به بدلا للخلع فترضع الولد وتنفق عليه المدة المتفق عليها بينهما فاذا لم يحصل في اثناء المدة ما يسقط اجرة الرضاع عن الاب ووفت بما التزمت به فلا رجوع له عليها بشئ اما اذا حصل فى اثناء المدة ما يسقط عنه اجرة الرضاع بان تزوجها قبل مضي مدته فانه ياخذ منها اجرة مثل المدة الباقية الا اذا كان هناك شرط بخلاف ذلك . وانما كان تزوجها به مسقطا لاجرة الرضاع لان المرأة لا تستحق اجرة على ارضاع ولدها ما دامت الزوجية موجودة

ومثل هذا ما اذا لم توف بما التزمت ولو كان السبب قهريا فاذا هربت وتركت له الولد أو ماتت قبل تمام المدة المعينة او مات الولد قبل انقضائها فاما ان لا يشترط انه ان حصل شيء من هذا القبيل فلا تلزم بشيء او يشترط فان كان الاول فله ان يأخذ منها اجرة الرضاع والنفقة لما بقي من المدة وان كان الثاني فلا يأخذ منها شيئا وهو ظاهر الا أنه في صورة هربها او موت الولد يأخذ منها هي وفى صورة موتها يأخذ المبلغ المقدر من تركتها لانه دين عليها والمدين تقضى ديونه من تركته

ومثل هذا في الحكم ما اذا خالعها على ارضاع حملها سنتين فان ظهر انها

حامـل ووضعت واستمر الولد حيا هذه المدة اجبرت على ما التزمت به فان ظهر انها ليست بحامل أو حامل ولـكنها لم تلده حياً بل نزل سقطاً أو ولدته حياً ولـكنه مات فى اثناء المدة فانه يأخذ منها أجرة الرضاع عن المدة كلها ان لم يحصل رضاع أصلا أو عن المدة الباقية ان حصل رضاع فى بعضها الا اذا كان هنالك شرط يقضى بخلاف ذلك — انظر مادة (٢٨٦)

والعوض المذكور في الخلع ان كان من خالص حق الزوجين وأسقط صاحب الحق حقه فلا كلام فيه وان كان من حقوق غيرهما فلا يملكان اسقاطه وان اتفقا عليه الا اذا أمكن و ينبني على هذا الأصل المسائل الآتية

اولا — اذا اختلعت من زوجها على ان تمسك الولد عنـدها مدة الحضانة أو أقل منها وتنفق عليه فيها صح ذلك الشرط لانه لا يؤثر على حقوق الولد مادامت قادرة على الانفاق

ثانيا — اذا اختلعت من زوجها فى نظير ان تمسك الولد مدة أكثر

(مادة ٢٨٦) اذا اشترط الزوج على المرأة وقت الخلع براءته عن اجرة رضـاع ولده منها مدة سنتي الرضـاع أو اشترط امساكهـا له والقيام بنفقته بعد الفطـام مدة معلومة وقبلت ذلك تجبر على ارضاع الولد مدة السنتين وتلزم بنفقته في المدة المعينة لامسـاكه فان تزوجهـا أو هربت وتركت له الولد او مات الولد او ماتت هي قبل تمـام مدة الرضاع او قبل تمام مدة امساكه فله ان يرجع عليها بقية اجرة الرضاع الى تمـام مدته وبنفقة مابقي من المدة التى قبلت امساك الولد فيها مالم يشترط وقت الخلع عدم الرجوع عليها بشيء اذا ماتت هي او الولد قبل تمـام المدة وكذلك اذا خالعها على ارضاع حملها سنتين وظهر انه لم يكن فى بطنها ولد أو أسقطت أو مات الولد قبل المدة فانه يكون للمخالع حق الرجوع عليها بقيمة الرضاع عن المدة كلها أو ما يكون باقيا منها

من مدة الحضانة بان كانت الى البلوغ ففي هـذه تفصيل لان الولد اما ان يكون مذكراً او مؤنثاً فلو كان مذكرا كان هذا الشرط لاغيا لان هذا الشرط مخالف لمصلحته اذ المصلحة في تسليمه الى الأب بعد انتهاء مدة الحضانة التي هي سبع سنين وهي سن التمييز لانه يحتاج بعدها الى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم فاذا طال مكثه عند الام يتخلق بأخلاق النساء ولا شك ان في هذا ضررا بالنسبة اليه فيلغو ولو اتفقا عليه ولا يبقى عندها بعد سن السبع

وان كان الولد مؤنثا قالوا ان الشرط صحيح الى البلوغ لانه ليس فيه تضييع حق الولد وبالتأمل نرى ان البنت لها حقوق أيضا فتمكث عند كل من الابوين الزمن الذى يكون فيه اقدر على القيام بشؤونها من الآخر فتبقى عند الام الى سن السبع الذى هو سن التمييز وتترك عندها بعد ذلك سنتين لاحتياجها بعد التمييز الى من يعلمها الامور المنزلية والام اقدر على ذلك من الاب فاذا بلغت تسع سنين فقد بلغت حد الشهوة وحينئذ تسلم الى الاب لانه في هذه الحالة اقدر على صيانتها التي هي من اعظم حقوق البنت وان كان فيها حق غيرها أيضا فكيف يقال بعد ذلك ان البنت تترك عندها الى البلوغ ـ اللهم الا اذا كان هذا جاريا على القول المرجوح من ان الأم لها حق حضانة الانثى الى البلوغ والمفتى به خلافه

ثالثا ـ اذا اختلعت من زوجها على امساك الولد زمنا لا يزيد عن مدة الحضانة وتزوجت في اثناء المدة بغير محرم للصغير فللزوج اخذه منها وليس لها ان تحتج بالاتفاق الحاصل بينهما لان في مراعاته اسقاط حق الولد اذ

بقاؤه عند زوجها الاجنبي مضر به فينزع منها ولا يسرى اتفاقهما عليه وفى هذه الحالة ينظر الى أجرة مثل امساك الولد في المدة الباقية ويأخذه منها

رابعا — اذا اختلعت من زوجها بشرط ان الاب يمسك الولد عنده مدة الحضانة بطل هذا الشرط وان كان الخلع صحيحا لان مصلحة الصغير في ابقائه عند أمه مدة الحضانة اذ هى اقدر من الاب على القيام بلوازمه فى هذا الزمن وحينئذ يؤخذ من الاب ولو قهرا ويسلم الى الام حتى تنتهي مدة حضانتها الا اذا لم تتوفر فيها شروط الحضانة بان تزوجت بغير محرم للصغير او كان الولد يضيع عندها لاشتغالها بغيره كما ستعرفه في باب الحضانة ويجبر الاب على كل مايلزم الولد في هذه المدة من نفقته وأجرة حضانته ان كان الولد فقيراً

خامساً — اذا اختلعت من زوجها بشرط ان تنفق على الولد مدة معلومة فان كانت قادرة على ذلك بان كانت موسرة صح وتلزم بالانفاق عليه حسب الشرط وان كانت غير قادرة على الانفاق عليه بان كانت معسرة وطالبته بنفقة ولده اجبر عليها لان النفقة وان كانت من حقوق الولد وتلزم الاب ان كان الولد فقيراً الا ان الام اذا التزمت بها فان أمكن تنفيذ هذا الالتزام بدون ضرر على الصغير بان كانت موسرة حكمنا بصحة هذا الالتزام لعدم الضرر وان لم يمكن التنفيذ الا بضرر يلحق الصغير ألغينا هذا الالتزام بالنسبة للولد وان كان باقيا بالنسبة لها ولذا قالوا انه يجبر عليها ولا تسقط عن الام بل تكون دينا له في ذمتها يأخذها منها اذا أيسرت وهذا معنى قولهم لايسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على الزوجة بل يجبر المخالع وهو الزوج على الانفاق

على ولده اذا كانت معسرة ويكون دينا له على الزوجة يأخذه منها عند الميسرة لان بدل الخلع دين عليها والنفقة واجبة للولد فلا تسقط بدين له عليها اذا لم تكن قادرة على الوفاء بما التزمت كما اذا كان له عليها دين آخر غير بدل الخلع ولا تقدر على قضائه فليس له فى هذه الحالة ان يمتنع عن الانفاق محتجاً بانها تنفق عليه من هذا الدين. ومثل هذا ما اذا كانت موسرة ولكنها قصرت فى الانفاق على الولد فله ان يأخذ منها النفقة الكافية ويتولى الانفاق عليه لان هذا حق الولد — انظر مواد ٢٨٧ و ٢٨٨ و ٢٨٩

والزوجة اما ان تكون كبيرة او صغيرة فان كانت كبيرة عاقلة فاما ان تكون صحيحة او مريضة فان كانت صحيحة فاما ان تكون رشيدة او محجوراً عليها وكل الاحكام المتقدمة خاصة بالزوجة الكبيرة الصحيحة اذا كانت غير محجور عليها للسفه وستأتي احكام غيرها بعد احكام الصغيرة على حسب ترتيب المواد

وان كانت صغيرة فاما ان يحصل الخلع بين زوجها وابيها او يحصل بينها وبين زوجها فان كان الاول فاما ان يكون بعوض او بغير عوض فان كان

(مادة ٢٨٧) اذا اختلعت المرأة على امساك ولدها الى البلوغ فلها امساك الانثى دون الغلام. وان تزوجت في اثناء المدة فللزوج اخذ الولد منها ولو اتفقا على تركه عندها وينظر الى أجرة مثل امساكه فى المدة الباقية فيرجع بها عليها

(مادة ٢٨٨) اشتراط الرجل فى الخلع امساك ولده عنده مدة الحضانة باطل وان صح الخلع وللمرأة اخذه وامساكه مدة الحضانة مالم يسقط حقها بموجب وعلى أبيه اجرة حضانته ونفقته ان كان الولد فقيرا

(مادة ٢٨٩) لايسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على المرأة فاذا خالعته على نفقة ولدها وكانت معسرة وطالبته بها يجبر عليها وتكون دينا له فى ذمتها يرجع به عليها اذا ايسرت

بغير عوض كما اذا قال له اخلع بنتي فقال الزوج خلعتها فلا كلام في وقوع الطلاق وعدم لزوم شيء من المال لان الزوج ينفرد بايقاعه .وان كان بعوض فاما ان يكون من مال الزوجة اومن مال الاب فان كان من مال الزوجة فاما ان يلتزم به الاب أولا يلتزم فان لم يلتزم به اختلف في وقوع الطلاق ولا يلزم المال اجماعا وان التزم به او كان من ماله وقع الطلاق ولزم المال الاب ولا يلزمها شيء وينبني على هذا المسائل الآتية

اولا — اذا قال له خالعت بنتك على ماهنا عندي من المهر اوعلى مائة جنيه من ماهنا فقبل الاب وقع الطلاق عند بعضهم معللين ذلك بان الطلاق معلق على قبول الاب وقد وجد فيقع ولم يوقعه البعض الآخر مستدلا بان القبول وان وجد لكن المال غير لازم فيفوت غرض الزوج فلا يقع الطلاق وقالت الفقهاء ان الاول أصح وان كان الثاني هو الظاهر لفوات غرض الزوج اللهم الا ان يجاب بان الزوج لما كان ينبغي له العلم بان الاب لايجوز له التبرع بمال بنته لان تصرفه مقيد بالمصلحة فقد رضي بوقوع الطلاق من غير عوض ولو كان جاهلا هذا الحكم لان الجهل بالاحكام الشرعية لايعد عذراً الا في مسائل مخصوصة

ثانياً اذا قال الاب للزوج خالع ابنتي على مهرها على اني ملتزم لك به فخالعها الزوج على ذلك وقع الطلاق ولزم الاب تسليم مثل المهر الى الزوج ان كان مثلياً او قيمته ان كان قيمياً ولا يسقط شيء من مهرها فان كان مقبوضاً سلم لها وان لم يكن مقبوضاً فان شاءت طالبت به الاب فان دفعه فلا رجوع له على أحد وان شاءت طالبت به الزوج ان كانت من أهل الطلب ويجبر

على تسليمه اليها وبعد ذلك يأخذه من الاب لانه التزم به فيسرى عليه لاعلى البنت

ثالثاً اذا قال له خالع ابنتي على بيتي هذا مثلا فخالعها الزوج على ذلك وقع الطلاق أيضاً ولزم الاب تسليمه الى الزوج فان ظهر ان البيت مستحق لغيره الزم بدفع قيمته اليه وليس له ان يأخذ شيأ من بنته في مقابلة ذلك لانه اضاف بدل الخلع الى ماله فيسرى عليه لاعليها فيلزم بما التزم — انظر مادة (٢٩٠)

وان جرى الخلع بينها وبين زوجها واشترط عليها عوضاً معلوماً بان قال لها خالعتك في نظير مهرك او في نظير خمسين جنيها فاما ان تقبل اولا تقبل فان قبلت فاما ان تكون من أهل القبول اولا فاذا لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول بان كانت لاتعرف ان النكاح جالب للمهر والخلع سالب للعوض فلا يقع الطلاق لانه في الاول معلق على القبول ولم يوجد والقبول وان وجد في الثاني لكنه كالعدم اذ العقود لا تعتبر الا اذا كان المتعاقدان يميزان العقد الذي يتوليانه ولم يوجد هذا التمييز فلا يقع الطلاق

وان قبلت وهي من أهل القبول بان كانت تميز هذا العقد عن غيره بان كانت تعلم ان النكاح جالب للمهر وان الخلع سالب للعوض وقع الطلاق ولا يلزم المال أما وقوع الطلاق فلوجود القبول وليس للصغيرة التبرع بشيء من

(مادة ٢٩٠) يجوز لابي الصغيرة ان يخلعها من زوجها فان خلعها بما لها او بمهرها ولم يضمنه طلقت بائنا ولا يلزمها المال ولا يلزمه ولا يسقط مهرها وان خلعها على مهرها او على مال والتزم بادائه من ماله للمخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال او قيمته ان استحق ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على ابيها ان كان الخلع على المهر

مالها فكان اللازم ان يعرف الزوج هذا الحكم فلا يعذر بجهله فلا يسقط شيء من مهرها سواء كان هو بدل الخلع أو غيره. وفي صورة عدم القبول اذا قبل عنها أبوها جاز ذلك عليها ان اجازته بعد البلوغ

ومثل هذا في الحكم ما اذا طلقها الزوج على مهرها او مال آخر غيره فانها ان قبلت وهي من أهل القبول وقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر وان لم تقبل اوقبلت ولم تكن من أهل القبول فلا يقع ولكن الواقع في الخلع طلاق بائن وفي هذا رجعي لانه اذا لم يلزم المال يكون معنى لفظ الخلع ولفظ الطلاق والواقع بالاول بائن وبالثاني رجعي — انظر مادة (٢٩١)

وكل هذه الاحكام بالنسبة للصغيرة واما الصغير فليس لابيه ان يخالع زوجته ولو في مقابلة عوض تدفعه للصغير لان الخلع طلاق وهو بيد الزوج فلا يملكه غيره الا باذنه والصبي ليس له ان يأذن فيه وكما لايجوز للاب خلع زوجة ابنه كذلك لايجوز له ان يجيز خلعاً اوقعه ابنه القاصر لان هذا الخلع باطل فلا تلحقه الاجازة اذ هي لا تلحق الا الموقوف — انظر مادة (٢٩٢)

وان كانت الزوجة كبيرة عاقلة ولكنها غير رشيدة بان كانت محجوراً عليها السفه

(مادة ٢٩١) اذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته القاصرة واشترط عليها بدلا معلوما توقف على قبولها فان قبلت وهي من اهل القبول بان كانت تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب تم الخلع ولا مال عليها ولا يسقط مهرها وان لم تقبل اوقبلت ولم تكن من اهله فلا تطلق ولو قبل عنها ابوها فان بلغت واجازت قبوله جاز عليها واذا طلقها الزوج على مهرها وهي صغيرة مميزة وقبلت تطلق رجعيا ولا يسقط مهرها

(مادة ٢٩٢) لايصح خلع الاب عن ابنه الصغير وليس له ان يجيز خلعا او قعه ابنه القاصر

واختلعت من زوجها على مال سواء كان المال هو المهر أو غيره وقع الطلاق البائن ولا يلزم المال اما وقوع الطلاق فلتعليقه على القبول وقد وجد واما عدم لزوم المال فلان المحجور عليه للسفه ليس له ان يتبرع بشيء من أمواله فألغينا لزوم المال ولو قيل بان الطلاق لا يقع لان غرض الزوج من هـذه الفرقة استحقاقه للبدل فاذا لم يستحقه فلا يقع الطلاق لكان ظاهراً كما تقدم في الصغيرة اللهم الا ان يقال ان الزوج كان يلزمه العلم بعدم لزومه اذ هي سفيهة فجهـله بهذا لا يعد عذراً

ولكن بقي ان يقال كيف يكون هذا تبرعا مع قولهم ان الخلع من جهة الزوجة معاوضة فكان مقتضى القياس ان يأخذ الخلع أحكامها ويكون موقوفا على اجازة الولي فان رأى فيه خيرا نفذه والا أبطله ويجاب عن ذلك بما قالوه من ان البضع في حالة الخروج غير متقوم ومثل هذا يقال في خلع الصغيرة المميزة

وهذا بالنسبة للخلع واما بالنسبة للطلاق على مال بان قال لها طلقتك في نظير خمسين جنيها مثلا فقبلت وقع الطلاق رجعياً ولا يلزم المال لما ذكر ولا يخفى ان ما قيل في الخلع يرد هنا أيضا — انظر مادة (٢٩٣)

وان كانت الزوجة كبيرة عاقلة غير محجور عليها ولكنها مريضة وخالعت زوجها على مال معلوم فاما ان تبرأ من هذا المرض اولا فان برئت منه فلا كلام في انه يستحق كل العوض لانه تبين ان مرضها ليس مرض الموت فتكون كالصحيحة وان لم تبرأ بل ماتت في هذا المرض فان كان مرض الموت بان كانت وقتـه

(مادة ٢٩٣) المحجور عليها لسفه اذا اختلعت من زوجها على مال وقعت الفرقة ولا يلزمها المال وان طلقها تطليقة على ذلك المال تقع رجعية

لاتقدر على القيام بمصالحها داخل البيت فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان تموت وهى في عدة الطلاق الواقع بالخلع . الثانى ان تموت بعد انقضائها فان كان الاول فللزوج الاقل من أشياء ثلاثة وهي بدل الخلع ومقدار ارثه منها وثلث مالها فلو كان مايخصه من تركتها ستين جنيهاً وبدل الخلع سبعين والثلث ثمانين فله الستون لانها الاقل ولو كان الثلث أربعين فهي له لانها الاقل

وان كان الثاني وهو ماذا ماتت بعد انقضاء العدة فللزوج الاقل من شيئين وهما بدل الخلع وثلث مالها وانما لم ينظر الى مقدار مايرثه منها في هذه الحالة لان الارث لا يتأتي بعد انقضاء العدة ولذا لو كان الخلع قبل الدخول كان الحكم ما ذكر لعدم العدة وانما حكم الفقهاء بهذا الحكم لتهمة المواضعة بين الزوجين اذ يجوز ان الزوجة تريد ان تعطى للزوج أكثر مما يستحق فى الميراث لو ماتت وهي على ذمته فتبذل عوض الخلع الذى هو أكثر من استحقاقه فى التركة فيكون فيه اضرار بباقي الورثة فيرد عليهما هذا القصد — وأنت خبير بانه لو كان كذلك لم يزد مايستحقه الزوج من الميراث عن بدل الخلع فى وقت من الاوقات مع انهم فرضوه وقالوا يعطى الزوج بدل الخلع اذ الزوج لو علم ان مايأخذه من بدل الخلع أقل مما يستحقه فى الميراث لم يقبل الخلع الذي تبين المرأة به وتموت وهى على غير ذمته فلا يرثها اللهم الا ان يجاب بان الخطأ حصل منهما في تقدير التركة — انظر مادة (٢٩٤)

(مادة ٢٩٤) خلع المريضة مرض الموت صحيح وان كان على مال يعتبر من ثلث مالها فان ماتت وهي فى العدة فلمخالعها الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث المال وان ماتت بعد انقضاء العدة فله الاقل من البدل ومن الثلث وان برئت من مرضها فله جميع البدل المسمي

ولا شك في ان المرأة هى التي تطالب ببدل الخلع متى لزمها فلا يطالب به غيرها ولكن هذا اذا كانت هي المباشرة له فلو وكلت غيرها بان يخلعها من زوجها ففعل الوكيل فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الاول ان يرسل بدل الخلع : الثاني ان يضيفه الى الزوجة : الثالث ان يضيفه الى نفسه اضافة ملك أو ضمان فان كان الاول بان قال اخلع امرأتك بمائة جنيه والثاني بان قال له اخلع امرأتك على بيتها هذا كان المطالب بالبدل هى المرأة مثل ما اذا كانت هى المباشرة للخلع . وان كان الثالث بان قال اخلع امرأتك على مائتي هذه او على مائتي جنيه على اني ضامن لها ثبت للزوج حق مطالبة الوكيل لا الزوجة ويكون للوكيل حق مطالبة المرأة بهذا البدل سواء دفعه للزوج أو لم يدفعه وسواء أمرته المرأة بالضمان أو لم تأمره لانه دفع ما هى ملزمة به والاذن ولو دلالة كاف في الرجوع عليها بما دفع وهو موجود فيرجع - انظر مادة(٢٩٥)

ومتى ثبت للزوج الحق فى المطالبة ببدل الخلع سواء كان المطالب هو الزوجة او غيرها فله الطلب في الحال الا اذا كان هناك شرط يقضي بخلاف ذلك لان بدل الخلع يصح ان يكون كله معجلا وان يكون مؤجلا وان يكون البعض معجلا والبعض مؤجلا الى اجل معلوم قصر او طال على حسب الاتفاق ويصح ان يكون مقسطا على اقساط معلومة يدفع كل قسط منها فى وقت مخصوص ولو حصل تأخير عن دفع القسط لم يحل باقى الاقساط الا

(مادة ٢٩٥) لايطالب الوكيل بالخلع من قبل المرأة بالبدل المخالع عليه الا اذا اضافه الى نفسه اضافة ملك او ضمان فان كان كذلك وجب عليه اداؤه و يرجع به على موكلته

اذا اشترط ذلك — انظر مادة (٢٩٦)

والزوج لا يستحق بدل الخلع الا اذا كان عقد الزواج صحيحا لان الخلع مثل الطلاق في ان كلا منهما لا يكون الا بعد العقد الصحيح ويبنى على هذا انه لو كان التزوج فاسداً وحصل الخلع او الطلاق على عوض وسلمته المرأة للمخالع فلها ان تسترده منه لانه اخذه بغير حق اذ المرأة مادفعت هذا العوض الا لتملك عصمتها وهذا ثابت لها قبل الخلع لان العقد فاسد لا تترتب عليه الاحكام فلها ان تتركه في اي وقت شاءت فتكون قد دفعت بدل الخلع لظنها انه يستحقه فاذا تبين غير ذلك اخذته منه وهذا كمن دفع لغيره دينا ظانا انه عليه فتبين خلافه فان له استرداده — انظر مادة (٢٩٧)

﴿الباب الثالث في الفرقة بالعنة ونحوها﴾

اعلم انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا خيار للزوج بعيب في الزوجة لانه يمكنه مفارقتها فلا حاجة لثبوته له ولها الخيار اذا وجدته معيباً بواحد من ثلاثة وهي الجنون والجذام والبرص لان الطلاق ليس بيدها حتى يمكنها مفارقته فخيرت وقال الامام الشافعي ومالك واحمد يثبت الخيار لكل من الزوجين اذا وجد صاحبه معيباً بواحد من هذه الثلاثة وللزوج الفسخ اذا كانت الزوجة

(مادة ٢٩٦) يصح تعجيل بدل الخلع والطلاق وتأجيله الى اجل قريب او بعيد

(مادة ٢٩٧) اذا خالع الزوج امرأته واخذ منها بدلا بغير حق بان كان النكاح فاسدا من اصله لا يقبل الخلع فلها ان تسترد ما اخذه

رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فى ثلاثة والظاهر ماذهب اليه غير ابى حنيفة وابي يوسف وقد تقدمت لك هذه المسئلة مفصلة في شرح مادة (١٦١) فراجعه

ولكن قد اتفق الجميع على ان الزوجة اذا وجدت زوجها عنينا او مجبوبا او خصيا ولا يقدر على اتيانها او مقطوع العضو المعلوم ثبت لها الخيار. والعنين شرعا هو الذي لا يمكنه ان يصل الى زوجته لاي سبب كان . والمجبوب هو مقطوع الاعضاء المعلومة. والخصى منزوع الخصيتين وينبنى على ذلك ان المرأة اذا وجدت زوجها عنينا فهي مخيرة بين أمرين الاول البقاء معه والثاني الفرقة بينها وبينه فان اختارت الاول فقد رضيت باسقاط حقها فلا يعارضها فيه أحد. وان اختارت الثاني رفعت الامر الى القاضي ليفرق بينهما ولو مكثت زمناً لم تخاصمه أو خاصمته ومضت المدة المقررة ولم تعد الى القاضي لم يبطل حقها ولكن يشترط في ثبوت الخيار لها ان لا تكون عالمة بحاله قبل التزوج فلو علمت سقط حقها لرضاها به — انظر مادة (٢٩٨)

ولكن اذا اختارت الفرقة فليس لها ان تفارقه من نفسها لانها تدعى عليه العنة ومن الجائز ان تكون كاذبة بل لا بد من ان ترفع الامر الى الحاكم فان فعلت ذلك فلا يفرق بينهما بمجرد اخبارها بل يتبع معها مايتبعه في باقي الدعاوى

(مادة ٢٩٨) اذا وجدت الحرة زوجها عنينا لا يقدر على اتيانها فى القبل ولم تكن عالمة بحاله وقت النكاح فلها ان تطلب التفريق بينها وبينه اذا لم ترض به واذا وجدته على هذه الصفة ولم تخاصمه زمنا فلا يسقط حقها لاقبل المرافعة ولا بعدها

وهو ان يسأله الحاكم عن الدعوى المقامة عليه فاما ان يكذبها أو يصدقها فان كذبها وثبت انه وصل اليها فلا يؤجل وان صدقها أو كذبها وثبت انه لم يصل اليها بالطريقة الآتية فى مادة (٣٠١) اجل سنة لانه ثبت ان امرأة حضرت عند سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه واخبرته بان زوجها لم يصل اليها فأجله حولا فلما انقضى الحول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما سيدنا عمر وجعلها تطليقة بائنة وانما أجل سنة ولم يفرق في الحال لانه يحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون من أصل الخلقة فلا بد من مدة يعرف منها ذلك وقدرت بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لانه ان كان من علة معترضة فاما ان تكون من غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والفصول الاربعة تشتمل على هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه ناشئا عن احدى هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له او عن كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال.

ثم ان التأجيل اما ان يكون فى وسط الشهر او فى غرته . فان كان الاول اعتبرت السنة بالايام اتفاقا . وان كان الثاني فقال بعضهم تعتبر قمرية وهي ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وثمان ساعات وثمان واربعون دقيقة اى ثلث يوم وثلث عشر يوم وبعضهم يعتبرها شمسية وهي تزيد عن القمرية احد عشر يوما وبعض يوم وقد اختلفوا فى المفتى به ولكن المعول عليه اعتبارها قمرية . ويحتسب من هذه السنة ايام شهر رمضان وايام حيضها وايام غيبته ولو للحج لان المانع ليس من جهتها ولا تحتسب من السنة ايام غيبتها لوجود المانع من جهتها ولا ايام

مرضها أو مرضه بشرط ان لا يستطاع معه الوقاع . وسواء كانت السنة شمسية او قمرية فانها تحتسب من يوم الخصومة الا في احوال ثلاثة — الاولى اذا كان صغيراً فان المدة تبتدئ من وقت بلوغه — الثانية اذا كان مريضاً فمن وقت شفائه الثالثة اذا كان محرما بحج او عمرة فمن وقت فك احرامه — انظر مادة (٢٩٩)

فان مضت السنة ولم تعد المرأة الى القاضي فيها واما اذا عادت اليه وادعت انه لم يصل اليها فى هذه المدة احضره وسأله وحينئذ لا يخلو حاله من احد أمرين — الاول الاقرار بما قالت — الثاني الانكار فان اقر يأمره الحاكم بطلاقها فان امتثل فبها وان امتنع فرق القاضي لانه ظالم فيدفع ظلمه من له عليه الولاية وهو القاضي وهذه الفرقة طلاق لا فسخ فاذا فرض وتزوجها بعد ذلك ولم يكن وقع عليها طلاق غير هذا ملك عليها طلقتين لا ثلاثا ولا خيار لها فى هذه الحالة لانها تزوجته ثانياً عالمة بحاله — والخصي كالعنين في جميع هذه الاحكام لان الوطء مرجو . واما المجبوب او مقطوع العضو المعلوم فان طلبت الزوجة الفرقة منهما ولم تكن عالمة بحاله قبل الزواج فرق القاضى بينهما فى الحال لعدم الفائدة في التأجيل — انظر مادة (٣٠٠)

(مادة ٢٩٩) اذا رافعت المرأة زوجها الى الحاكم وادعت انه عنين وطلبت التفريق يسأله الحاكم فان صدقها واقر انه لم يصل اليها يؤجله سنة كاملة قمرية يحتسب منها رمضان وايام حيضها ومدة غيبته ان غاب لحج وغيره لا مدة غيبتها ولا مدة مرضه ومرضها ان كان لا يستطاع معه الوقاع وابتداء السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج صغيرا او مريضاً او محرما فان كان كذلك فابتداؤها يعتبر من حين بلوغه او شفائه اوفك احرامه

(مادة ٣٠٠) اذا لم يصل الزوج لامرأته ولو مرة فى مدة الاجل المقدر له وعادت المرأة شاكية الى الحاكم بعد انقضائه طالبة التفريق يأمره الحاكم بطلاقها فان

وان أنكر الزوج دعواها وادعى انه وصل اليها فان كان قبل التأجيل فحكمه علم مما تقدم في شرح مادة ٢٩٩ وان كان بعد التأجيل كما هو الموضوع فلا يمكن القاضي ان يصدق واحدا منهما بلا برهان لانه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح فحينئذ يعين القاضي امرأتين ممن يثق بهن ويأمرهما بالكشف عليها وعند ذلك لايخلو الحال من أحد أمرين الاول ان يجداها ثيباً .الثاني ان يجداها بكراً . فان كان الاول سواء كانت ثيبا في الاصل أو بكرا حلف الزوج لانه هو المنكر فان حلف سقط حقها وان امتنع خيرها القاضي وكذالو كانت الزوجة بكرا في الاصل وادعت زوال بكارتها بعارض كالاصبع مثلا وان كان حراما فانه يحلف ايضا فان حلف سقط حقها وان امتنع خيرت . وان كان الثاني وهو ما اذا وجداها بكرا خيرها القاضي فان اختارت زوجها فالامر ظاهر وان اختارت نفسها فرق بينهما ولكن لابد ان يكون اختيارها لنفسها فى المجلس لان الزمن الذي مضى كان في التروى ولهذا لو قامت او اقامها احد منه يبطل خيارها — انظر مادة (٣٠١)

ابي فرق بينهما وهذه الفرقة طلاق لانسخ ولو وجدته مجبوبا جاهلة ذلك وقت النكاح وطلبت مفارقته يفرق بينهما للحال بدون امهال

(مادة ٣٠١) اذا انكر الزوج دعوى المراة عليه بالعنة وادعى الوصول اليها قبل التأجيل او بعده يعين الحاكم امراتين ممن يثق بهن للكشف عنها فان كانت ثيبا من الاصل او بكرا وقالتا هي ثيب يصدق الزوج بيمينه ولو ادعت المرأة زوال بكارتها بعارض فان حلف سقط حقها واذا نكل عن اليمين او قالتا هي بكر فان كان ذلك قبل التأجيل يؤجل سنة كما مر في المادة السالفة وان كان بعد التأجيل تخير المراة في مجلسها فان اختارت الفرقة يفرق بينهما وان عدلت واختارت الزوج او قامت او اقامها احد من مجلسها قبل ان تختار بطل اختيارها

والفرقة المترتبة على العنة والجب ونحوهما طلاق بائن لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بالبينونة اذ لو كانت هذه الفرقة طلاقا رجعياً تكون المرأة معلقة بالمراجعة فلا تكون ذات زوج ولا مطلقة . اما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء . وأما الثانية فلأنها ذات زوج فلا يحصل لها دفع الظلم والبينونة صغرى لحصول المقصود بها . ويترتب على ذلك ان المرأة لا تحرم على العنين لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة بزواج غيره فلو اتفقا بعد التفريق على التزوج ثانياً جاز ذلك سواء كان في العدة او بعدها . ويترتب عليه ايضاً انه اذا مات احدهما في عدة التفريق فلا يرثه الآخر لان الأرث لا يكون الا اذا كانت الزوجة قائمة حقيقة او حكماً بان كانت فى عدة الطلاق الرجعى اما اذا كان الطلاق بائنا فلا توارث فى عدته الا في حال هرب الزوج او الزوجة من ارث صاحبه كما تقدم مستوفي في طلاق المريض — انظر مادة (٣٠٢)

﴿ الباب الرابع ﴾

(فى الفرقة بالردة)

اعلم ان الزوجين اما ان يكونا غير مسلمين او الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة بان كانت كتابية او مسلمين ولا يتأتى ان يكون الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة لان التزوج في هذه الحالة باطل فلا تتعلق به الاحكام

(مادة ٣٠٢) الفرقة بالعنة ونحوها لا يترتب عليها تحريم المرأة بل اذا تراضت هى والعنين على التزوج ثانياً بعد التفريق جازلهما ذلك في العدة وبعدها ولا يتوارث الزوجان فى الفرقة بالعنة ونحوها

وهذه الاحكام ان كان المرتد احد الزوجين فقط فان ارتدا فاما ان يكون ارتدادهما معاً او متعاقبا . فان كان الاول فاما ان يسلما معا ايضا او متعاقبا فان اسلما معا فلا يفسخ العقد وان اسلما متعاقبا سواء علم الاسبق او لم يعلم فالظاهر فسخ العقد لانه ثبت فى وقت من الاوقات ان احدهما مسلم والآخر مرتد ومثل هذا فى الحكم ما اذا علم من اسلم منهما اولاً . وان كان الثاني وهو ما اذا ارتدا متعاقبين انفسخ العقد لثبوت اسلام احدهما وردة الآخر.

— انظر مادة (٣٠٥)

وما تقدم من الاحكام انما هو بالنسبة لحصول الفرقة بين الزوجين وعدمها واما بالنسبة لاستحقاق الزوجة المهر فلا يخلو الحال من احد امرين الاول ان تكون الردة بعد الدخول حقيقة اوحكما. الثاني ان تكون قبل الدخول وعلى كل فاما ان يكون المرتد هو الزوج او الزوجة .فان كان بعد الدخول وجب لها كل المهر سواء كانت الردة من جهته أو من جهتها لتأكده بالدخول — انظر مادة (٣٠٦)

وان كانت قبل الدخول فان كانت من قبل الزوج فاما ان يكون لها مهر مسمى فى العقد اولا فان كان الاول وجب لها نصفه لانها فرقة اتت من قبله قبل الدخول فيتنصف المسمى وان كان الثاني وجبت لها المتعة . وان كانت

(مادة ٣٠٥) اذا ارتد الزوجان معاً أو على التعاقب ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك يبقى النكاح قائما بينهما وانما يفسد إذا أسلم أحدهما قبل الآخر

(مادة ٣٠٦) اذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة أو حكما فلها كامل مهرها سواء وقعت الردة منها او من زوجها

من قبلها فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة لان هذه فرقة اتت من قبلها قبل الدخول فلاتستحق شيئاً اصلا وقد تقدمت هـذه الاحكام بادلتها في الفصل الثالث في الاسباب التى تؤكد لزوم المهر بتمامه للمرأة والاحوال التي تستحق فيها نصف المهر والاحوال التي لا تستحق فيها شيئا — انظر مادة (٣٠٧)

هذا حكم المهر — واما ارث احدهما من الآخر فيقال فيه لا يخلو الحال من احد امرين . الاول ان يموت احدهما بعد انقضاء عدة الفرقة التى حصلت بالردة . الثاني ان يموت فيها فان كان الاول فلا توارث بينهما لانهما صارا اجنبيين من بعضهما لانقطاع الزوجية وزوال كل الاحكام المترتبة على الزواج سواء كان المرتد هو الزوج او الزوجة — وان كان الثاني فاما ان يكون المرتد هو الزوج او الزوجة وعلى كل فاما ان تكون الردة في حال الصحة أو في حال مرض الموت فان كان هو المرتد ورثته في الحالتين ان كانت مستحقة للميراث بان كانت مسلمة ولم يكن هناك مانع من التوريث — انظر مادة (٣٠٨)

وان كانت هي المرتدة فان كانت ردتها في مرض موتها ورثها زوجها ان لم يكن هناك مانع من الأرث وان كانت ردتها وهي في الصحة وماتت مرتدة فلا نصيب له فى الأرث وانما قالوا ان

(مادة ٣٠٧) واذا وقعت الردة قبل الدخول فان كانت من قبل الزوج فلها نصف المهر المسمي أو المتعة ان لم يكن مهر مسمى وان كانت من قبلها فلا شئ لها من المهر ولا من المتعة

(مادة ٣٠٨) اذا مات المرتد في عدة المرأة المسلمة فانها ترثه سواء ارتد فى حال صحته أو في مرض موته

الزوجة ترث زوجها اذا ارتد ومات فى عدتها سواء كانت الردة في حال الصحة أو في حال المرض وان الزوج لا يرث من زوجته اذا ارتدت وماتت في العدة الا اذا كانت الردة في حال المرض لان ردته في معنى مرض الموت لانه اذا لم يسلم يقتل فيكون هاربا من ارثها فترثه مطلقا وأما المرأة فلا تقتل بالردة فلم تكن هاربة من ارثه الا اذا كانت ردتها في مرض الموت — انظر مادة(٣٠٩)

(الباب الخامس فى العدة وفى نفقة المعتدة)

الفصل الاول فيمن تجب عليها العدة من النساء ومن لا تجب

لاشك في ان العدة لا توجد الا بعد الفرقة ولذا أخرت عن جميع أنواعها والعدة بضم العين بمعنى الاستعداد للشيء وليست مقصودة هنا بل المقصود العدة بكسر العين ولها ثلاث معان : معنى فى اللغة ومعنى فى الشرع ومعنى في اصطلاح الفقهاء . فمعناها فى اللغة الاحصاء يقال عددت الشيء عدة أحصيته احصاء . ومعناها فى الشرع انتظار يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه . وفي اصطلاح الفقهاء تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح او شبهته فهذا المعنى أخص من المعنى الشرعى لان اسم العدة فيه خاص بانتظار المرأة زمنا مخصوصا لا بانتظار الرجل مع ان الرجل يلزمه انتظار زمن مخصوص فى مسائل . منها اذا

(مادة ٣٠٩) اذا ارتدت المرأة فان كانت ردتها فى مرض موتها وماتت وهي فى العدة يرثها زوجها المسلم وان كانت ردتها وهى فى الصحة وماتت مرتدة فلا نصيب له فى ميراثها

طلق زوجته واراد ان يتزوج غيرها ممن لايجوز له الجمع بينهما كأختها اوعمتها او خالتها فلا يجوز له ذلك الا بعد انقضاء العدة سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا.ومنها اذا كان رجل متزوجا اربعا وطلق احداهن فلا يجوز له ان يتزوج خامسة حتى تنقضي عدة من طلقها .ومنها اذا طلق زوجته ثلاثا واراد ان يتزوجها لزمه الانتظار حتى تنقضي عدتها وتتزوج بغيره الى آخر ماعلم مرارا وغير ذلك من المسائل التي يطول شرحها وهي ترجع الى شيء واحد وهو ان المرأة التي امتنع نكاحها على الرجل لمانع يلزمه انتظار زوال هذا المانع حتى تحل له ولكن الفقهاء لايسمون انتظار الرجل عدة مع اطلاقها عليه شرعا . والعدة لها أحكام كثيرة. منهاحرمة تزوج اخت المعتدة مثلا واربع سواها مادامت العدة باقية. ومنها حرمة المعتدة على غير الزوج اما هو فيجوز له العقد عليها اذا كانت معتدة لطلاق رجعي او بائن بينونة صغرى فلو كان بائنا بينونة كبرى فلا يجوز له تزوجها ولو في العدة .

وسبب العدة حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بأي سبب كان فمتى وجدالسبب وجبت وحينئذ تجب العدة على المرأة في الاحوال الآتية .اولا اذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة سواء كان النكاح صحيحا اوفاسدا. ثانيا اذا حصلت الفرقة بينهما بعد الخلوة ولو فاسدة اذا كان العقد صحيحا فلو كان فاسدا فلا تجب العدة عليها بعد الخلوة ولو كانت صحيحة وبعضهم يقول اذا حصلت الفرقة بعد الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان كان فسادها آتيا من جهة أمر شرعي كصوم رمضان وجبت العدة وان كان آتيا من جهة الحس كوجود ثالث او مرض يمنع من المباشرة فلا تجب العدة وهو الظاهر

كما تقدم لك ذلك في مبحث الخلوة .ولافرق في وجوب العدة على الزوجة بعد حصول الفرقة بين ما اذا كان الطلاق رجعيا او بائنا بينونة صغرى او كبرى بل الكل سواء ولايخفى ان هذا فيما اذا كان العقد صحيحا اذ لو كان فاسدا فلا يلحقه الطلاق فالذى يتأتى فيه اما المتاركة او تفريق القاضى

ثالثا تفريق القاضى بالعنة فاذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنينا وفرق القاضي بينهما بعد استيفاء الشروط المتقدمة في العنة وجبت عليها العدة .رابعا تفريق القاضى بإباء الزوج الاسلام فاذا كان الزوجان غير مسلمين واسلمت الزوجة وعرض الاسلام على الزوج وامتنع فرق القاضى بينهما ووجبت العدة على المرأة .خامسا تفريق القاضي باللعان فاذا قذف الزوج زوجة بالزنا ورفعت أمرها الى الحاكم وتلاعنا وفرق القاضى بينهما وجبت العدة على الزوجة

سادسا تفريق القاضي بسبب نقصان المهر فاذا تزوجت المكلفة بلا اذن وليها العاصب رجلا كفئا بأقل من مهر المثل ودخل بها فاعترض الولى العاصب ولم يتمم الزوج مهر المثل وفرق القاضى بينهما بناء على طلب الولى وجبت عليها العدة

سابعا تفريق القاضى بخيار البلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب او الجد من الاولياء لرجل كفء بمهر المثل ودخل بها قبل البلوغ وعند ما بلغت اختارت نفسها وفرق القاضي بينهما وجبت عليها العدة . ثامنا اذا ارتد الزوج فسخ عقد الزواج فتعتد الزوجة لحصول الفرقة بالفسخ . تاسعا اذا كان عقد الزواج فاسدا ودخل بها وترك احد الزوجين الآخر وجبت العدة ومثله اذا لم يفترقا وفرق القاضي بينهما

عاشرا اذا حصلت الفرقة بعد الوطء بشبهة فاذا زفت امرأة لرجل وقيل له هى زوجتك ولم تكن كذلك فدخل بها وتبين الامر وحصلت المتاركة او لم تحصل وفرق القاضي بينهما وجبت العدة

وكل هذه الفرق لايجب فيها العدة الا اذا حصلت بعد الدخول فان كانت قبله فلا تجب ولكن لو حصلت الفرقة بالوفاة وكان العقد صحيحا وجبت العدة مطلقا اى سواء كان قبل الدخول او بعده لان حكمتها في الوفاة اظهار الحزن على الزوج وهذا لافرق فيه فى الحالتين بخلاف الحكمة في غير الوفاة فانها معرفة براءة الرحم وهذا لايكون الا بعد الدخول — انظر مادة (٣١٠)

وانواع العدة ثلاث . حيض واشهر ووضع حمل وذلك يختلف باختلاف الفرقة وحال الزوجة وعقد الزواج . وبيانه ان المرأة ان كانت من ذوات الحيض وحصلت الفرقة بالطلاق سواء كان رجعياً او بائناً وسواء كان البائن بينونة صغرى أو كبرى او حصلت الفرقة بالفسخ كارتداد الزوج اواختيار المرأة نفسها بالبلوغ فلاتنقضى عدتها الا بثلاث حيض كوامل ولكن يشترط لذلك شروط الاول ان تكون المرأة حرة فلو كانت رقيقة انقضت عدتها بحيضتين. الثانى ان تكون حائلا اى غير حامل فلو كانت حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل وان

(مادة ٣١٠) العدة من موانع النكاح لغير الزوج وتجب على كل امرأة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة فى النكاح الصحيح والفاسد وبعد الخلوة الصحيحة او الفاسدة فى النكاح الصحيح سواء كانت الفرقة عن طلاق رجعى أو بائن بينونة صغرى او كبرى او تفريق بعنة ونحوها او لعان او نقصان مهر أوخيار بلوغ او فسخ او متاركة فى النكاح الفاسد أووطء بشبهة وتجب ايضاً على كل امرأة توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول بها في النكاح الصحيح

بالطلاق او الفسخ بجميع اسبابه فعدتها تنقضي بثلاثة اشهر كاملة لقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن) اي مثلهن روي انه لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لا تحيض لا ندري ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية فالمعنى ان ارتبتم في عدة التى لم تحض فعدتها ثلاثة اشهر . والعدة اما ان تجب فى غرة الشهر او فى اثنائه فان كان الاول انقضت بثلاثة اشهر ولو نقصت عن تسعين يوما وان كان الثانى اعتبرت الايام فلا تنقضى الا بتسعين يوما من تاريخ الفرقة — انظر مادة (٣١٢)

والمعتدة بالاشهر اما ان لا ترئ الحيض اصلا او تراه فان رأته فاما ان تكون تلك الرؤية بعد تمام الاشهر او في اثنائها فان لم تره أصلا فلا كلام فى ان عدتها انقضت بالاشهر هذه المرة واذا احتيج الى العدة في المستقبل تنقضي بالاشهر ايضا وان رأته بعد تمام الاشهر انقضت في هذه المرة بها وفى المستقبل تكون بالحيض فاذا فرض وتزوجت الآيسة بعد مضي ثلاثة اشهر ثم عاودها الدم على عادتها فلا ينقض هذا التزوج وان رأته فى اثنائها كما اذا كانت مراهقة اى قريبة من البلوغ ودخلت في العدة بالاشهر او آيسة بان بلغت خمساً وخمسين سنة وكان الحيض انقطع عنها ودخلت فى العدة

(مادة ٣١٢) اذا لم تكن المراة من ذوات الحيض لصغر او كبر او بلغت بالسن ولم تحض اصلا فعدة الطلاق او الفسخ فى حقها ثلاثة اشهر كاملة فاذا وجبت العدة فى غرة الشهر تعتبر الشهور بالاهلة ولو نقص عدد ايام بعضها عن ثلاثين يوما واذا وجبت فى خلاله تعتبر المدة بالايام وتنقضى بمضى تسعين يوما .

بالاشهر وقبل انقضائها رأت الدم على عادتها انقضت العدة بالاشهر ووجب عليها ان تستأنف عدة بالحيض فلا تحل للازواج الا بعد ثلاث حيض كوامل والسبب فى ذلك بالنسبة للمراهقة أنها صارت من ذوات الحيض فيلزمها ان تعتد به لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وبالنسبة للآيسة ان العدة بالاشهر خلف عن العدة بالحيض لان عود الحيض يبطل الاياس فظهر انه لم يكن خلفا وذلك لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك لايكون الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفانى فان له ان يفطر في رمضان ويفدي عن صوم كل يوم فاذا قدر قبل موته لزمه قضاء صوم الايام التى افطر فيها — انظر مادة (٣١٣)

فظهر جليا انه متى ثبت ان المرأة من ذوات الحيض فلا تنقضي عدتها الا بثلاث حيض وينبني على ذلك انه لو رأت امرأة دم الحيض مرة واحدة بان نزل عليها ثلاثة ايام لان هذا الزمن اقل مدة الحيض ثم انقطع عنها الدم لاي سبب كان واستمر طهرها وكانت متزوجة او تزوجت بعد تلك الحيضة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته فلا تنقضى عدتها بالاشهر بل لابد من أن تحيض ثلاث حيض حتى تنقضي العدة لانه ثبت انها من ذوات

(مادة ٣١٣) اذا اعتدت المرأة المراهقة بالاشهر ثم حاضت قبل تمامها وجب عليها ان تستأنف العدة بالحيض وكذا الآيسة التى دخلت العدة بالاشهر اذا رأت الدم على العادة قبل تمام الاشهر انتقض مامضى من عدتها ووجب عليها استئنافها بالحيض فلا تحل للازواج الا بعد ثلاث حيض كوامل فاذا رأت الدم على العادة بعد تمام الاشهر فقد انقضت عدتها ولا تستأنف غيرها ونكاحها جائز بعدها وتعتد فى المستقبل بالحيض

الحيض فلا تعتد بغيره فاذا عاد الدم قبل بلوغها سن الاياس اعتدت به وان لم يعد اصلا فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الاياس وهو خمس وخمسون سنه وتعتد بعده بثلاثة اشهر كاملة وهذه المسألة فى غاية الشدة بالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن وبالنسبة للرجال ايضا لالزامهم بالانفاق على المراة حتى تنقضي العدة ولذا قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه تنقضى عدتها بسنة كاملة وهو ظاهر المراد لان الغرض من العدة امران تعرّف براءة الرحم واظهار الحزن والأسف على الفراق ولم يجعل الشارع مدة للحزن اكثر من اربعة اشهر وعشرة ايام وبراءة الرحم تعرف بغير هذا الزمن لان اكثر مدة الحمل سنتان فلو قالوا لاتنقضى عدتها الا بعد مضي سنتين من وقت الفرقة للتحقق من براءة الرحم لكان وجيها مع انه لم يقل به احد من الحنفية ولاى شئ تنقضى عدتها اذا توفى زوجها باربعة اشهر وعشرة ايام ولا تنقضى اذا كانت الفرقة بغير الوفاة الا ببلوغ سن الاياس وتعتد بعده فان قالوا ان عدة الوفاة هكذا قلنا ان الغرض من العدة فى غيرها تعرّف براءة الرحم ولا يتأتى ان يكون مشغولا بالولد هذا الزمن فلا يسعنا الا ان نقول كما يقولون البحث وارد والحكم مسلم والمتبادر للعقل ان مذهب الامام مالك هو الارفق فيفتى به للضرورة كما نص على ذلك بعض الحنفية ونص بعض الحنفية على ان عدتها تنقضى بتسعة اشهر — انظر مادة (٣١٤)

(مادة ٣١٤) المرأة التى رات الدم اياما ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض او غيره واستمر طهرها سنة فاكثر تعتد بالحيض ولاتنقضى عدتها حتى تبلغ سن الاياس وتتربص بعده ثلاثة اشهر كاملة وسن الاياس خمس وخمسون سنة

وهذا بالنسبة لممتدة الطهر واما ممتدة الدم وهي التى نزل عليها الدم واستمر بدون انقطاع فلا . يخلو حالها من احد امرين . الاول ان تكون لها عادة معروفة بالنسبة للطهر والحيض . الثاني ان لاتكون كذلك فان كان الاول اتبعت عادتها فتنقضي عدتها بعد مضي الزمن الكافي لثلاث حيض من وقت الطلاق او الفسخ . وان كان الثانى بان لم تكن لها عادة اصلا بان بلغت برؤية الدم واستمر او كانت لها عادة ونسيتها ففيها اقوال كثيرة المفتى به منها ان عدتها تنقضى بعد مضي سبعة اشهر من وقت الطلاق او الفسخ وذلك بان يجعل لها ثلاث حيض بثلاثين يوما احتياطا وثلاثة اطهار كل طهر شهران لان المدة الفاصلة بين دمي الحيض اقلها خمسة عشر يوما ولا حد لاكثرها فأضاف من قال بهذا القول على اقل مدة الطهر ثلاثة امثاله للاحتياط وان كان الغالب ان النساء يحضن في كل شهر مرة — انظر مادة (٣١٥)

وان كانت المرأة حاملا انقضت عدتها بوضع جميع حملها فلو فرض انها كانت حاملا باثنين فلا تنقضى عدتها بوضع احدهما ولكن لابد ان يكون الحمل ظاهرا كل خلقه او بعضه لانه فى هذه الحالة ولد فان لم يستبن من خلقه شئ بان كان علقة او مضغة فلا تنقضي به العدة وانما كان كذلك لقوله تعالى (وأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) سواء طال الزمن او قصر ولا فرق في انقضاء العدة بوضع الحمل بين ماذا كانت الفرقة بموت او طلاق او فسخ لعموم هذه الآية . أما بالنسبة للفرقة بغير الوفاة فظاهر لان براءة

(ماده ٣١٥) ممتدة الدم التى تحيرت ونسيت عادتها تنقضى عدتها بعد مضى سبعة اشهر من وقت الطلاق او الفسخ

الرحم تحققت واما بالنسبة للفرقة بالوفاة فلقول سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج — انظر مادة (٣١٦)

فعلم من ذلك ان الفرقة ان كانت بالوفاة وكانت المرأة حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل ولو قصر الزمن واما اذا كانت غير حامل فلا تنقضى عدتها الا بمضى اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا) ولافرق في ذلك بين ما اذا كانت المرأة التى توفى عنها زوجها وهي غير حامل صغيرة او كبيرة مسلمة او كتابية متزوجة بمسلم ولافرق ايضاً بين ماذا كانت المرأة مدخولا بها او غير مدخول بها لان العدة في هذه الحالة انما هي لاظهار الحزن والاسف على وفاة الزوج ولذا يشترط ان يكون العقد صحيحاً فلو كان فاسدا كانت العدة بالحيض لانها لتعرف براءة الرحم لالقضاء حق النكاح اذ هو غير شرعى والحيض هو المعرّف.

كل هذه الاحكام بالنسبة للمرأة الحرة فلو كانت رقيقة فان كانت حاملا فهي مثل الحرة فى انها لا تنقضي عدتها الا بوضع جميع الحمل وان كانت غير حامل فان كانت من ذوات الحيض انقضت عدتها بحيضتين لقوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان» ولان الرق منصف والحيضة لاتتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه اشار سيدنا عمر بقوله لواستطعت لجعلتها حيضة

(مادة ٣١٦) عدة الحامل وضع جميع حملها مستبينا بعد خلقه أو كله سواء انحل قيد نكاحها بموت او طلاق او فسخ ولو اسقطت سقطا لم يستبن بعض خلقه فلا تنقضى به العدة

ونصفا وان لم تكن من ذوات الحيض تنقض عدتها بشهر ونصف في الفرقة بغير وفاة الزوج فان كانت بها انقضت بشهرين وخمسة ايام لان الزمن يتجزأ فامكن تنصيفه — انظر مادة (٣١٧)

وكل هذه الاحكام اذا كانت الفرقة بعد الدخول فلو حصلت قبله فان كانت بوفاة الزوج فعليها العدة كما تقدم وان كانت بغيرها فلا تجب عليها العدة انما اذا كان العقد صحيحاً فلا يشترط فى وجوب العدة الدخول الحقيقى بل الخلوة توجبها بخلاف مااذا كان العقد فاسدا فانها لاتجب الا بعد الدخول الحقيقي وانما لم تجب العدة على المطلقة قبل الدخول لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها) ولان حكمة العدة فى هذه الحالة تعرف براءة الرحم وهو بريء بيقين — انظر مادة (٣٢٣)

فيكون حاصل ماتقدم ان الفرقة اما ان تكون قبل الدخول أو بعده وعلى كل فاما ان يكون سبب الفرقة وفاة الزوج أو غيرها وان كانت الفرقة بعد الدخول فاما ان تكون المرأة حاملا أوغير حامل وعلى كل فاما ان تكون الفرقة بعد عقد زواج أو بعد وطء بشبهة وان كانت بعد عقد فاما ان يكون العقد صحيحا او فاسداً . فان كانت الفرقة قبل الدخول ولو حكما وكانت بغير

(مادة ٣١٧) عدة الحرة التى مات عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام ان كانت حائلا واستمر النكاح صحيحا الى الموت ولا فرق بين ان تكون صغيرة او كبيرة مسلمة او كتابية تحت مسلم مدخولا بها او غير مدخول بها وعدة الامة ان بالحيض فحيضتان وان بالاشهر لموت وغيره فعلى النصف من الحرة ولا فرق بينهما فى العدة بوضع الحمل

(مادة ٣٢٣) لاتجب العدة على مطلقة قبل الدخول والخلوة من نكاح صحيح ولاتجب بمجرد الخلوة من نكاح فاسد ولو كانت صحيحة

الوفاة فلا عدة على الزوجة ومثله ما اذا كانت الفرقة بعد الخلوة ولو كانت صحيحة لكن العقد فاسد . وان كانت قبل الدخول ولكنها بوفاة الزوج وكان العقد صحيحاً وجبت العدة وهي هنا أربعة أشهر وعشرة ايام فلو كان العقد فاسداً فلا تجب . وان كانت بعد الدخول وكانت المرأة حاملا فالعدة تنقضي بوضع جميع الحمل سواء كان بعد عقد أو وطء بشبهة وسواء كان العقد صحيحاً أو غير صحيح وسواء كانت الفرقة بالوفاة أو بغيرها . وان كانت بعد الدخول والمرأة غير حامل وكانت الفرقة بغير الوفاة فان كانت المرأة من ذوات الحيض تنقضى العدة بثلاث حيض كوامل وان لم تكن من ذوات الحيض انقضت عدتها بثلاثة اشهر . وان كانت بعد الدخول والفرقة بالوفاة والمرأة غير حامل تنقض عدتها بأربعة اشهر وعشرة ايام ان كان العقد صحيحاً فلو كان فاسداً فعدتها بالحيض . وكل هذا اذا كانت المرأة حرة اما لو كانت رقيقة فان كانت حاملا انقضت عدتها بوضع الحمل وان كانت غير حامل فان كانت من ذوات الحيض تنقضي عدتها بحيضتين وان لم تكن من ذوات الحيض فعدتها تنقضي بنصف الزمن الذي تنقضي فيه عدة الحرة

ثم ان الفرقة ان كانت بالطلاق ولم يمت الزوج فى اثناء العدة بل بعد انقضائها فلا تنتقل المرأة الى عدة الوفاة سواء كان الطلاق رجعياً او بائناً لانه بانقضاء العدة انتهت الزوجية بجميع احكامها فلا يجب عليها بموته شيء

واما اذا مات الزوج فى اثناء العدة ففيه تفصيل وبيانه ان الطلاق اما ان يكون رجعياً او بائناً وكل منهما اما ان يكون وقوعه في حال الصحة او فى حال مرض الزوج مرض الموت فينتج اربع صور . الصورة الاولى ان يكون الطلاق

رجعياً وهو في حال الصحة وفي هذه الحالة اذا مات في اثناء العدة بان توفى قبل ان تحيض ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض او ثلاثة اشهر ان لم تكن كذلك انهدمت عدة الطلاق ولزمتها عدة الوفاة لان الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى حتى تنقضي العدة فاذا مات الزوج فى اثنائها فهي زوجته فتكون داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا) فتعتد عدة الوفاة ـ الصورة الثانيـة ان يكون الطلاق رجعياً ايضاً ولكنه فى حال المرض ومات الزوج فى اثناء العدة وهي فى الحكم كالصورة الاولى كما ذكر — انظر مادة (٣١٨)

الصورة الثالثة ان يكون الطلاق بائناً وكان وقوعه فى حال المرض مع وجود الشروط التى يعتبر بها الزوج هاربا من ارثها بان يكون بغير رضاها كما علم ذلك من الفصل الخامس فى طلاق المريض ومات الزوج في اثناء عدتها حتى ورثتـه وفي هذه الصورة تنتقل عدتها لا الى عدة الوفاة بل تعتد بأبعـد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق فينظر الى اطولهما وتعتد به فان كانت من ذوات الحيض فلا تنقضى عدتها الا اذا حاضت ثلاث حيض في ظرف أربعة أشهر وعشرة أيام فان حصلت الحيض الثلاث في هـذا الزمن فبها وان حصلت فى أقل منه فلا بد من تكميله وان حصلت حيضتان فيه فلا بد من حيضة ثالثة بعده لان العدة بالحيض فى هـذه الحالة اطول من عـدة الوفاة وتاريخ العدة بالحيض يعتبر من وقت الطلاق وعلى هذا لو حاضت حيضتين

(مادة ٣١٨) اذا مات زوج المطلقة رجعيا وهي في العدة تعتد عدة الوفاة وتنهدم عدة الطلاق سواء كان وقوعه فى حال صحة الزوج او في مرض موته

قبل وفاته ولم تحض بعد وفاته الا واحدة ومضت عدة الوفاة كفى وهذا هو الظاهر و يعلم من قولهم ومات في أثناء العدة انه لو مات في هـذه الصورة بعد انقضائها بأن حاضت ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض او مضى عليها ثلاثة اشهر ان لم تكن كذلك من تاريخ الطلاق قبل وفاته فلا تنتقل الى عدة اخرى لانقضاء العدة ولذا لا ترث فى هذه الحالة

الصورة الرابعة ان يكون الطلاق بائناً وكان وقوعه في حال الصحة أوفي حال المرض ويتبين انه ليس هاربا من ارثها بأن أكره على الطلاق مثلا ومات في أثناء العدة وفي هذه الصورة لاتنهدم العدة التي وجبت بعد الطلاق بل تتمها على حسب حالها وتنتهي — انظر مادة (٣١٩)

وكل هذه الاحكام خاصة بوفاة الزوج بعد الطلاق اما اذا بقى الزوج حيا فاما أن يعيدها اليه وهى في العدة اولا فان لم يعدها اليه فلا كلام لنا لانها في عدة جديدة ولا فى مهر جديد واما اذا أعادها اليه في العدة فاما ان يكون الطلاق رجعياً او بائنا وعلى كل فاما ان يفارقها بعد الدخول اوقبله فينتج من هذا صور اربع

الاولى ان يعيدها فى الطلاق الرجعى ثم يفارقها بعد ان يدخل بها وفي هذه الحالة تجب عليها عدة مبتدأة بلا خلاف لحصول الدخول بعد الرجعة وليس هناك مهر فى هذه الحالة حتى يقال يجب اولا لان عودها اليه فى هذه الصورة يكون بالرجعة وهي لا يشترط فيها عقد ولا مهر جديدان بل

(مادة ٣١٩) اذا مات من ابان امرأته فى مرض موته بغير رضاها وكان موته في عدتها حتي ورثته تنتقل عدتها وتعتد بأبعد الاجلين من عدة الوفاة وعده الطلاق أعني اربعة اشهر وعشرا فيها ثلاث حيض

الذي يلزمه هو مهر العقد الاول الذي كان قبل الطلاق الرجعي

الصورة الثانيه ان يعيدها اليه في الطلاق الرجعى ثم يفارقها قبل ان تدخل بها وهذه ايضا لاكلام فيها بالنسبة للمهر لما تقدم في الصورة الاولي

الصورة الثالثه أن يعيدها بعد الطلاق البائن وهي فى العده ويدخلى بها ثم يفارقها وفي هذه الحالة يلزمه كل المهر وعليها عدة مبتدأة بلاخلاف لان الطلاق متي كان بائنا فلاتجوز اعادتها اليه الا بعقد ومهر جديدين فاذادخل بها فقد تأكد هذا المهر فيجب بالفرقة وبما انه حصل دخول فتلزمها عدة مبتدأة من وقت الفرقة الثانية

الصورة الرابعة ان يكون الطلاق بائنا ويعيدها اليه وهى في العدة ثم يفارقها قبل ان يدخل بها وهذه مسئلة خلافية لان الامام الاعظم وابا يوسف يقولان تجب عليها عدة مبتدأة ويجب عليه المهر الذى سماه في العقد الثاني كاملا وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى واستدل بان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة وكل طلاق يكون كذلك لايوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أن لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط الانساب فاذا طلقها ثانيا بلادخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها كمال العدة الاولى . واستدل الشيخان بانها مقبوضة فى يده حقيقة بالدخول الاول وبقى اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق فى هذا النكاح وقال زفر لاعدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب لانه طلاق قبل الدخول. والظاهر مذهب محمد وان كان المشهور

مذهب الشيخين وقد بين العلماء فساد مذهب زفر لانه يترتب عليه مايترتب وانت خبير بان الطلاق البائن هنا هو ما كان بائنا ببينونة صغرى اذ لو كانت كبرى لم يجز ارجاعها اليه الا بعد تزوجها بغيره — انظر مادة (٣٢٠)

وبما ان سبب العدة هو الطلاق او المتاركة او الوفاة فيكون ابتداؤها عقب ذلك لان المسبب يعقب السبب وحينئذ يكون مبدأ العدة عقب الطلاق اذا كان العقد صحيحا وعقب المتاركة او تفريق القاضى اذا كان فاسدا وعقب الوفاة سواء كان العقد صحيحا او فاسداً ويبنى على ذلك ان العدة تنقضى وان لم تعلم المرأة بالطلاق او الوفاة لما ذكر ولانها اجل فلا يشترط العلم بمضيه وان المرأة اذا ادعت الطلاق على الزوج في وقت معلوم وانكره فاقامت بينة على صحة دعواها وحكم القاضي به اعتبر مبدأ العدة من الوقت المسند اليه الطلاق لا من وقت الحكم به فلو فرض أن المدة الفاصلة بين الوقتين كافية للعدة فقد انقضت فيجوز لها التزوج بغيره في يوم الحكم بطلاقها ولو كانت هذه المدة غير كافية احتسبت من العدة ويلزم المرأة تكميلها وأن الزوج اذا كان غائبا وتوفى وحضر من كان معه وشهدوا بوفاته في يوم معلوم وحكم القاضي بالوفاة انقضت العدة ان كان الزمن الذي بين يوم الوفاة ويوم الحكم به كافيا والا كملته وبعده تحل للازواج وهذا باتفاق وكل هذا اذا كان الطلاق ثابتاً بغير اقراره بأن شهدت به البينة وهو منكر له أما اذا ثبت باقراره بأن أخبر فى وقت بأنه طلقها منذ زمان مضي ولم تقم عليه بينة فقد اختلفت

(مادة ٣٢٠) من تزوج معتدة من طلاق بائن غير ثلاث وهى فى العدة ثم طلقها وجب عليه لها مهر كامل وعليها عدة مستقبلة ولو لم يدخل بها

عبارة الفقهاء فقال بعضهم تبتدئ العدة من وقت الاقرار لا من الوقت المسند اليه الطلاق سواء صدقته المرأة أو كذبته او قالت لا ادرى زجرا له بكتمانه طلاقها ونفيا للتهمة وينبنى على ذلك انه لايجوز له ان يتزوج بأختها مثلا ما دامت في العدة بعد الاقرار ولا يجوز له ان يتزوج بأربع سواها مادامت فى هذه العدة ولو كان مريضا مرض الموت فلا يصح اقراره لها بدين ولا ان يوصي لها لجوازانهما اتفقا على الاقرار بالطلاق فى وقت ماض ليصح ذلك وقال بعضهم تبتدئ العدة من الوقت المسند اليه الطلاق لا من وقت الاقرار لان الطلاق سبب في وجوب العدة وقد وجد فتبتدئ ولكن قال بعضهم ان هذا ليس اختلافا في الحقيقة بل يحمل كل قول على محمل خاص فيحمل الاول على ما اذا كانا مجتمعين لان الكذب في كلامه ان لم تصدقه او فى كلامها ان صدقته ظاهر فلا يصدقان في الاسناد . ويحمل الثاني على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذى اسند الطلاق اليه وهذا كلام في غاية الحسن فينبغى التحرى عن محال التهمة وعن الناس الذين هم مظانها ويحكم في كل شيء بما يناسبه .

وكل هذا بالنسبة للزمن الذى تبتدئ فيه العدة أما بالنسبة لنفقة الزوجة في العدة التى تبتدئ من وقت الاقرار عند القائل به فلا يخلو الحال من أحد أمرين . الاول ان تصدقه المرأة فى هذا الاخبار . الثاني ان تكذبه وعلى كل فاما ان يكون الزمن الفاصل بين الوقت المسند اليه الطلاق والاخبار به كافيا لانقضاء العدة اولا فينتج اربع صور

الاولى ان تصدقه وهذا الزمن كاف لانقضاء العدة وفي هذه لانفقة لها بأنواعها الثلاثة لاقرارها بذلك فيسرى عليها خاصة . الثانية ان

تصدقه وهذا الزمن غير كاف وفي هذه تجب لها النفقة فى الزمن الكافي لتمام العدة من الوقت المسند اليه الطلاق . الثالثة ان تكذبه فى هذا الاخبار والزمن كاف وفى هذه تجب لها النفقة بجميع أنواعها فى العدة التي ابتدأت من وقت الاخبار لانها لم تقر بسقوط حقها فيها . الرابعة ان تكذبه والزمن غير كاف وهي كالثالثة فى الحكم — انظر مادة (٣٢١)

وهناك أشياء تلزم مراعاتها ما دامت المرأة في العدة سواء كانت هذه الاشياء بالنسبة للاجنبي او الزوج او الزوجة . فمن الاشياء التى تخص الاجنبي عدم جواز خطبتها تصريحا وتعريضا ان كانت معتدة لطلاق سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا فان كانت معتدة لوفاة جازت الخطبة تعريضا لا تصريحا ودليل ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولا معروفا) قال الرازي في تفسيره أراد به المتوفى عنها زوجها بدليل سياق الآيه والمعنى لا اثم عليكم فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اضمرتم فى انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن نكاحا والاستثناء من

(مادة ٣٢١) مبدأ العدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح وبعد تفريق الحاكم او المتاركة في النكاح الفاسد وبعد الموت فورا وتنقضي العدة ولو لم تعلم المراة بالطلاق او الموت حتى لو بلغها الطلاق او موت زوجها بعد مضى مدة العدتين فقد حلت للازواج ولو اقر الزوج بطلاقها منذ زمان ماض ولم تقم عليه بينة فالعدة تعتبر من وقت الاقرار لا من الوقت المسند اليه وتامرأة النفقة ان اكذبته ولا نفقة لها ان صدقته وكان الزمن المسند اليه الطلاق قد استغرق مدة العدة فان لم يستغرق تجب لما بقى

لانواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك مما قدرناه يريد به قوله فاذكروهن وقد تقدم السبب العقلى في شرح المادة الثانية فارجع اليه ان شئت . ومنها انه لايجوز له ان يعقد عليها مادامت فى العدة لقوله تعالى بعد الآية المتقدمة (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) ولانه اذا لم تجز الخطبة التى هى طلب التزوج فالتزوج فعلا من باب اولى

ومن الاشياء التي تخص الزوج عدم زواجه بمحرم كأختها او عمتها ممن لايجوز له الجمع بينهما . ومنها انه ان كان متزوجا بثلاث غير المعتدة فلا يجوز له ان يتزوج غيرها حتى تنقضي العدة وهاتان من المسائل التى يعتد فيها الرجل . ومنها الزامه بالنفقة ان كانت الفرقة من جهته سواء كانت بمعصيته او بغيرها و من جهتها وكانت بغير معصيتها فان كانت بمعصيتها فلا تلزمه النفقة وستأتي هذه المسئلة فى الفصل الآتى

ومن الاشياء التى تخص الزوجة الحداد اي الحزن على هذه الفرقة سواء كانت بالوفاة او بالطلاق البائن ان كانت مسلمة مكلفة أما المتوفى عنها زوجها فلا خلاف فى حدادها لقوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد أي تحزن على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا » واما المطلقة طلاقا بائنا فحدادها مذهبنا وقال الامام الشافعي رضى الله تعالى عنه لاحداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته . ودليلنا

ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام «انه نهي المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب» ولم ينفصل بين معتدة الوفاة وغيرها ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت بدليل ان لها ان تغسله اذا مات قبل الابانة لا بعدها ويبنى على ذلك انها لا تتزين ولا تتطيب لانه ينافي التأسف فضلا عن أنه من دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن التزوج فتجتنبه كي لا تكون ذريعة الى الوقوع في المحرم

ومنها انه يلزمها ان تعتد في البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة ولو حصلت وهي غير موجودة فيه ولهذا لو خرجت لزيارة اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه لقوله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) والبيت المضاف اليها بالسكنى هو الذي تسكنه مع زوجها قبل الفرقة فان خرجت كان هذا الخروج معصية لقوله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة) والفاحشة هى نفس الخروج كما قاله ابراهيم النخعي وتبعه ابو حنيفة فيكون المعنى الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يزني احد الا ان يكون فاسقاً . وقال ابن مسعود الفاحشة هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن وبه اخذ ابو يوسف . وقال ابن عباس هي نشوزها وان تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها «اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله» وذلك ان فريعة بنت مالك ابن ابى سفيان اخت ابي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واستأذنت ان تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال لها «اعيدي المسئلة فاعادت فقال لها الا حتى يبلغ الكتاب اجله» يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك. وفي هذا الحديث دليل على حكمين الاول انه يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج . الثاني ان الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء هذا هو الدليل النقلي وحكمته ان المرأة اذا اعتدت في البيت الذي كانت تسكنه مع الزوج قبل الفرقة تكون دائما على ذكر من المعاشرة فتحزن على فراقه ان توفي فتمتنع عن ارتكاب شيء مخالف للشرع الشريف وتكون قريبة الرضا ان اراد الزوج عودها اليه لأن الطلاق ربما يكون لذنب اقترفه وبعد ذلك مال اليها وذلك لا يحصل ان اعتدت في غير هذا المسكن

وبما ان الاعذار تغير الاحكام في العبادات وغيرها لأن الضرورات تبيح المحظورات كان هذا الحكم عند عدم الضرورة فلو وجدت جاز لها الخروج وينبني على ذلك جوازه في الاحوال الآتية

اولا — اذا اخرج الزوج معتدة الطلاق ظلما وعدوانا فلا شيء عليها والاثم عليه او اخرجها صاحب المنزل لعدم القدرة على الاجرة او اخرجت الورثة معتدة الوفاة بان كان نصيبها من البيت لا يكفيها اذا قسم او طلبوا قسمة المهايأة ولو كان نصيبها كافياً لسكناها — ثانياً ان ينهدم البيت بالفعل — ثالثاً ان يخشى انهدامه فتخرج خوفاً على نفسها ومالها — رابعاً خوف تلف مالها بالضياع بان كان البيت مهدداً من اللصوص مثلا وهو غير حصين خامساً — اذا كان البيت الذي يسكنان فيه ليس مملوكا لها وتوفي الزوج ولا تجد المرأة كراءه الى غير ما ذكر من الاعذار المبيحة للخروج كأن خافت خوفاً

شديداً من أمر الميت والموت ولا احد معها فيه .فان وجد عذر من الاعذار المبيحة للخروج انتقلت معتدة الوفاة الى اقرب موضع منه لتكون دائماً على ذكر من احوال الزوج وانتقلت معتدة الطلاق الى الموضع الذي يشاءه الزوج لوجوب السكنى عليه . اذا علمت ماتقدم تعلم بداهة أن الخروج لقضاء المصالح بالنسبة لمعتدة الطلاق ليس من الاعذار لان الزوج متكفل بجميع ذلك اذ نفقتها واجبة عليه وأنه من الاعذار بالنسبة لمعتدة الوفاة لعدم وجوب النفقة لها فتحتاج الى الخروج نهاراً وبعض الليل لطلب المعاش فى النهار وربما امتد الى ان يهجم الليل فيجوز لها ذلك وهذا لا يستغرق الليل كله والضرورة تقدر بقدرها فلا تبيت خارج بيتها — انظر مادة (٣٢٢)

الفصل الثاني

« في نفقة المعتدة »

اعلم ان الفرقة بين الزوجين اما ان تكون بغير وفاة الزوج او بوفاته . فان كان الثاني فسيأتي حكمه في شرح مادة (٣٣١) وان كان لاول فاما ان تكون

(مادة ٣٢٢) تعتد معتدة الطلاق والموت في البيت المضاف الى الزوجين بالسكني قبل الفرقة وان طلقت او مات عنها وهي في غير منزلها عادت اليه فورا ولا تخرجان منه الا ان يصير اخراجهما او يتهدم او يخشى انهدامه او تلف مال المرأة اولا تجد كراء المسكن فتنتقل معتدة الوفاة لاقرب موضع منه ومعتدة الطلاق الى حيث يشاء الزوج ولا تخرج معتدة الطلاق رجعيا كان اوبائنا من بيتها الا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها ولا تبيت خارج بيتها

من قبل الرجل او من قبل المرأة وعلى كل فاما ان يكون سبب الفرقة معصية او غير معصية فتنتج صور اربع .

لصورة الاولى ان تكون الفرقة من قبل الزوج وكان سبب الفرقة غير معصية . الثانية ان تكون الفرقة من قبل الزوج وسبب الفرقة معصية وفي هاتين الحالتين تجب النفقة بانواعها الثلاثة وهي الطعام والكسوة والسكنى ما دامت المرأة فى العدة قصر الزمن او طال وينبنى على ذلك ان المرأة تجب لها النفقة ما دامت في العدة في المسائل الآتية

اولا للمطلقة فاذا طلق الرجل زوجته سواء كان الطلاق رجعياً او بائناً وسواء كان البائن بائنا ببينونة صغرى او كبرى وسواء كانت المرأة حاملا او حائلا اي غير حامل لان سبب الفرقة آت من جهته

ثانياً للملاعنة فاذا قذف الرجل زوجته بصريح الزنا ورفعت امرها الى الحاكم وتلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما وجبت عليها العدة ولها النفقة مادامت فيها لان هذه الفرقة اتت من قبله وان كان لها دخل فيها لكنه هو السبب لحصول القذف منه اولا فهى مضطرة للدفاع عن شرفها وعرضها

ثالثاً للمبانة بالايلاء فاذا قال الرجل لزوجته والله لا اقربك أربعة أشهر ومضت هذه المدة ولم يقربها فيها بانت منه وتلزمها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب فى الفرقة

رابعاً للمبانة بالخلع فاذا قال الرجل لزوجته خالعتك فى نظير عشرين جنيها مثلا فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمتها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب في هذه الفرقة وان كان لها دخل فيها بالقبول اذ لو

لم تقبل لم يقع الطلاق . ولكن محل وجوب نفقة العدة على الزوج في هذه الصورة اذا لم تحصل البراءة منها وقت الخلع بان قال لها خالعتك على كذا ونفقة العدة فقبلت وقع الطلاق البائن ولا تلزمه نفقة العدة لرضاها بسقوطها وهي حقها فتسقط وقد تقدم هذا في الخلع

خامساً للبانة بابائه عن الاسلام فاذا كان الزوجان غير مسلمين واسلمت الزوجة وعرض الاسلام على الزوج فامتنع وفرق القاضي بينهما وجبت عليها العدة ولزمته النفقة لانه هو السبب في هذه الفرقة اذ لو اسلم بقيت الزوجية اذا لم يكن هناك مانع آخر من بقائها كأن تكون محرما له بالنسبة للديانة الاسلامية

سادساً لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ فاذا زوج غير الأب والجد الصغير وعند بلوغه اختار فسخ هذا العقد انفسخ ولزمت المرأة العدة فتجب لها النفقة مادامت فيها لانه هو السبب في هذه الفرقة

سابعاً للبانة بردته فاذا كان الزوجان مسلمين وارتد الزوج اي خرج عن دين الاسلام والعياذ بالله تعالى انفسخ عقد الزواج ولزمت المرأة العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانه هو السبب فيها ولا شك في ان هذه فرقة سببها معصية الزوج

ثامناً للبانة بفعل الزوج باصولها او فروعها مايوجب حرمة المصاهرة فاذا زنى الزوج بام زوجته او بنتها او لمس واحدة منهما بشهوة حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة عند ابي حنيفة واصحابه ولزمتها العدة فما دامت فيها وجبت لها النفقة لانها فرقة أتت من قبله ولا شك في ان هذه ايضاً سببها معصية الزوج ولايخفى عليك انه لابد ان تكون هذه الاشياء حصلت بعد

الدخول اذ لو كانت قبله فلا تجب عليها عدة فلا تجب على الزوج نفقة

فتجب النفقة للزوجة على الزوج في كل هذه الصور مادامت في العدة سواء كانت العدة بالاشهر ان لم تكن المرأة من ذوات الحيض او بالحيض ان كانت ممن تحيض أو بوضع الحمل ان كانت حاملا وانما وجبت لها النفقة في هذه الصور على الزوج مادامت في العدة لان النفقة جزاء الاحتباس وهي محبوسة في حق حكم هو المقصود من الزواج وهو الولد اذ العدة واجبة في هذه الاحوال لصيانته فتجب النفقة — انظر مادة (٣٢٤)

الصورة الثالثة — ان تكون المرأة هي السبب في الفرقة ولكن السبب غير معصية وفي هذه الصورة تجب لها النفقة ايضا وينبني على ذلك وجوب النفقة في الاحوال الآتية — اولا لمن اختارت نفسها بالبلوغ فاذا زوج الصغيرة غير الاب والجد بكفء ودفع مهر المثل فالعقد صحيح ولكن لهذه الصغيرة عند البلوغ اختيار نفسها فاذا اختارت نفسها وفسخت العقد ورفعت الامر الى القاضي وحكم بالفسخ لزمتها العدة ووجبت لها النفقة

(ماده ٣٢٤) كل فرقة طلاقا أو فسخا وقعت من قبل الزوج لاتوجب سقوط النفقة سواء كانت بمعصيته أ لافتجب عليه النفقة مدة العدة وان طالت

(اولا) لمعتدة الطلاق رجعياً كان او بائنا بينونة صغرى او كبرى حاملا كانت المرأة او حائلا

(ثانياً) للملاعنة والمبانة بالايلاء او بالخلع مالم تبرئه منها وقت وقوعه

(ثالثا) للمبانة بابائه عن الاسلام

(رابعا) لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ

(خامسا) للمبانة بردته او بفعله باصلها او بفرعها مايوجب حرمة المصاهرة

مادامت فيها لان هذه الفرقة وان كانت من جهتها لكنها ليست معصية — ثانيا اذا زوجت المكلفة نفسها لرجل واشترطت كفاءته لها اواخبرها بأنه كفء ثم تبين انه غير كفء وفسخت العقد فلها النفقة ما دامت فى العدة لان الفرقة وان كانت من قبلها الا انها محقة فيها — ثالثا اذا زوجت المكلفة نفسها لكفء ودفع اقل من مهر المثل بلا رضا وليها العاصب قبل العقد فطلب الولي من الزوج تتميم مهر المثل فامتنع وفسخ العقد وجبت العدة ونفقتها — رابعا اذا تزوجت امرأة رجلا فوجدته عنينا ورفعت امرها الى القاضي طالبة التفريق وبعد التحريات الشرعية اللازمة خيرها القاضي فاختارت نفسها وجبت لها النفقة مادامت في العدة لانها محقة في طلب الفرقة ولا بد ان تكون الفرقة فى هذه الاشياء بعد الدخول او الخلوة اذ لو كانت قبلهما فلا عدة فلا نفقة . وانما وجبت النفقة فى هذه الصور وان كانت الفرقة من جهتها لأنها حبست نفسها بحق فلا تسقط نفقتها كما اذا حبست نفسها عنه لعدم استيفائها معجل صداقها فان النفقة لا تسقط ايضا لأنها محقة في هذا المنع ومحل استحقاق المعتدة للنفقة اذا لم تخرج من بيت العدة فان خرجت سقطت نفقتها مادامت على النشوز فان عادت الى بيت الزوج عادت النفقة — انظر مادة (٣٢٥)

الصورة الرابعة ان تكون هي السبب في الفرقة وهو معصية وفى هذه الحالة تسقط نفقتها ويبنى على ذلك سقوطها في الاحوال الآتية ـ أولا اذا

(مادة ٣٢٥) كل فرقة وقعت من قبل الزوجة بلا معصية منها لاتوجب سقوط النفقة فتجب للمعتدة بخيار بلوغ او عدم كفاءة او نقصان مهر ولامرأة العنين اذا اختارت نفسها

ارتدت اى خرجت عن دين الاسلام فلا نفقة لها ولو في العدة ـ ثانياً اذا فعلت بأصول زوجها أو فروعه مايوجب حرمة المصاهرة بأن قبلت اباه أو ابنه بشهوة أو مكنته من نفسها لانها تحرم على زوجها حرمة مؤبدة بفعل هذه الاشياء عند أبي حنيفة وأصحابه كما تقدم مراراً فتسقط نفقتها وان كانت فى العدة لان سبب الفرقة معصية من جهتها ولكن محل سقوط نفقتها فى هذه الحالة ان كانت طائعة فلو اكرهت على تمكينه منها فلا تسقط نفقتها لانها مضطرة فى ذلك وانت خبير بأن هذا لابد ان يكون بعد الدخول او الخلوة كما تقدم . وانما سقطت النفقة في هذه الصورة لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة فتسقط نفقتها والنفقة الساقطة في هذه الصورة هى الطعام والكسوة اما السكنى فلا تسقط لان القرار في البيت مستحق عليها فهو حق الله فلا يسقط بمعصيتها واما النفقة فواجبة لها فتجازي بسقوطها لمعصيتها — انظر مادة (٣٢٦)

ومتى سقطت النفقة في هذه الصورة الاخيرة لا تعود وان زال السبب المسقط لها وكذا اذا ارتدت الزوجة سقطت نفقتها كما علمته فاذا فرض انها أسلمت والعدة باقية فلا تستحق شيئا من النفقة ايضا لانها سقطت بالردة والساقط لا يعود ولكن اذا نشزت المرأة اى خرجت عن طاعة زوجها بغير حق فطلقها ثم تركت

(مادة ٣٢٦) كل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها توجب سقوط النفقة فلا تجب للمعتدة لفرقة ناشئة عن ردتها بعد الدخول او الخلوة بها او عن فعلها طائعة ايوجب حرمة المصاهرة باصل زوجها او بفرعه وانما تكون لها السكني ان لم تخرج من بيت العدة

النشوز وعادت الى بيت الزوج استحقت عليه النفقة وقال بعضهم في الفرق بينهما انها فى الصورة الاولى اذا عادت يكون من باب عود الساقط وهو لايعود وفي الصورة الثانية من باب زوال المانع ومتى زال عاد الممنوع وهذا غير ظاهر اذ الظاهر اشتراكهما فى حكم واحد قال في فتح القدير نقلا عن شرح الطحاوى الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لانفقة لها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لانفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده . واورد عليه مالو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانها تعود نفقتها واجيب بأن النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتأخذه وهذا لايدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور وهو وجيه — انظر مادة (٣٢٧)

فقد علمت انه متى وجبت النفقة للمعتدة ولم يحصل منها في اثناء العدة ما يسقطها استمر هذا الوجوب الى ان تنقضي ولو طال زمنها وينبنى على ذلك ما يأتي

اولا اذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض بان كانت مراهقة أى قريبة من البلوغ وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها ولزمتها العدة فانها تعتد بالأشهر لأنها لم تر الحيض اصلا فاذا فرض انها رأت الدم قبل انقضاء الأشهر الثلاثة التى هى عدتها ولو بيوم واحد وجب عليها استئناف العدة

(مادة ٣٢٧) كل امرأة بطلت نفقتها بالفرقة لاتعود لها النفقة في العدة وان زال سبب الفرقة فاذا اسلمت المبانة بالردة والعدة باقية فلا تعود لها نفقتها بخلاف المطلقة ناشزة اذا تركت النشوز وعادت الى بيت الزوج كان لها اخذ النفقة

وتعتد بالحيض وحينئذ تجب لها النفقة فى العدة المستأنفة حتى تنقضى بان تحيض ثلاث حيض

ثانياً اذا كانت المرأة من ذوات الحيض بان رأته في عمرها ولو مرة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة لزمتها العدة بالأقراء فان عادلها دم الحيض اعتدت به واذا لم يعد اليها فلا تنقضى عدتها حتى تبلغ سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة على المفتى به وتعتد بعده بثلاثة اشهر وحينئذ تجب لها النفقة على زوجها مادامت لم تنقض عدتها وقد تقدمت لك هذه المسئلة والخلاف فيها فى شرح مادة (٣١٤) فراجعه فانه مفيد. — انظر مادة [٣٢٨]

ثم ان المرأة ان لم تطالب نفقة العدة فلا كلام لنا لأنها حقها وان طلبتها **فأن اعطاها** لها الزوج فلا كلام لنا ايضا فى جميع الصور الآتية لأنه رضى باعطاء شئ من ماله فلا يعارض سواء كان واجبا عليه او غير واجب واما **اذا يعطها** فاما ان تكون العدة باقية او انقضت فان كانت باقية ورفعت امرها **الى القاضي** فرض لها النفقة وامره بدفعها فان امتثل فبها وان امتنع نفذ عليه جبراً

واما اذا كانت العدة وقت طلبها قد انقضت فاما ان تكون النفقة **غير مقضى** بها ولا متراض عليها او تكون مقضيا بها أو متراضى عليها فان كان

— **المادة ٣٢٨**) المراهقة التى اعتدت بالاشهر ورأت الدم قبل مضيها لها النفقة في **العدة الجديدة** التى وجب عليها استكمالها بالاقراء وكذلك من حاضت حيضة اوحيضتين **ثم ارتفع** عنها الدم لمرض او غيره وامتد طهرها وصارت مجبورة على استمرار عدتها **بالحيض لها النفقة** والكسوة الي ان يعود دمها وتنقضى عدتها بالحيض او تبلغ سن الاياس **وتعتد بالاشهر** بعده

الاول فلا حق لها فى هذا الطلب لأن النفقة لا تصير دينا الا بالقضاء او الرضا ولم يحصل واحد منهما والسبب الموجب لها وهو العدة قد انتهى فلا تجاب الى طلبها — انظر ماده (٣٢٩)

الثاني وهو ما اذا كانت النفقة مقضيا بها او متراضي عليها فاما ان لاتكون مستدانة بأمر الزوج او امر القاضي او مستدانة بامر **واحد** منهما فان لم تكن مستدانة اختلفت اقوال الفقهاء فبعضهم يقول انها تسقط مستدلا بأن سبب استحقاق هذه النفقة هي العدة والمستحق بهذا السبب في حكم **العلة** فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة وبعضهم يقول لا تسقط مستدلا بانها صارت دينا والدين لايسقط وان سكت الدائن عن طلبه **في** وقت استحقاقه له وقد اختلف في ترجيح أحد هذين القولين ولكن **الظاهر** الثاني وهو عدم السقوط وعليه العمل . ومثل هذه في الحكم ما اذا كانت **مستدانة** لا بأمر الزوج وامر القاضي . فان كانت مستدانة بامر الزوج **فلا تسقط** وحينئذ فلها اخذها منه لان استدانتها بأمره كاستدانته **بنفسه ومثله** ما اذا كانت الاستدانة بامر القاضي لانه له الولاية عليه **فكأنه هو الآمر** — انظر مادة (٣٣٠)

(مادة ٣٢٩) اذا لم يفرض الزوج لمطلقته نفقة فى عدتها ولم تخاصم **المعتدة فيها** ولم يفرض الحاكم لها شيئا حتى انقضت العدة سقطت نفقتها

(مادة ٣٣٠) النفقة المفروضة للمعتدة بالتراضى او بحكم القاضى **لا تسقط بمضي** العدة مطلقا

واما الثاني وهو ما اذا كانت الفرقة بوفاة الزوج فلا نفقة **للمعتدة** مطلقا اى سواء كانت المراة حاملا او غير حامل وبعضهم يقول **لها** النفقة ان كانت حاملا واستبدل بما في الظهيرية واذا انفق الوصى **على الحامل للحمل** فضمنوه يرجع على المراة بما انفق الا ان يكون باذن القاضى لان عليا وشريحا **يريان ذلك** للحمل من جميع المال . وانما لم تجب النفقة لمعتدة الوفاة لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى **فيه** حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب **نفقتها** عليه ولان النفقة تجب شيئاً فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا **يمكن ايجابها** فى ملك الورثة هكذا قال الفقهاء ولان المتوفى غالبا يترك شيئا فترث منه **زوجته** فتنفق على نفسها مما ورثته انظر مادة (٣٣١)

(مادة ٣٣١) **لا تجب النفقة بانواعها** للحرة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلا حاملا.

شرح
الأحكام الشرعية
في
الأحوال الشخصية

تأليف
محمد زيد الابياني

الجزء الثاني

منشورات
مكتبة النهضة
بيروت - بغداد

مكتبة
الأستاذ / ابراهيم على مندقمى
الفن
الرقم

﴿ الكتاب الرابع فى الاولاد ﴾

(الباب الاول فى ثبوت النسب)

﴿ الفصل الاول ﴾

(فى ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح)

قال تعالى : (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا) فمن تأمل فى هذه الآية ظهر له جلياً حكمة قصر المرأة فى التزوج على رجل واحد اذ بهذا يمكن كل شخص أن يعرف من انتسب اليه من أى جهة كانت فبالتوالد تتكون الشعوب والقبائل ويقوم كل بما يلزم الآخر من التربية والنفقة والخدمة وغيرها عند الاحتياج ولذا عنى الفقهاء بثبوت النسب وبينوا أحكامه أتم بيان ولما كان لا يتأتى الا بعد الحمل فى مدة مخصوصة استنبطوها من الكتاب والسنة حتى يبنوا الاحكام عليها فقالوا أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان واستدلوا على الاول بقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » مع قوله فى آية أخرى (وفصاله فى عامين) فاذا طرحنا مدة الفصال التى هى عامان من مدة الحمل والفصال التى هى ثلاثون شهراً بقى ستة أشهر وهى أقل مدة الحمل . واستدلوا على الثانى بالمشاهدة وعلى الثالث بقول السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها « ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » وظل

المغزل مثل للقلة لانه فى حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال أنظر مادة (٣٣٢)

وينبنى على ذلك أنه اذا تزوج رجل بامرأة وكان العقد صحيحا ثم ولدت فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول أن تأتى به لستة أشهر فأكثر من حين العقد . الثانى أن تلده لاقل من ستة أشهر

فان كان الاول ثبت نسبه من الزوج سواء ادعاه أولا وسواء دخل بالزوجة أو لم يدخل وسواء وجد الزوج والزوجة فى بلد واحد أو فى بلدين ولو بعدت المسافة بينهما وذلك لان الفراش موجود فى المدة الكافية لتكون الجنين وقد قال عليه للصلاة والسلام (الولد للفراش) وفى بعض ذلك من الستر على الاعراض ومراعاة مصلحة الولد مالا يخفى . وقال الامام مالك ان الزوجة اما أن يكونا مدخولا بها أولا فان كان الاول ثبت النسب وان كان الثانى فاما أن يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها أولا . فان كان الاول وجاءت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر أو الاخمسة أيام ثبت النسب أيضا وان كان الثانى فللزوج أن ينفيه بدون لعان ولا يخفى مافى هذا المذهب من الدقة

وان كان الثانى وهو ما اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من حين العقد فلا يثبت نسبه لان زمن الفراش لم يبلغ أقل مدة الحمل واذن يكون مبدأ الحمل سابقا على العقد نعم اذا كان العقد صحيحا وجاءت لاقل من ستة أشهر اذا اعترف الزوج بأنه ابنه ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه وان كان هذا غير متأت فى الظاهر ولكن لتصحيح اقراره يحمل على ان الحمل قد حصل

(مادة ٣٣٢) أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان شرعا

فى فراش آخر سواء كان بعقد صحيح أو وطء بشبهة مراعاة لمصلحة الولد وتصحيح كلام العاقل ماأمكن — أنظر مادة (٣٣٣)

فقد علم مما تقدم أن الزوجة اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت العقد الصحيح فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا ادعاه غير مصرح بأنه من الزنا واذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر ثبت أنه ولده وان لم يدع نسبه ولكن يجوز له أن ينفيه اذا تحقق انه ليس منه فان لم يتحقق ذلك فلا يجوز له نفى نسبه كما أنه يحرم على الزوجة أن تدخل على قوم زوجها من ليس منهم للوعيد المترتب على ذلك فى قوله عليه الصلاة والسلام «أيما امرأة أدخلت على قوم زوجها من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الاولين والآخرين» ومع ذلك فلا ينتفى نسب الولد بمجرد نفيه بل لابد من اللعان الآتى بيانه فى شرح مادة (٣٣٥) ولا يصح النفى ويعقبه اللعان الذى يترتب عليه تفريق القاضى بين الزوجين الا اذا كان فى أوقات وأحوال مخصوصة وهى وقت الولادة أو وقت شراء لوازمها أو وقت علمه بان زوجته ولدت ان كان غائبا — أنظر مادة (٣٣٤) و (٣٣٥)

(مادة ٣٣٣) اذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج فان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه الا اذا ادعاه ولم يقل انه من الزنا

(مادة ٣٣٤) اذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من عقد النكاح فلا ينتفى الا اذا نفاه فى الاوقات المقررة فى المادة التى بعد الآتية وتلاعن مع المرأة لدى الحاكم وفرق بينهما

(مادة ٣٣٥) انما يصح نفى الولد فى وقت الولادة او عند شراء ادواتها أو فى

وينبنى على ذلك أن الولد لاينتفى نسبه فى الصور الآتية ولو فرض حصول التلاعن بين الزوجين وفرق القاضى بينهما

الاولى اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة قبل

الثانية اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة أو دلالة لانه ان سكت حتى مضت هذه الاوقات ثم نفاه أو أقر به صراحة ثم نفاه فلا يصح هذا النفى لانه وجد منه الاعتراف صراحة أو دلالة فاذا صح النفى يكون ساعيا فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه وهذا قول الامام الاعظم وقال الصاحبان كما يصح نفيه فى هذه الاوقات يصح أيضا فى مدة النفاس لان ذلك يحتاج الى التأمل اذ ربما ينفيه وهو منه او يعترف به وهو ليس منه وكلاهما حرام للحديث المتقدم

الثالثة اذا نزل الولد ميتاً أو مات اثناء اللعان قبل التفريق بينهما والسبب فى ذلك أن النفى حكم والميت لايصح الحكم عليه وقال الامام مالك والشافعى يصح أن ينفى باللعان درءا لحد القذف ومنعاً لأرثه من الولد اذا ترك مالا بسبب هبة أو وصية أو نحوهما

الرابعة اذا ولدت المرأة ولداً ونفاه الزوج ولاعن وحكم القاضى بالتفريق ونفى نسب الولد ثم ولدت آخر قبل مضى ستة أشهر من وقت ولادة الاول ولكن هذا فيه خلاف بين الأئمة الثلاثة فالموجود هنا مذهب الامام الاعظم وينبنى عليه أن الولدين ينسبان الى الزوج لان الولد الثانى لايمكن نفيه الا باللعان واللعان لا يتأتى لان شرط اقامته أن تكون

أيام التهنئة المعتادة على عرف أهل البلد واذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها

الزوجية قائمة كما ستعرفه وهى غير موجودة وأما الاول فيثبت نسبه أيضا لانه متكون من المادة التى منها الثانى اذ الرحم لايخلق فيه جنينان مكونان من ماءين مختلفين فى زمن حمل واحد ولا يمكن أن يقال إنّ الثانى وجد بعد ولادة الاول لانه لم يمض عليه أقل مدة الحمل فيكون متحداً مع الاول فى المادة وحيث ثبت الثانى ثبت الاول مراعاة لمصلحة الولدين وسترا لعرض المرأة وجميع عشيرتها مع جواز ان الولدين منه (تأمل)

ورأى الامام مالك أن نسب الولد الثانى ينتفى بمجرد نفى الاول لان الحمل عنده يصح نفيه وحيث قد ثبت ان الحمل والولد الذى نفاه من ماء واحد فينتفى الحمل ولا يثبت نسبه الا اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا فانه اذا ادعاه يثبت نسبه هو والاول ويحد حد القذف ان كانت المرأة ممن يُحَدُّ قاذفها بأن كانت حرة مسلمة عفيفة عن الزنا وقال الامام الشافعى إنّه بعد نفى الاول وولادة الثانى لأقل من ستة أشهر لاينتفى الثانى الا اذا نفاه باللعان ولا يشترط فى اللعان عنده قيام الزوجية فانه يكفى وجودها ولو باعتبار ما كان فان لم ينفه بأن سكت أو ادعاه ثبت نسبه وبالضرورة يثبت نسب الاول لاتحادهما مادة ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة بشرط أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها كما سبق . ولا يخفى مافى هذين المذهبين من ظهور المراد

الخامسة — اذا نفى الولد بعد حكم القاضى بثبوت نسبه منه بأن جنى الولد على ولد آخر كأن انقلب عليه وقتله فحكم القاضى بتعويض مالى على عاقلة الجانى لورثة المجنى عليه اذ حكم القاضى لايصح نقضه حيث انه لايصدر

الا بعد التثبت وخصوصا فى الانساب فان الشارع يتشوف الى ثبوتها ما أمكن ستراً للاعراض وكى لايكون الولد زنيما

السادسة – اذا نفى الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق لان اللعان لم يتم ونفى الولد لايمكن الا بعد تمامه – أنظر مادة (٣٣٦)

فالذى علم مما سبق ان نسب الولد لاينتفى الا اذ حصل نفيه فى أوقات وأحوال مخصوصة وتلاعن الزوجان بالكيفية التى نص عليها القرآن الكريم وهاك معنى اللعان وسبب نزول آيته وما يشترط فيه

فاللعان فى اللغة مصدر لاعن وأصل اللعن الطرد والابعاد وكانت العرب تطرد المتمرد والشرير لئلا تؤخذ بجريمته وتسميه لعيناً وشرعا هو شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حق المرأة وسبب مشروعيته أنه لما نزل قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون) تألم بعض الصحابة من مضمونها فنزلت آية اللعان قال عبد الله بن مسعود بينما كنا فى المسجد

(مادة ٣٣٦) لاينتفى نسب الولد فى الصور الستة الآتية وان تلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما

(الاولى) اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة فى المادة السالفة

(الثانية) اذا نفاه بعد الاقرار به صراحه أو دلالة

(الثالثة) اذا نزل الولد ميتا ثم نفاه أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم

ليلة الجمعة اذدخل علينا رجل انصارى فقال يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلافان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظه اللهم افتح » فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين)

واللعان من قبيل الشهادة عند الامام الاعظم لان الله تعالى سماه شهادة وينبنى على ذلك أنه يشترط فيه مايشترط فى أدائها من الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق والسمع وعدم الحد فى قذف وهذه الشروط بالنسبة اليهما ويشترط زيادة على ذلك بالنسبة للزوج عدم اقامته البينة على صحة ماقاله وبالنسبة اليها انكارها لوجود الزنا منها وعفتها بأن لم يسمع عليها زنا فى حياتها ولم تتهم به ولم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد. وكذلك يشترط أن يكون القذف نصا فى الزنا وأن يكون حاصلا فى دار الاسلام ويشترط أيضا أن تكون الزوجية قائمة وأن يكون عقد النكاح صحيحا فلا لعان مع المبانة ولا مع المعقود عليها عقدا فاسدا . وكذا يشترط أن تطالبه الزوجة

(الرابعة) اذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولداً آخر من بطن واحد ففى هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الاول

(الخامسة) اذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعا

(السادسة) اذا مات الزوج أو المرأة بعد نفى الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق

بموجب القذف فان أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد فاذا اجتمعت هـذه الشروط وتلاعن الزوج والزوجة أمام القاضى حكم بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد وان فقد شرط من هذه الشروط فلا يصح اقامة اللعان فلا ينتفى نسب الولد . وقال الامام مالك والشافعى ان اللعان يمين لا شهادة لانه لا معنى لـكون الشخص يشهد لنفسه وتسميته شهادة مجاز عن الحلف لقيام اليمين مقام الشهادة وعلى ذلك لا يشترط فيه تلك الشروط وانما يشترط فيه عفة المرأة وحصول الزوجية ولو لم تـكن موجودة وقت اللعان فيصح اللعان من الاعمى والاخرس والاصم والفاسق والمحدود فى قذف والمسلم الذى تحته ذمية والذميين اذا ترافعا الينا ومن الرقيق مع الرقيقة والحرة ومن الزوج مع مبانته — أنظر مادة (٣٣٧)

ومتى توفرت شروط اللعان وحصل بالفعل قطع الحاكم نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه ولـكن لا يكون الولد أجنبيا من الملاعن فى كل الاحوال بل فى بعضها فيكون أجنبيا فى الاحوال الآتية :

أولا النفقة فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الابناء وبالعكس .

(مادة ٣٣٧) لا يتلاعن الزوجان الا اذا وجدت فيهما أهلية اللعان وشرائطه وهى ان يكون النـكاح صحيحاً والزوجية قائمة ولو فى عدة الرجعى وان يكون كل منهما أهلا لاداء الشهادة لالنحملها اى مسلمين حرين عاقلين بالغين ناطقين لا أخرسين ولا محدودين فى قذف وان تـكون المرأة زيادة على ذلك عفيفة عن الزنا وقته فان كانا كـذلك وتلاعنا يفرق الحـاكم بينهما ويقطع نسب الولد من أبيـه ويلحقه بأمه وان لم يتلاعنا أو لم تتوفر فيهما أهلية اللعان فلا ينتفى نسب الولد وكـذا اذا كـذب الزوج نفسه قبل اللعان أو بعـده وبعـد التفريق يلزمه الولد ويحد حد القذف

ثانياً الارث فلا توارث بينهما بمعنى أن قرابة الابوة غير معتبرة فى الارث فلو مات المنفى عن مال لا يرثه أحد بقرابة الابوة ولا يحكم بكونه أجنبيا فى الصور الآتية :

أولا الشهادة فكما لا تقبل شهادة الاصل لفرعه وعكسه كذلك لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفاه باللعان ولا شهادة المنفى وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله

ثانياً الزكاة فلا يجوز لأحدهما ان يعطى الآخر شيئاً من زكاة أمواله لاحتمال انه ابنه أو أبوه وهى حق الفقير الاجنبي .

ثالثاً القصاص فلو قتله الملاعن عمدا لا يقتل فيه كما لو قتل الاب ابنه وذلك لان الأب لا يقتل بقتل ابنه عمدا عند أبى حنيفة لأنه سبب فى ايجاده فلا يكون الولد سببا فى اعدامه ولان شفقة الاب عظيمة جداً فاقدامه على قتله لابد أن يكون لامر عظيم أوجب ازالة تلك الرحمة الفطرية واستبدالها بهذه القسوة الخارجة عن فطرة الحيوانات ان كان عاقلا ولكن يعاقب بغير القصاص اذ رأى القاضى ذلك

رابعا المحرمية فلو أراد الملاعن ان يزوج بنته لمن نفاه أو لابنه فلا يجوز لانه يحتمل أن يكون ابنه خصوصا وان الفراش كان موجودا

خامسا الالتحاق بالغير فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح لاحتمال أن يكذب النافى نفسه ولذا قال بعض المحققين ان ادعاه آخر بعد موت الملاعن يصح لان الولد غير معلوم النسب ولا أمل فى اعتراف الملاعن بنسبه لانه قد مات وحقق بعضهم صحة دعوى غير الملاعن مطلقا

لانه غير معلوم النسب – أنظر مادة (٣٣٨) وتأمل وَاحكم

وهـذا اذا كان ولد اللعان حيا فان مات عن ولد فاما أن يكون ولد اللعان مذكرا أو مؤنثا فان كان مذكرا وادعى الملاعن ولده بأن قال هذا ابن ابني أو هذه بنت ابني ثبت نسبه من الملاعن فيرث ارث ابن الابن أو بنت الابن وتلزمه نفقته وتجري بينهما سائر الحقوق ويعد مكذبا نفسه فيحد حد القذف وان كان ولد اللعان مؤنثا فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغنائه بنسب أبيه لان ولد البنت ينسب الى الاب وقال محمد وأبو يوسف يثبت نسبه منه فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك وحينئذ يكون بينهما من الحقوق من نفقة وارث وغيرهما مثل مايكون بين الجد الفاسد وولد بنته ويحد حد القذف على قولهما في الصورة الثانية واتفاقا في الصورة الاولى – أنظر مادة (٣٣٩)

ومتى حصل اللعان بين الزوجين بأن قال الرجل أمام القاضي أربع مرات أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وقال في الخامسة لعنة الله

(مادة ٣٣٨) قطع الحاكم الولد عن نسب أبيه يخرجه من العصبة ويسقط حقه في النفقة والارث دون غيرها ويبقى النسب متصلا بين الولد وأبيه الملاعن في حق الشهادة والزكاة والنكاح والقصاص وفي عدم اللحاق بالغير فلا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله اليه ولا يجب على الاب القصاص بقتله واذا كان لابن الملاعنة ابن ولنا فيه بنت فلا يجوز للابن أن يتزوج تلك البنت واذا ادعاه غير الملاعن لا يلتحق به

(مادة ٣٣٩) اذا مات ابن اللعان عن ولد فادعاه الملاعن يثبت نسبه منه ويقام عليه الحد ويرث من المتوفى واذا ماتت بنت اللعان عن ولد فادعاه الملاعن فلا يثبت نسبه منه ولا يرث من أمه

على ان كنت من الكاذبين وقالت المرأة بعد ذلك أربع مرات أيضا أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وقالت فى الخامسة غضب الله على ان كان من الصادقين حكم القاضى بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه فاذا لم يفرق الحاكم (القاضى) بينهما فالزوجية قائمة وينبنى على ذلك انه اذا مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ولكن لايجوز لهما الاستمتاع والوقاع لقوله عليه الصلاة والسلام (المتلاعنان لايجتمعان أبدا) فان فرق القاضى بينهما انقطعت الزوجية وبانت منه المرأة ببينونة صغرى لان التفريق باللعان طلاق بائن لان الزوج أقدم على القذف الموجب للعان الذى نشأ عنه التفريق فكأن الزوج هو الذى طلق وانما ناب عنه القاضى فى التفريق ولكن هذا الطلاق يخالف الطلاق الواقع فى غير هذه الحالة اذ الزوج فى اللعان لايجوز له أن يعقد على المرأة مرة ثانية مادام كل منهما أهلا للعان فان خرجا عن الاهلية أو خرج أحدهما بان صار فاسقاً أو أخرس أو أصم جاز لهما عقد النكاح سواء كان ذلك فى العدة أو بعدها ولا يرد الحديث المتقدم لان الحكم فيه بالتحريم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم لقولهم ان تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية مامنه الاشتقاق — أنظر مادة (٣٤٠)

(مادة ٣٤٠) الفرقة باللعان طلاق بائن وما لم يفرق الحاكم بين الزوجين بعد اللعان فالزوجية قائمة ويجرى التوارث بينهما اذا مات أحدهما وكان الآخر مستحقاً للميراث وانما يحرم على الملاعن وقاع المرأة والاستمتاع بها. وحرمة الفرقة باللعان تدوم ما دام كل من الزوجين أهلا له فان خرجا أو أحدهما عن أهليته جاز للزوج ان يتزوج المرأة فى العدة وبعدها

الفصل الثانى

(فى ثبوت نسب الولد المولود من نكاح فاسد او وطء بشبهة)

قد عرفت فى شرح مادة (٣٣٢) ان العقد اذا كان صحيحا وأتت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر من وقت العقد ثبت نسبه من الزوج على مافيه من الخلاف بين الأئمة . أما لو كان عقد الزواج فاسدا فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا جاءت به لتمام ستة أشهر من وقت الدخول بها ووقاعها فى محل الحرث وينبنى على ذلك أن الفراش انما يثبت من حين الدخول بها ووقاعها فى محل الحرث فالمتزوجة زواجا فاسدا اذا أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين وقاعها لايثبت نسبه من أبيه وان مضى ستة أشهر من حين العقد نعم اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه منه ويحمل على أن المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة أما ان جاءت به لتمام ستة أشهر من حين الوقاع فيثبت نسبه وجميع الاولاد الذين يولدون من المرأة بعد هـذه المدة تنسب للزوج مادام معاشرا لها معاشرة الازواج فاذا فرق بينهما القاضى أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد يثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين التفريق وان جاءت به لاكثر منهما فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل بعد التفريق فلا يمكن ثبوت نسبه من الروج الا اذا ادعاه غير قائل انه من الزنا واذا أراد الزوج نفى الولد الذى نسب اليه فلا يتأتى له نفيه على رأى أبى حنيفة وأصحابه لانه لايتأتى له نفيه الا باللعان وهو غير ممكن لان العقد فاسد ومن شروط اللعان أن يكون

العقد صحيحا — انظر مادة (٣٤١) وتأمل

وكل هـذه الاحكام ان كان هناك عقد سواء كان صحيحا أو فاسدا أما اذا لم يكن بأن حصل وطء بشبهة فتتبع الاحكام الآتية واليك بيانها. اعلم أن الشبهة هى مايشبه الثابت وليس بثابت وهى على ثلاثة أنواع شبهة فى المحل وشبهة فى العقد وشبهة فى الفعل. فشبهة المحل (ويقال لها شبهة الملك بمعنى المملوك وتسمى أيضا شبهة حكمية لان سببها حكم الشارع) تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده وذلك لان الشبهة ناشئة من الدليل الشرعى فاذا تحققت هذه الشبهة يدرأ بها الحد ويثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة فاذا لامس الاب جارية ابنه وجاءت منه بولد وادعاه ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد وان ظن الحرمة لان الشبهة ثابتة بقول النبى عليه الصلاة والسلام للغلام الذى اشتكاه أبوه «انت ومالك لابيك» فهذا الحديث أوجب شبهة فى نفس جارية الابن بالنسبة الى الاب ولذا لايحد لقوله عليه الصلاة والسلام «ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم» وانما أفاد الحديث الشبهة ولم يفد الملك كما هو الظاهر من لفظه لان الصحابة اجمعوا على أن ظاهره غير مراد وانما المراد وجوب نفقة الابن على الاب والا فلا معنى لـكون الولد يكون مملوكا للاب مع أن القرابة موجبة لتحرير الرقيق كما قال النبى صلى الله عليه وسلم «من ملك ذا رحم محرم منه

(مادة ٣٤١) اذا ولدت المنكوحة نكاحا فاسدا قبل المتاركة والتفريق وكانت ولادتها لتمام ستة اشهر فاكثر ولو لعشر سنين من حين وقاعها لامن حين العقد عليها ثبت نسب الولد من أبيه بلادعوى وليس له نفيه فان ولدت بعد فسخ النكاح بالمتاركة او التفريق فلا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفرقة

عتق عليه » وكذلك لامعنى لكون الاب يكون مالكا لمال ابنه ملكا حقيقيا حتى يتصرف فيه كما يتصرف فى مال نفسه فينتج من ذلك أن الحديث مصروف عن ظاهره وانما أوجب شبهة حكمية فى المحل كما تقدم ومن ذلك ملامسة معتدة الكنايات فانها ناشئة من قول سيدنا عمر «الكنايات رواجع» ومن ذلك أيضا وطء الشريك الجارية المشتركة ووطء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها

وشبهة العقد هى التى نشأت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة كما اذا عقد رجل على معتدة الغير أو على محرم له رضاعا أو مصاهرة أو نسبا فان كان يعتقد الحل بأن كان لايعرف تحريمها عليه أو يجهل الحكم الشرعى سقط عنه الحد وعزر ويثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة من الوطء الحاصل بعد ذلك العقد وان كان يعتقد الحرمة فلا يسقط عنه الحد ولا يثبت منه نسب الولد وان ادعاه . هذا هو رأى ابى يوسف ومحمد وقال الامام يسقط عنه الحد ويثبت نسب الولد ان ادعاه والقول الاول هو الارجح وقد تقدم لك شرح هذا المقام بما لامزيد عليه فى شرح مادتى (١٣١ و١٣٢) فارجع اليه ان شئت

وشبهة الفعل هى التى تتحقق فى نفس من اشتبه عليه الحل والحرمة بأن ظن ماليس بدليل دليلا مبيحا لفعله وليس كذلك وهذه الشبهة تسقط الحد ان قال ظننت الحل فاذا وطىء رجل مبانته بالثلاث وهى فى العدة وقال ظننت حلها لى فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام وجب عليه الحد وعلى كل حال لايثبت منه نسب الولد الذى جاءت به المرأة وان ادعاه لان ماحصل منه زنا وان سقط عنه الحد للشبهة التى قامت به للحديث وكذا

الحكم فى وطء جارية الاب وجارية الزوجة والمطاقة على مال اذا وطئها بدون عقد ثم ان الشبهة متى ثبتت عند أحد الجانبين ثبتت فى حق الآخر لأنها ثابتة بالنسبة الى الفعل وهو لا يتجزأ — والصورة الموجودة فى المادة مستثناة (تأمل) — أنظر مادة (٣٤٢)

وكل هـذه الاحكام ان حصل الوطء بشبهة عند الواطىء فان حصل بلا شبهة كان زنا محضا فلا يعول عليه فى حق ثبوت النسب ويترتب على ذلك أنه اذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقدا صحيحا وولدت لتمام ستة أشهر من حين العقد يثبت نسبه منه لانه قد مضى على الحمل وهو فى بطن أمه ستة أشهر بعد العقد وهى أقل مدة الحمل فيثبت نسبه لان الولد للفراش

واذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه لتحقق أن الحمل حاصل قبل العقد لكن اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على أنه حاصل بسبب عقد سابق أو ملامسة بشبهة — انظر مادة (٣٤٣)

(مادة ٣٤٢) الموطوأة بشبهة فى المحل أو فى العقد اذا جاءت بولد يثبت نسبه من الواطئ ان ادعاه وكذلك الموطوأة بشبهة الفعل التى زفت الى الواطىء وقيل له هى زوجتك ولم تكن كذلك

(مادة ٣٤٣) اذا تزوج الزانى مزنيته الحامل من زناه فولدت لمضى ستة أشهر منذ تزوجها يثبت نسب الولد منه وليس له نفيه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه الا اذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا

﴿ الفصل الثالث ﴾

« فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها »

اعلم أن المرأة التى حصلت الفرقة بينها وبين زوجها اما أن تكون كبيرة واما أن تكون صغيرة فان كانت كبيرة فاما أن تكون الفرقة بالطلاق أو بالوفاة وعلى كل فاما أن تقر بانقضاء عدتها أولا — فان كانت الفرقة بالطلاق فاما أن يكون رجعيا أو بائنا وكل له أحكام تخصه واليك بيانها . فان كان الطلاق رجعيا ولم تقر بانقضاء عدتها فاما أن تلد لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامهما أو لأكثر فان ولدته بعد الطلاق لاقل من سنتين يثبت نسبه من الزوج ويحمل على وجوده فى الرحم قبل الطلاق لانه لم يمض عليه اكثر من أكثر مدة الحمل التى هى سنتان وبانت المرأة منه بالولادة لانقضاء عدتها بها واحتمال كون الحمل حادثا بعد الطلاق لايكون دليلا على الرجعة لانها لاتثبت بالشك . وان ولدته لتمام السنتين أو لاكثر ثبت نسبه أيضا من الزوج ويحمل على أنه لامسها فى العدة لان الطلاق الرجعى لايزيل الملك ولا الحل فهى زوجة له حكما والفراش قائم مادامت العدة باقية وهى باقية مالم تقر بمضيها لان هذا أمر لايعلم الا من جهتها فيجوز أن تكون ممتدة الطهر بسبب انقطاع الدم عنها زمنا طويلا وواقعها فى أثناء تلك المدة وحينئذ تكون الولادة دليل الرجعة وعلى هذا فذكر السنتين فى المادة ليس الغرض منه تعيين زمن وانما المراد عدم التقييد بزمن مخصوص كما فى المبانة على ماسيأتى فاذا نفاه لاعن لحكم الشارع ببقاء الزوجية . وان كان الطلاق بائنا

وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه لانه يحتمل أن يكون موجودا في رحم أمه قبل الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل حصول الحمل فيكون في قطع نسبه هضم لحقوق الولد وضياع لشرف المرأة وعشيرتها وهو لا يقدم عليه بالظن فيثبت نسبه . وان ولدته لتمام سنتين من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه لأنها جاءت به بعد زوال الفراش وقال بعض العلماء يثبت لان الولد لم يمض عليه أكثر من سنتين من وقت زوال الفراش فيجوز أن يكون مخالطا للمرأة وقت حصول الطلاق مع وجود هذا الاحتمال لا يسوغ قطع نسب الولد وخدش شرف الام . وان ولدته لأكثر من سنتين من وقت الابانة فلا يثبت نسبه للتيقن بوجوده بعد زوال الفراش اللهم الا اذا ادعاه ولم يقل إنه من الزنا ولا يشترط في ذلك تصديق المرأة له ولا بيان السبب الذي ادعى به نسبه

وحكم المتوفى عنها زوجها ولم تقر بانقضاء عدتها كحكم المبانة غير أن الذي يدعي الولد الذي جاء بعد سنتين هم الورثة فان كانوا من أهل الشهادة ثبت نسبه من الميت في حق الناس كافة فيطالبه مدين الميت بحقه ويخاصمه ويرجع على كفيله ونحو ذلك وان لم يكونوا من أهل الشهادة يثبت نسبه في حق المقرين لا غير فيزاحمهم في الميراث — انظر مادة (٣٤٤)

(مادة ٣٤٤) اذا لم تقر المطلقة الكبيرة بانقضاء عدتها فان كانت مطلقة رجعياً يثبت نسب ولدها من زوجها سواء ولدته لاقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامهما أو لاكثر ولو نفاه لا عن . وان كانت مطلقة طلاقا بائناً بواحدة او ثلاثة وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه وكذلك المتوفى عنها زوجها اذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين الوفاة .

وان أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة بين الطلاق أو الوفاة أو الاقرار بانقضائها تحتمل صدقها بأن كانت ستين يوما على رأى الامام الاعظم وتسعة وثلاثين يوما على رأى أبى يوسف فاما أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الطلاق أو الوفاة أو لا وعلى كل فاما أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا فان كان رجعيا وولدته لاقل من ستة أشهر من حين الاخبار بانقضاء عدتها ولاقل من سنتين من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بوجود الحمل فى الزمن الذى أخبرت عنه بأنه آخر عدتها فيظهر كذبها ويبطل اقرارها وكذلك ان ولدته لأكثر من سنتين من حين الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوقت الذى أخبرت فيه بانقضاء عدتها يثبت نسبه أيضا للتيقن بكذبها ويحمل على أنه واقعها فى أثناء العدة لأن الزوجية باقية حكما ويحكم بأنه راجعها . وان ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من حين الوقت الذى أخبرت فيه بمضيها سواء ولدته لتمام سنتين أو لاكثر أو لاقل من حين الطلاق فلا يثبت نسبه لعدم التيقن بكذبها فيما أخبرت به فيحتمل على أنها حملت من ملامسة حصلت بعد انقضاء عدتها وان كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة لوفاة فان ولدته لاقل من سنتين من حين ابانتها أو وفاة زوجها ولاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت نسبه لظهور كذبها كما تقدم وان ولدته لتمام ستة أشهر أو لأكثر من حين انقضاء عدتها حسبما أخبرت فلا يثبت نسبه لعدم وجود مايدل على كذبها ولافرق فى ذلك بين كونها ولدته لاقل من سنتين من حين ابانتها أو من حين وفاة

فان ولدت المطلقة بائناً أو المتوفى عنها زوجها ولدا لاكثر من سنتين من حين البت أو الموت فلا يثبت نسبه الا بدعوة من الزوج أو الورثة

زوجها أو لتمامهما أو لأكثر لعدم وجود مايدل على كذبها

وان ولدته لأكثر من سنتين من حين الابانة أو الوفاة ولاقل من ستة أشهر من حين الوقت الذى أخبرت عنه بمضى عدتها فيه فلا يثبت نسبه لمضى مدة أكثر من مدة الحمل بعد الابانة أو الوفاة فيكون الحمل حادثا بعد الابانة أو الوفاة فاذا ادعاه الزوج فى صورة الطلاق ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على أنه وجد بعد حصول عقد أو بعد وطئها بشبهة وكذا ان ادعاه الورثة فى صورة الوفاة وكانوا أهلا للشهادة يثبت نسبه من أبيه فى حق الناس كافة وان لم يكونوا من أهلها يقبل قولهم فى حقهم ويزاحمهم فى الميراث — انظر مادة (٣٤٥) وتأمل واحكم

وان كانت صغيرة أى مراهقة وهى التى قاربت البلوغ من راهق الشىء بمعنى قاربه فاما أن تكون الفرقة بالطلاق واما أن تكون بالوفاة فان كانت بالطلاق فاما ان يكون قبل الدخول أو بعده فان كان قبله وجاءت بولد لأقل من ستة اشهر من حين الطلاق ولأكثر من حين العقد ثبت نسبه للجزم بوجوده قبل الطلاق لانه لم يمض عليه بعد الطلاق وهو فى بطن أمه أقل مدة الحمل. فان جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه لانه قد مضى عليه أقل مدة الحمل بعد الطلاق فلا

(مادة ٣٤٥) اذا أقرت المطلقة رجعياً أو بائناً أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله ثم ولدت فان جاءت بالولد لاقل من نصف حول من وقت الاقرار ولاقل سنتين من وقت الفرقة يثبت نسبه من ابيه وان جاءت به لاقل من نصف حول من حين الاقرار ولاكثر من سنتين من وقت البت أو الموت فلا يثبت نسبه (فى حالة الطلاق البائن أو الوفاة وفى حالة الرجعى يثبت)

يمكن الجزم بوجوده فى بطن أمه قبله . وان كان الطلاق بعد الدخول فاما أن تقر بانقضاء عدتها أو لا فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه وبطل اقرارها لظهور كذبها وان جاءت به لستة أشهر أو اكثر من حين الاقرار فلا يثبت نسب الولد لعدم الجزم بكذبها وان لم تقر ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وظهر أنها كبيرة وان جاءت به لتمام تسعة أشهر او لاكثر فلا يثبت نسب الولد منه لان انقضاء عدة الصغيرة له جهة واحدة فى الشرع وهو ثلاثة أشهر فبمضيها يحكم الشرع بانقضاء العدة والصغر المعين لعدتها قائم مقام اقرارها بل هو أقوى منه لان اخبارها يحتمل الكذب بخلاف الانقضاء فانه قد تحقق شرعا (انظر وتأمل)

وقال أبو يوسف اذا كانت المراهقة مطلقة طلاقا بائنا يثبت نسب الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين أو لتمامهما وان كان طلاقها رجعيا يثبت نسبه الى سبعة وعشرين شهرا لانه يحتمل أن يكون زوجها لامسها فى آخر الثلاثة الاشهر التى هى عدتها فحملت منه وبقى الولد فى بطنها سنتين ودليل قول أبى يوسف أنه لما كانت المراهقة فى سن يحتمل بلوغها مع أنها لم تقر بانقضاء عدتها أشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة فيثبت نسب ماتأتى به الى سنتين من حين حدوثه (وهو ظاهر)

وان ادعت حبلا وكان طلاقها بائنا يثبت نسب ولدها الى سنتين ويكون

حكمها حكم الكبيرة وان كان طلاقها رجعيا وجاءت بولد يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا ولم تعامل معاملة الكبيرة المطلقة طلاقا رجعيا لان عدتها متعينة بالاشهر فغاية ما يمكن أن يكون الزوج واقعها فى آخر عدتها ومضى بعد ذلك سنتان بخلاف الكبيرة المطلقة رجعيا فانه يجوز امتداد طهرها فيجوز أن يواقعها فى العدة ولو بعد سنين

وان كانت الفرقة بالوفاة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا ثم جاءت بولد بعد الفرقة فان ولدته لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة يثبت نسب ولدها منه للعلم بوجود الحمل فى بطنها فى العدة حيث لم يمض بعد انقضائها أقل مدة الحمل فيظهر أنها كبيرة وتكون عدتها بوضع حملها وان ولدته لاكثر من عشرة أشهر وعشرة أيام فلا يثبت نسبه لانه بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام يحكم بانقضاء عدتها ولم يوجد دليل على أن عدتها بالحمل لانه قد مضى بعد العدة ستة أشهر وهى كافية لتكوين الجنين لانها أقل مدة الحمل — وقال أبو يوسف يثبت نسبه الى سنتين لانها فى زمن يحتمل البلوغ فهى كالكبيرة كما تقدم فى الفرقة بالطلاق — نعم اذا أقرت بانقضاء عدتها ومضى على آخر الانقضاء ستة أشهر فلا يثبت نسب ولدها اتفاقا — وتأمل فى هذا فان العدة فى هذه الحالة معينة فالاقرار وعدمه سواء وان لم تمض عليه ستة اشهر بأن ولدته لاقل من هذه المدة يثبت نسبه لظهور كذبها — وان ادعت حبلا فحكمه حكم الكبيرة من انها اذا جاءت به لاقل من سنتين او لتمامهما على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل وظاهر الحال يشهد لها لان الفرض انها مراهقة فتصدق فى دعواها

ولا يخفى ان بعض مسائل ثبوت النسب مبنية على اعتبارات يدركها اللبيب المطلع على الاحكام المتقدمة وان كان العقل يستبعدها - انظر مادتى (٣٤٦ و٣٤٧) وتأمل وانظر فى الأحكام المتقدمة

﴿ الفصل الرابع ﴾

« فى دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك »

اعلم ان المرأة ان ادعت الولادة وصدقها الزوج فى أنها ولدت هذا الولد الذى تدعى ولادته ثبت نسبه منه ان لم ينفه فان نفاه بأن قال هذا الولد ليس منى اتبعت الاحكام المتقدمة

فان لم يصدقها الزوج فيما ادعت فهنالك حالتان - الحالة الاولى ان يكون الفراش قائما بأن لم يحصل سبب من اسباب الفرقة - الحالة الثانية أن يكون

(مادة ٣٤٦) اذا كانت المطلقة مراهقة مدخولا بها ولم تدع حبلا وقت الطلاق ولم تقر بانقضاء عدتها وولدت لاقل من تسعة أشهر منذ طلقها زوجها يثبت نسب الولد منه فان جاءت به لتمام تسعة أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه واذا أقرت بانقضاء عدتها فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا . وان ادعت حبلا وقت الطلاق يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لو الطلاق بائنا ولاقل من سبعة وعشرين شهرا لو الطلاق رجعيا

(مادة ٣٤٧) المراهقة التى توفى عنها زوجها ولم تدع حبلا وقت وفاته ولم تقر بانقضاء عدتها اذا ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت نسب الولد منه وان أتت به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام أو لاكثر فلا يثبت النسب منه. وان ادعت حبلا وقت الوفاة فحكمها كالكبيرة يثبت نسبه منه لاقل من سنتين ان لم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضائها لا يثبت نسبه الا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من تاريخ الاقرار

قد حصل سبب وعلى كل فاما أن ينكر نفس الولادة أو يعترف بها ولكنه يقول أن الولد الذى ولدته هو غير الذى تدعى ولادته

فاذا كان الفراش بين الزوجين موجودا بأن كان عقد الزواج باقيا وادعت الزوجة أنها ولدت وجحد الزوج نفس الولادة بأن قال لم يحصل منك ولادة فلها أن تثبت دعواها بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة لان النسب ثابت بوجود الفراش والولادة يصح أن تثبت بامرأة مستوفية لشروط الشهادة لان شهادة النساء تصح فيما لايطلع عليه الرجال فقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة منعا للضرر وقال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) ولو شهد بذلك رجل عدل وقال لم أتعمد النظر قبلت شهادته ولو أنكر الزوج التعيين بأن قال ولدت ولكن المولود غير هذا ثبت نسبه بشهادة القابلة أو غيرها أيضا بشرط الاتصاف بأهلية الشهادة — انظر مادة (٣٤٨)

وأما اذا كان الفراش بين الزوجين غير موجود بأن حصلت الفرقة بينهما فاما أن تكون الفرقة بالطلاق أو بالوفاة فان كانت بالطلاق فاما أن يكون رجعيا أو بائنا فان كان رجعيا ولم تقر بانقضاء عدتها ثم ادعت أنها ولدت بعد أكثر من سنتين من وقت الطلاق الى وقت الولادة وأنكر الزوج الولادة فلها أن تثبت ولادتها بشهادة المرأة المتصفة بما ذكر فى المادة السابقة لان الفراش موجود لحدوث الحمل فى العدة فيكون مراجعا لها

(مادة ٣٤٨) اذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة كما لو انكر تعيين الولد فانه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر

فيثبت النسب لقيام الفراش وتثبت الولادة بشهادة المرأة . وان ادعت أنها ولدت بعد الطلاق لاقل من سنتين ولم يوافقها الزوج فلا يثبت النسب الا اذا اعترف بالحمل أو كان ظاهرا بحيث ان كل من رآها يغلب على ظنه أنها حامل فحينئذ يكفى فى ثبوت نسب الولد شهادة المرأة المتصفة بما ذكروا لا فلا بد من بينة كاملة على أنها ولدت وانما لزمت شهادة كاملة فيما اذا ولدته لاقل من سنتين ولم تلزم فيما اذا ولدته لاكثر لان الفراش قد انقضى بالولادة فى حالة الاقل ولم ينقض فى حالة ما اذا ولدته لاكثر - وهذا قول الامام الاعظم وقال أبو يوسف ومحمد يثبت النسب بشهادة المرأة لان الولادة من الامور التى لايطلع عليها الا النساء عادة وقد قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه » وقد روى عن الزهرى أنه قال قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن . وان كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بالوفاة وادعت الولادة لاقل من سنتين أو تمامهما على المرجح فقال أبو حنيفة لابد لثبوت النسب من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ان لم يصدق الزوج أو الورثة أو لم يكن الحبل ظاهرا أو يقر الزوج به لان الفراش غير موجود فان كان الحبل ظاهرا أو أقر الزوج أو الورثة بالحبل تكفى شهادة المرأة التى هى أهل للشهادة - وقال أبو يوسف تكفى القابلة لان هذا من الامور التى لايطلع عليها الا النساء كما تقدم - انظر مادة (٣٤٩) وتأمل

(مادة ٣٤٩) اذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لاقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزوج أو الورثة فلا تثبت الا بحجة تامة ما لم يكن الزوج أو الورثة قد أقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خاف فان جحدوا تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر

وجميع ماتقدم انما هو بالنسبة الى المنازعات التى تحصل بين المرأة وزوجها أو ورثته فى كون الولد منها أو لا وفى انها ولدت هذا الولد ام لا اما اذا قال رجل لولد مجهول النسب هـذا ولدى وكان يولد مثله له بأن يظن ان مثل هذا الرجل يصح ان يكون أبا لمثل هذا الولد وكان الظاهر لم يكذبه ولم يكن مشهورا بالعته فيثبت نسب الولد منه متى كان هذا الولد غير مميز اما اذا كان مميزا فلا يثبت النسب الا بتصديق الولد ويشارك الولد بقية الورثة ولو كان الاعتراف بالنسب فى حالة مرض المعترف ولو انكر الورثة نسبه لا يلتفت اليهـم بل انه يرث من ابى المقر وعـيره من اقاربه سواء اعترفوا بنسبه او لم يعترفوا وذلك لان النسب قـد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو ادرى من غيره بالنسبة لما اقر به فيرجح قوله على قول غيره

فاذا ادعت امرأة ان الولد ابنها وانه من المقر وانها زوجة له وكانت مشهورة بانها أمه وبالاسلام وحرية الاصل او الحرية العارضة لهـا قبل ولادته بسنتين ورثت ايضا من المقر اذا وافق الورثة على ذلك فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة للمقر او اعترفوا بالزوجية ولـكن أنـكروا كونها مسلمة وقت موت المقر او كانت زوجة له وهى رقيقة ولم يكن ذلك معلوما فلا ترث منه فان اثبتت امام القاضى زوجيتهـا له واسلامها وقت موته وحريتها الاصلية او العارضة قبل ولادة الولد بسنتين صحت دعواها وورثت . وان لم ينازعها الورثة ولـكن كانت زوجيتها مجهولة او حريتها او اسلامها كذلك فلا ترث ايضا الا اذا اثبتت دعواها بالبينة ولو كانت حريتها عارضة لاقل من سنتين قبل ولادتها فلا ترث لاحتمال كونها أمة

له واستولدها أو أمة لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به فهى ليست من أهل الارث — أنظر مادة (٣٥٠)

وهذا اذا كان الرجل هو المقر اما اذا أقرت امرأة بأنها أم لولد يولد مثله لمثلها وكان مجهول النسب فاما ان تكون غير متزوجة ولا فى عدة الازواج واما ان تكون متزوجة أو معتدة لزوج فان كانت خالية عن الزوج وليست فى عدة زوج وأقرت بالامومة للولد المتصف بما ذكر فحكمها حكم الرجل الذى أقر بمجهول النسب الذى يولد مثله لمثله من انها تصدق بمجرد اقرارها ويثبت نسبه منها بلا توقف على تصديقه ان كان غير مميز وقال بعضهم لا يثبت نسب الولد من المرأة الا بحجة تامة ويفرقون بين الرجل والمرأة بأن الولد محتاج الى نسب أبيه حتى لا يكون زنيا فدرءاً للعار عنه ومحافظة على شرفه يكتفى بمجرد اقرار الرجل بدون مبالاة بما يترتب على الولد من الحقوق التى تثبت عليه للمقر بمجرد الاقرار لان مراعاة

(مادة ٣٥٠) اذا أقر رجل بنوة غلام مجهول النسب وكان فى السن بحيث يولد مثله لمثله وصدقه الغلام ان كان مميزا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منه ولو أقر ببنوته فى مرضه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ويرث أيضا من أبى المقر وان جحده . وان كان للغلام ام وادعت بعد موت المقر انها زوجته وان الغلام ابنها منه وكانت معروفة بأنها أمه وبالاسلام وحرية الاصل أو بالحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين فانها ترث أيضا من المقر فان نازعهم الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لابيهم أو انها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم اسلامها وقتئذ أو انها كانت زوجة له وهى أمة فلا ترث . وكذلك الحكم اذا جهلت حريتها أو أمومتها للغلام أو اسلامها ولو لم ينازعها أحد من الورثة الا اذا أثبتت ذلك بالبينة

ثبوت النسب أولى للولد من مراعاة الحقوق التى تثبت عليه ولانه اذا اجتمع ضرران ارتكب الاخف وهذا غير موجود فى اثبات النسب له من جهة الام لان العار لا يلحقه بجهل نسبه لامه فليس محتاجا الى نسبه من أمه احتياجه الى نسبه من أبيه وبناء على ذلك لا يكتفى باقرار المرأة بل لابد أن تثبت نسبه منها بحجة تامة أى رجلين أو رجل وامرأتين وذلك مراعاة لمصلحة الولد لانه يترتب على نسبته لها حقوق الام على ولدها وبهذا اندفع مايظهر من التنافى بين هذا الحكم والحكم المأخوذ من مادة (٣٦٣) فان كلا منهما جار على رأى

وان كانت المرأة متزوجة فاما أن تقر بأن الولد ابنها منه أو من غيره فان كان الاول وصدقها ثبت نسبه منهما وان لم يصدقها فلها اثبات أمومتها بالقابلة المعروفة بالصدق والامانة أو بامرأة متصفة بما ذكر أو بشهادة رجل عدل لقيام الفراش ومتى ثبتت أمومتها بما ذكر ثبتت أبوة زوجها له وان كان الثاني فالحكم لا يختلف غير أنه لا يحتاج الى تصديق الزوج (أنظر وتأمل) وان كانت معتدة فاما ان تكون معتدة لطلاق رجعى أو بائن فان كانت معتدة لطلاق رجعى فحكمها حكم المتزوجة لان الفراش موجود حكما فيثبت قولها بشهادة القابلة الحرة المسلمة العدلة كما تقدم وان كانت مطلقة طلاقا بائنا ففى ذلك خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد قال أبو حنيفة لا يثبت قولها الا بحجة تامة أو بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الفراش غير موجود حيث أنها مبانة وقال أبو يوسف ومحمد يكتفى بشهادة امرأة تكون أهلا لاداء الشهادة وقد تقدم نظير ذلك فى مادة ٣٤٩ - أنظر مادة (٣٥١)

(مادة ٣٥١) اذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالامومة

وكل هذا فيما اذا كان الاقرار بالبنوة اما اذا حصل اقرار بالابوة أو بالامومة بأن أقر ولد مميز مجهول النسب ذكرا كان أو أنثى لرجل بأنه أبوه أو أقر لامرأة بأنها أمه وكان لا يكذبه الظاهر بأن كان يولد مثله لمثل الرجل المقر له أو المرأة المقر لها فاما أن يصدقه الرجل المقر له أو المرأة المقر لها أولا فان صدقه المقر له صح اقراره ويثبت نسبه وان لم يصدقه فله اثبات ما أقر به بالبينة أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وان عجز المقر عن الاثبات بالبينة يحلف المقر له فان حلف بطل قول المقر وان امتنع عن الحلف ثبتت الدعوى وثبت نسبه من المقر له ومتى ثبت نسبه من الرجل أو المرأة وجبت بينهما الحقوق الواجبة بين الآباء والابناء فتثبت بينهما أحكام النفقة والحضانة والولاية فى النفس وفى المال ونحو ذلك - أنظر مادة (٣٥٢)

فقد علمت مما ذكر حكم الاقرار بالبنوة والابوة فلو كان بالاخوة صح الاقرار أيضا ولكن يكون قاصرا على المقر فاذا توفى رجل فأقر أحد أولاده وكان عاقلا بالغا لشخص مجهول النسب بأنه أخوه صح اقراره فى حق نفسه لا غير لان الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يسرى اقراره على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على اقراره ويشارك المقر له المقر فى نصيبه وقد

لصبى يولد لمثلها وصدقها ان مميزاً صح اقرارها عليها ويرث منها الصبى وترث منه فان كانت متزوجة أو معتدة لزوج فلا يقبل اقرارها بالولد الا أن يصدقها الزوج أو تقام البينة على ولادتها لو معتدة أو تشهد امرأة مسلمة حرة عدل لو منكوحته او تدعى أنه من غيره

(مادة ٣٥٢) اذا اقر ولد مجهول النسب ذكرا كان او انثى بالابوة لرجل او بالامومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت ابوتهما له ويكون عليه ما للابوين من الحقوق وله عليهما ما للابناء من النفقة والحضانة والتربية

اختلف الفقهاء فى مقدار مايأخذه منه فقال بعضهم يأخذ نصف نصيب المقر اذا كان المقر له مذكرا وثلثه اذا كان مؤنثا وذلك لانه لما لم يصح اقراره فى حق باقى الورثة يعتبر مافى أيديهم بمنزلة الهالك وكأن الميت لم يترك سوى مافى يد المقر وبما أنه مذعن بان المقر له يساويه فى الاستحقاق ان كان مذكرا فيستحق نصف نصيبه وان كان مؤنثا فهو يعترف بانها تستحق نصف مايستحق لما هو معلوم من أن المذكر له فى الميراث ضعف نصيب الانثى

وقال بعض المحققين ان المقر له لا يأخذ منه الا المقدار الذى دخل فى حصته من نصيب المقر له وما دخل من نصيبه فى حصص باقى الورثة يعتبر هالكا لان المقر يعترف بأن المقر له يستحق فى مجموع التركة وقد بطل اقراره بالنسبة لما دخل فى حصص باقى الورثة وصح بالنسبة لما دخل فى حصته فيستحق المقر له الجزء الذى دخل فى نصيب المقر لاغير فاذا مات خالد وترك عليا واسماعيل وكانت التركة تساوى اثنى عشر الف قرش فاقر على بان محمدا أخوه ولم يوافقه على ذلك اسماعيل فعلى الرأى الاول يستحق محمد نصف نصيب على وهو ثلاثة آلاف قرش وعلى الرأى الثانى يستحق الفين لاغير وذلك لان أصل التركة اثنا عشر الف قرش فلو كانت الورثة ثلاثة يستحق كل واحد أربعة آلاف قرش فيكون الذي دخل فى حصة غير المقر الفين وقد لغى الاقرار بالنسبة لهما فيعتبر ذلك المقدار هالكا والذى دخل فى نصيب المقر من استحقاق المقر له الفان وقد صح اقراره بالنسبة لهما أنظر مادة (٣٥٣)

(مادة ٣٥٣) من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب لا يقبل اقراره الا فى حق نسه فلا يسري على بقية الورثة الذين لم يصدقوه ويشاركه المقر له فى نصيبه ويأخذ نصفه

فقد علمت مما ذكر انه يشترط فى ثبوت نسب الولد المقر أو المقر له كونه مجهول النسب فلو كان معروف النسب فلا يثبت نسبه بل يقال له دَعِيٌّ فالدعى هو شخص معروف النسب قد تبناه غير أبيه وهذا امر كان موجودا فى الجاهلية فان الرجل منهم كان اذا راقه غلام لنشاطه مثلا ضمه الى نفسه وجعل له مثل نصيب المذكر من اولاده فى ميراثه وكان ينسب اليه فيقال فلان بن فلان واستمر ذلك فى صدر الاسلام حتى ان النبى صلى الله عليه وسلم تبنى سيدنا زيد بن حارثة الى أن نزل قوله تعالى (أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله) فقال عليه الصلاة والسلام لسيدنا زيد انت زيد بن حارثة وبناء على ذلك يكون المُتَبَنَّى ليس ابنا اصلا فلا يعطى الحقوق التى هى واجبة على الآباء للابناء فلا يرث من متبنيه ولا يستحق النفقة ولا اجرة الرضاع والحضانة وكذا المتبنِّى لا يعطى حقوق الآباء على الابناء فلا يستحق عليه النفقة لو كان فقيرا والدعى موسرا ولا يرثه وليس له ولاية فى النفس ولا فى المال بهذا التبنى لانه اجنبى منه فتصح شهادة كل منهما للآخر وليس بينهما ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا كانت انثى جار للمتبنى التزوج بها ما لم يمنع مانع آخر من ذلك واذا كان احدهما له امرأة قد طلقها وانقضت عدتها جاز للآخر ان يتزوجها الا اذا حرمت عليه بسبب آخر من أسباب موانع الزواج المتقدمة فى مبحث المحرمات — أنظر مادة (٣٥٤)

(مادة ٣٥٤) الدعى ليس ابنا حقيقيا فمن تبنى ولداً معروف النسب فلا تلزمه نفقته ولا اجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان

فالذى علم انه متى حصل اقرار بالبنوة أو الأبُوَّة أو الاخوة وكان مستوفيا للشروط المتقدمة التى منها تصديق المقر له المقر يثبت النسب وان كان هناك فرق بين الاقرار بالبنوة والابوة وغيرهما فان لم يحصل تصديق من المقر له فللمقر أن يثبت ما ادعى به وان كانت طريقة الاثبات تختلف بين دعوى البنوة والابوة وغيرهما. وبيانه أن الدعوى اما أن تكون بالأبوة والبنوة (فى الدرجة الأولى) أو غيرهما فان كان الاول وكان المدعى عليه حياً صحت اقامة الدعوى عليه أو على من قام مقامه ولو لم تكن ضمن دعوى حق آخر فان كان ميتا فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر .وان كان الثانى وهو دعوى غير البنوة والابوة كالاخوة والعمومة فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الشخص الذى ينتهى اليه النسب . وعند مايراد اثبات النسب ضمن دعوى حق يكون الخصم فى ذلك هو أحد الورثة اذا كانت التركة تحت يده ويشترط أن يبين المدعى جميع التركة بيانا كافيا ويبين جميع الورثة ومقدار نصيبه الذى يستحقه فيها وجهة الارث التى يستحق بها ليكون القاضى على بصيرة من الدعوى وكذا يصح أن يكون الخصم هو الوصى أو الموصى له أو الدائن أو المدين

فان كان الاول وهو الوصى فيمكن اقامة الدعوى عليه بأن يقول ان مورثى أقامه وصيا على التركة وقد وضع يده عليها فاطلب منه أن يسلم لى حقى وهو كذا لانى أرث مورثى بجهة كذا وعدد الورثة هو كذا فيقر المدعى عليه بالايصاء وينكر استحقاقه فى التركة فيثبت دعواه

وان كان الثانى وهو الموصى له فصورة اقامة الدعوى عليه أن يقول إن مورثى فلانا الفلانى قد أوصى لفلان المدعى عليه بالتركة وهو قد وضع يده عليها فاطلب منه أن يسلم لى حقى فى التركة وهو ثلثاها لانى وارث لمورثى بجهة كذا ولا وارث له غيري ولا أجيز الوصية فلا يستحق غير ثلثها فينكر المدعى عليه قرابته للمورث فيثبت دعواه

وان كان الثالث وهو الدائن كأن يكون لشخص حق اختصاص على التركة أو جزء منها بأن تكون التركة أو بعضها تحت يده بطريق الرهن مثلا فيريد دفع الدين له وفك العين المرهونة فيأبى وينكر نسبه الى المدين فيخاصمه حتى يثبت فى وجهه نسبه ويلزمه يأخذ دينه وتسليمه ماهو مرهون عنده

وان كان الرابع وهو المدين بأن يكون على شخص دين للمتوفى فيطلب مدعى النسب أمام القاضى انه يستحق نصف الدين الذى عليه مثلا أو ربعه بصفته وارث فلان ويطلب من القاضى أن يأمره بالتسليم فيقر المدعى عليه بالدين وينكر نسبه للمتوفى فيثبت دعواه فى وجهه لان كلا من هؤلاء يصلح ان يكون خصما له فيكون اثبات النسب تابعا لاثبات الحق وعلى كل حال فلا بد ان يذكر المدعى جميع شروط الدعوى التى منها جهة الارث والشخص الذى ينتهى اليه الخصمان بأن يذكر فى دعواه الاب اذا كان المدعى عليه هو الاخ ويذكر اسم الجد اذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا — أنظر مادة (٣٥٥)

(مادة ٣٥٥) تثبت الابوة والبنوة والاخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ويمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة

الفصل الخامس

في أحكام اللقيط

اللقيط لغة اسم لما يرفع من الارض وشرعا اسم لمولود حي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا وهذا هو الغالب الآن ثم إنّ اللقيط اما ان يوجد في محل يغلب عليه الهلاك ويكون بحيث لو لم يلتقطه لهلك وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض عين بمعنى انه يتعين على من وجده أن يأخذه واما أن يكون في محل يغلب عليه الهلاك ولكن لو لم يأخذه من وجده يلتقطه غيره وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض كفاية وفرض الكفاية هو الذي اذا قام به البعض سقط عن الباقين مثل تجهيز الميت والصلاة عليه . وان وجد في مكان لا يغلب عليه الهلاك يكون التقاطه سنة ومندوبا والسنة هي ماثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم قولا أو فعلا وعلى كل حال فنابذه آثم يستحق التعزير في الدنيا من أولى الامر والعقاب في الآخرة من الله جل وعلا لانه أهان نفسا مكرمة قال تعالى (ولقد كرمنا بني آدم) وربما قتلها بهذا الالقاء ولأن القاءه ينافي الشفقة التي حث عليها النبي عليه الصلاة

مقصودة بدون دعوى حق آخر معها اذا كان الاب أو الابن المدعى عليه حيا حاضرا أو نائبه فان كان ميتا فلا يصح اثبات النسب منه مقصودا بل ضمن دعوى حق يقيمها الابن او الاب على خصم والخصم في ذلك الوارث أو الوصي أو الموصى له أو الدائن أو المدين وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرهما لا تثبت الا ضمن دعوى حق

اوالسلام بقوله (من لايرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا) ومن وجده والتقطه يتعين عليه حفظه لانه قد التزم ذلك بالالتقاط فيحرم عليه نبذه ثانيا ومن نبذه بعد التقاطه يكون آثما اثم من طرحه أولا — أنظر مادة (٣٥٦)

واللقيط حر لان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق عارض عليها والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فلا يحكم برقه الا ببينة تشهد على ذلك فيعامل معاملة الاحرار من صحة شهادته وثبوت الولاية له وغير ذلك من أحكام الحرية . ولا فرق فى ذلك بين كون ملتقطه حراً أو رقيقا هذا بالنظر الى حريته أما بالنظر الى اسلامه فلا يخلو حاله من أحد أمور أربعة لان واجده اما أن يكون مسلما والمحل الذى وجد فيه مقر المسلمين وحكمه فى هذه الحالة أن يكون مسلما اتفاقا واما أن يكون ملتقطه غير مسلم ذميا كان أو مستأمنا والمحل الذى وجد فيه مقر غير المسلمين وفى هذه الحالة يكون غير مسلم بلا خلاف وإمَّا أن يكون واجده مسلما والمقر الذى وجد فيه مقر الذميين وحكمه أن يكون مسلما تبعا للواجد على الصحيح لان الاسلام فى فائدته وقال بعضهم هو غير مسلم تبعا للمكان ولكنه مرجوح وإمَّا أن يكون ملتقطه ذميا فى مكان المسلمين وحكمه أن يكون مسلما تبعا للمكان

(مادة ٣٥٦) اللقيط وهو المولود الذى ينبذه أهله خوفا من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة يستحق الشفقة عليه من أبناء جنسه ويأثم مضيعه ويغنم محرزه احياء لنفسه فمن وجد طفلا منبوذا فى أى مكان فعليه اسعافه والتقاطه وهو فرض ان غلب على ظنه هلاكه لو لم يلتقطه والا فمندوب ويحرم طرحه والقاؤه بعد التقاطه

الذى وجد فيه على الراجح وقال بعضهم يكون غير مسلم تبعا للواجد والمعول عليه الاول — أنظر مادة(٣٥٧)

والملتقط أحق بامساك اللقيط من غيره لماله عليه من نعمة الالتقاط فليس لاحد أخذه منه قهرا ولو كان حاكما فقد روى ان رجلا التقط لقيطا فاتى به الى الامام على كرم الله وجهه فقال هو حر ولم يأخذه منه بالولاية العامة نعم اذا كان واجده غير اهل لحفظه بأن كان بحالة يضيع الولد عنده معها وجب نزعه منه وتسليمه الى من يحفظه واذا سلمه لغيره برضاه واستلمه ذلك الغير راضيا فليس للاول أخذه من الثانى لانه أسقط حقه والساقط لايعود واذا اراد الملتقط أن يسلمه للحاكم فله أن لا يقبله الا ببينة تشهد على انه لقيط لجواز أن يكون ابنه وأنه أراد تسليمه للحاكم فرارا من تربيته هذا اذا كان الملتقط واحدا فان وجده اثنان وتنازعا فيه فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أحق به لانه أنفع له فان استويا فى الدين بأن كانا مسلمين أو ذميين سلمه الحاكم لانفعهما له وان اتحدا فى جميع الاوصاف فالرأى للقاضى يسلمه الى من شاء — أنظر مادة (٣٥٨)

وقد يتفق ان من يطرح المولود يضع معه مالاً يستعين به الواجد على تربيته فحكم هذا المال أن يعتبر ملكا للقيط لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حرا فيكون ما فى يده له ولا فرق فى ذلك بين ان يكون المال

(مادة ٣٥٧) اللقيط حر فى جميع احكامه ومسلم ولو كان ملتقطه ذميا ما لم يوجد فى مقر أهل الذمة وكان ملتقطه غير مسلم

(مادة ٣٥٨) الملتقط أحق بأمساك اللقيط من غيره فليس لاحد أخذه منه قهرا

مشدودا به أو بدالية فى ثيابه أو فوقه أو تحته أو على دابة هو عليها وبما ان الملتقط ليس له عليه الا ولاية الحفظ فليس له أن ينفق عليه منه الا باذن القاضى بما له من الولاية العامة واذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه فليس له أن يرجع على اللقيط بل يعتبر متبرعا الا اذا أنفق عليه باذن القاضى بأن قال له أنفق لترجع فحينئذ يثبت له حق الرجوع عليه

نعم اذا تعذر اذن القاضى لبعد المسافة أو لكونه متعنتا لا يأذن كفى فى جواز الانفاق عليه والرجوع بما أنفقه الاشهاد على ذلك. انظر مادة (٣٥٩)

وبما ان اللقيط تحت رعاية الملتقط فعليه أن يسعى له فى كل ما يعود عليه بالمنفعة حتى يكون له مستقبل حسن فيثقف عقله بالعلم اذا كان مستعدا له فان كان غير مستعد لذلك اختار له حرفة تساعده على المعيشة فى هذه الحياة الدنيا واذا أراد الملتقط أن ينقله من جهة الى أخرى جاز له ذلك اذا لم يكن المحل المنقول اليه مضرا به بأن كان غير آمن او كان بحالة تفسد فيها اخلاق اللقيط وكذا يسوغ له أن يتصرف فى اموره الضرورية التى هى نافعة له نفعا محضا فيجوز ان يشترى له الطعام والكسوة ويؤجر له مسكنا يسكن

ولو كان حاكما الا بسبب يوجب ذلك كأن كان غير أهل لحفظه وان وجده اثنان مسلم وغير مسلم وتنازعاه يرجح المسلم ويقضى له به فان استويا فى الدين وفى الترجيح فالرأى موض الى القاضى

(مادة ٣٥٩) اذا وجد مع اللقيط مال فهو له وينفق الملتقط عليه منه بعد استئذان القاضى فان انفق من مال نفسه على اللقيط فهو متبرع ولا يكون ما أنفقه دينا على اللقيط الا أن يأذن له القاضى بالانفاق عليه

فيه ونحو ذلك مما لا بد منه ويجوز له أن يقبل الهبة التى وهبت له ويقبضها له وكذا العارية والصدقة وأما الاشياء التى ليست ضرورية ولم تتمحض لنفعه كالتزويج والختان والتجارة فى أمواله واجارته لتكون الاجرة للملتقط فليس له ذلك لان الولاية على الغير تكون بقرابة أو ملك أو سلطة عامة ولم يوجد شيء من ذلك عند الملتقط والتصرف فى المال يكون بكمال الرأى ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الاب والجد لا غير نعم اذا جعله القاضى وليا عليه أو أذن له فى ذلك صح — أنظر مادة (٣٦٠)

ولا يخفى ان اللقيط غير معلوم النسب فهو محتاج اليه أى احتياج لانه يسر بثبوت نسبه ويتضرر بعدمه اذ يُعَيَّر بذلك فاذا ادعاه واحد يثبت نسبه بمجرد الدعوى لانها فى فائدته

وان ادعاه اثنان فاما أن يكون الملتقط واحدا منهما أو لا فان كان الاول قدمت دعوى من أقام البينة سواء كان الملتقط أو غيره لان البينة أقوى براهين الاثبات فان لم توجد بينة قدمت دعوى الملتقط لان الظاهر يشهد له لكونه فى يده حتى لو ان غير الملتقط وصف علامة فى بدنه ووافقت لايقدم لان وضع اليد أقوى من العلامة وكان مقتضى القياس أن لاتقبل دعوى الملتقط لانه باعترافه بأنه لقيط يكون معترفا

(مادة ٢٦٠) يسلم الملتقط اللقيط لتعلم العلم أو لا فان لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة يتخذها وسيلة لتكسبه وله نقله حيث شاء وشراء ما لا بد له منه من طعام وكسوة وقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه وليس له ختنه ولا تزويجه ولا اجارته لتكون الاجرة للملتقط ولا التصرف فى ماله بغير شراء ما ذكر من حوائجه الضرورية

بأنه ليس ابناً له فيكون متناقضا الا أنه تسومح فى ذلك التناقض لانه قد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى سببه مغتفر واذا كان المدعى غير مسلم يكون اللقيط مسلما تبعا للمكان أو الواجد اذا ثبت النسب بمجرد الدعوى فان أثبت بنوته بالبينة صار تابعا له فى دينه أيضا وكذا يكون تابعا له فى دينه اذا التقطه ذمى من مكان أهل الذمة كالبيعة أو الكنيسة أو الحارة الخاصة بهم ثم ان كون النسب يثبت بمجرد دعوى الملتقط اذا كان اللقيط حيا فان كان ميتا فلا يثبت النسب الا بالبينة سواء ترك مالا أو لم يترك لان الولد حينئذ غير محتاج الى النسب فتكون دعوى ارث فلا بد فيها من البينة له وهذا ظاهر بالنسبة لما اذا كان له مال فاذا لم يكن له مال تكون دعوى ارث ايضا لاحتمال أن يظهر له مال فى المستقبل — انظر مادة (٣٦١)

وان كان الثانى وهو مااذا كان المدعيان خارجين فاما أن يسبق أحدهما الآخر أو لا فان سبق أحدهما حكم له أقام بينة أو لا وفى حالة الحكم له بدون بينة اذا اقام المتأخر بينة فدعواه أولى لتقويتها بالبينة وان ادعياه معا قدمت دعوى من أقام البينة وان عجز كل منهما عنها ولكن وصف أحدهما علامة فى بدنه ووافقت صحت دعواه وبطلت دعوى الآخر لان وصف العلامة يدل على أنه كان فى يده وذو اليد مقدم على غيره كما تقدم وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا ولم ترجح دعوى أحدهما ببينة أو علامة فدعوى المسلم اولى لترجيحه بالاسلام لانه انفع للولد وان استوى المدعيان معا ولم يوجد مرجح لاحدهما على الآخر يثبت نسبه من كل

(مادة ٣٦١) اذا ادعى اللقيط واحد ولو غير الملتقط ثبت نسبه منه بمجرد

منهما لانه لامرجع لاحدهما على الآخر وقد اعترف كل منهما بما فيه المنفعة للولد وبناء على ذلك يلزمهما مايلزم الآباء للابناء فيجب عليهما مايحتاج اليه من أجرة الرضاعة والحضانة وغير ذلك ويرث من كلٍّ منهما ارث ابن كامل اذا ماتا قبله وكان أهلا للميراث وقال الشافعي يرجع الى القافة فيثبت نسبه من أقربهما اليه شبها - انظر مادة (٣٦٢)

هذا اذا كانت الدعوى من الرجال واما اذا كانت من النساء فلا يخلو الحال من أن تدعيه امرأه واحدة أو أكثر فان ادعته امرأة فاما أن يكون لها زوج حقيقة أو حكما بأن تكون فى عدة الرجعى أو لا فان كان الاول فاما أن يصدقها الزوج أو يكذبها فان صدقها قبلت دعواها وثبت نسبه منهما وان كذبها فلها أن تثبت دعواها بشهادة القابلة الحرة البالغة العاقلة العدلة أو امرأة متصفة بما ذكر أو بشهادة رجل حر كذلك لان الفراش قائم فلم يبق الا اثبات الولادة وهى تثبت بما ذكر كما تقدم فى ثبوت النسب فى شرح مادة (٣٤٨)

وان كان الثانى وهو مااذا كانت الزوجية غير قائمة لاحقيقة ولا حكما

دعواه ولو ذميا ويكون اللقيط مسلماً تبعاً للواجد أو المكان ان كان اللقيط حياً فان كان ميتا فلا يثبت الا بحجة ولو لم يترك مالا وان ادعاه نفس الملتقط و نازعه خارج فالملتقط أولى به ولو وصف الخارج فى جسده علامة ووافقت

(مادة ٣٦٢) اذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر فهو ابن السابق عند عدم البرهان وان ادعياه معاً ووصف أحدهما علامة فيه ووافقت الصحة يقضى له به مالم يبرهن الآخر . وان ادعاه مسلم وذمى معاً

وكانت معتدة لطلاق بائن فلا تثبت دعواها الا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول هذا عند الامام وقال أبو يوسف ومحمد يكفى شهادة القابلة التى هى أهـل لاداء الشهادة لبقاء أثر النكاح وهو العدة والاول أصح هذا كله اذا لم تصرح بأنه ابنها من غير زوجها فان صرحت بأنه ابنها من غيره صدقت بمجرد دعواها لما فيه من منفعة الولد لانه يلزمها حضانته وارضاعه والنفقة عليه لو كان معسر وهى موسرة ومثل هذا مااذا لم يكن لها زوج أصلا (تأمل واحكم) وقال بعض المحققين لاتثبت دعواها الا ببينة تامة أى رجلين أو رجل وامرأتين أهل لاداء الشهادة . والفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل هو أن فى قبول دعوى الرجل وثبوت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه دفع العار عنه باثبات نسبه الذى لولاه لكان زنيما مقطوع النسب بخلاف نسبه الى امه فانه لايلحقه عار بعدم معرفة امه وفى ثبوت نسبه من امه ايجاب حقوق كثيرة عليه فلا بد فى اثباتها عليه من البينة وهذا هو الاصح

وان ادعاه امرأتان أو أكثر فأيتهن أقامت البينة فهى اولى وان أقمن جميعا البينة ثبت نسبه منهن لعدم المرجح هذا هو رأى الامام وقال أبو يوسف لايثبت نسبه لتعارض البينات فان كل بينة تكذب الاخرى وفى الواقع لايمكن أن تصدق الا بينة واحدة وباقى البينات كاذبة لاستحالة

فالمسلم أولى به وان استوى المدعيان معاً ولم يكن لاحـدهما مرجح على الاخر يثبت نسبه منهما ويلزمهما فى حقه ما يلزم الآباء للابناء من أجرة الحضانة والنفقة بانواعها ويرث من كل منهما ان كان أهلا للميراث

ولادة الولد الا من امرأة واحدة وبما أن الصادقة غير معلومة للقاضى فلا يمكن الحكم لها ولا للكل اما عدم امكان حكمه للصادقة فظاهر لما أنه لايعرفها وأما حكمه للكل فلأنه يترتب عليه ثبوت نسب الولد ممن هى كاذبة فيكون حكما بلا بينة وقد تقدم أن الولد لايلحقه عار بعدم معرفة نسبه من أمه فلا تثبت دعوى الامومة الا ببينة وهذا هو الظاهر — انظر مادة (٣٦٣)

ونفقة اللقيط واجبة فى ماله ان كان له مال أو على أبيه اذ ادعى أحد نسبه أو على قريبه ان علم له قريب فان لم يكن شىء من ذلك فنفقته على بيت المال لان تركته ولو دية له اذ الغرم بالغنم وكذلك يجب على بيت المال بدل جنايته اذا جنى اللقيط على أحد واذا كان محتاجا لزوجة تخدمه لضرورة دعت الى ذلك لزم بيت المال تزويجه أما اذا كان غير محتاج اليها فى الخدمة فلا يجب عليه ذلك لانه يلزم على ذلك صرف أموال المسلمين بدون ضرورة وهو لايجوز — انظر مادة (٣٦٤)

﴿ الباب الثانى ﴾

(فيما للولد على الوالدين)

كما أن للوالد على ولده حقوقا كذلك للولد على أبويه حقوق ينبغى القيام

(مادة ٣٦٣) اذا ادعت اللقيط امرأة ذات بعل فان صدقها أو أقامت بينة على ولادتها أو شهدت لها القابلة صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن بعلها والا فلا وان لم تكن ذات بعل فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين

(مادة ٣٦٤) اذا لم يكن للقيط مال ولا ادعى أحد نسبه وأبى الملتقط الانفاق عليه وبرهن على كونه لقيطا يرتب له من بيت المال ما يحتاج اليه من

بها فتلزمهما تربيته تربيه حسنة كل بما يناسبه فالام تحضنه وترضعه والاب يقوم بمصالحه ولوازمه فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك بأن يعوده على الاخلاق الحسنة ويجنبه الاخلاق السيئة واذا تعددت الاولاد يطلب من الابوين المساواة بينهم حتى يكونوا متحابين فان ايثار بعضهم على بعض يغرس بينهم أشجار البغضاء والخلاف ولذلك قال عليه الصلاة والسلام « ساووا بين أولادكم فى العطية » وقال صلى الله عليه وسلم (من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه) فاذا بلغ ست سنين نظمه فى سلك تعلم ماهو مستعد له ليتحلى بأعظم حلية ويكون عضوا عاملا فى الهيئة الاجتماعية فيكون لأبويه أثرا حميدا وذكرا حسنا وكذا ينبغى للاب أن يعتنى بحفظ مال أولاده بقدر مايمكنه ويحرم عليه ضياعه فى غير مصالح أولاده الشرعية وعلى الابوين أن يكونا مثال الاستقامة والادب أمام أولادهم وبذلك تنشأ الاولاد مطبوعة على الاخلاق الحسنة المكتسبة بطريق العمل فى مبدأ فطرتهم حتى تكون طبيعة لهم فيعملون بها ماعاشوا ويعلمون أولادهم وغيرهم بحيث يكون الابوان قد سنا سنة حسنة ومن سن سنة حسنة فله ثوابها وثواب من عمل بها الى يوم القيامة — انظر مادة (٣٦٥)

نفقة وكسوة وسكنى ودواء اذا مرض ومهر اذا زوجه القاضى ويكون ارثه ولو دية لبيت المال وعليه ارش جنايته

(مادة ٣٦٥) يطلب من الوالد أن يعتنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله والقيام بنفقته ان لم يكن له مال حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتتزوج الانثى ويطلب من الوالدة الاعتناء بشأن ولدها وارضاعه فى الاحوال التى يتعين عليها ذلك

(الفصل الاول)

(فى الرضاعة)

الام لاتجبر على ارضاع ولدها لان امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك نظرا لوفور شفقتها ولذلك قال تعالى (وان تعاسرتم فسترضع له اخرى) غير أن هناك أحوالا ضرورية تستدعى اجبار الام على ارضاع ولدها وهى ثلاثة :

أولا — اذا كان الاب فقيرا لايجد مالا يستأجر به من ترضعه ولا مال للولد فتجبر على الارضاع لاجل حفظ حياة الولد

ثانيا — اذا وجد مال عند الاب أو الولد ولم يوجد من ترضعه فيلزمها إرضاعه إحياء لنفسه وقال بعضهم لايلزمها ذلك لانه يمكن استغناء الولد عن اللبن بأشياء اخرى كدهن اللوز والاول هو الصحيح لان قصر الرضيع الذى لم يتعود الطعام على الدهن والشراب قد يؤدى الى ضعفه وموته

ثالثا — اذا كان الولد لايقبل ثديا غير ثدى أمه فان الام يلزمها ارضاعه محافظة على حياته وهذا اذا لم يمكن استغناؤه ببعض الاطعمة كدهن الفستق او اللوز او ابن الماعز بدون ان يلحقه ضرر بسبب غذائه بتلك الاشياء فان امكن ولم يحصل للولد ضرر فلايلزمها الارضاع ومع اجبارها لها الاجرة عليه ان كانت تستحقها وتأخذها فى الحال ان كان موسرا والا فهى دين عليه ترجع بها عند يساره — انظر مادة (٣٦٦)

(مادة ٣٦٦) تتعين الام لارضاع ولدها وتجبر عليه فى ثلاث حالات

(الاولى) اذا لم يكن للولد ولا لابيه ما يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة

(الثانية اذا لم يجد الاب من ترضعه غيرها

(الثالثة) اذا كان لا يقبل ثدى غيرها

فاذا قامت الام بارضاع ولدها فيها وان امتنعت عنه وكان غير واجب عليها فلا تجبر بل على الاب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها لتتعهده وتقوم بمصالحه — انظر مادة (٣٦٧)

والام لاتستحق الاجرة على الارضاع فى كل الاحوال بل فى بعضها وبيانه أن الزوجية اما أن تكون قائمة أو غير قائمة فان كانت قائمة ولو حكما بأن كانت مطلقة طلاقا رجعيا فانها لاتستحق أجرة على ارضاع ولدها الذى جاءت به منه فاذا أرضعته فليس لها المطالبة بالاجرة لان الواجب عليه رزقها وهو واجب عليه لقيام الزوجية فلو أخذت أجرة على الارضاع لكان لها رزقان مع أن الحق سبحانه وتعالى انما أوجب عليه رزقا واحدا قال تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) نعم اذا أرضعت ولد زوجها من غيرها فلها الاجرة على ذلك لانه أجنبى بالنسبة اليها فهو كأخذ الاجرة على ارضاع ولد لغير زوجها وهو جائز وان كان زوجها ينفق عليها — انظر مادة (٣٦٨)

فان كانت الزوجية غير قائمة بأن حصل الطلاق البائن فاما أن تكون قد خرجت من العدة أولا فان كان الاول استحقت الاجرة اتفاقا لقوله

(مادة ٣٦٧) اذا أبت الام ان ترضع ولدها فى الاحوال التى لا يتعين عليها ارضاعه فعلى الاب ان يستأجر مرضعة ترضعه عندها

(مادة ٣٦٨) اذا ارضعت الام ولدها من زوجها حال قيام الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى فلا تستحق أجرة على ارضاعه فاذا استأجرها لارضاع ولدها من غيرها فلها الاجرة

تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) وان كان الثانى ففيه خلاف قال بعضهم انها تستحق الاجرة لان النكاح قد زال فألحقت بالاجانب وهو الذى عليه العمل وروى الحسن عن الامام أنه ليس لها أجرة لان العدة من أحكام النكاح ولذا لاتجوز شهادة أحدهما للآخر ولا دفع زكاة أحدهما الى صاحبه والنفقة ثابتة لها وعلة سقوط أجرها حال قيام الزوجية انما هو وجوب النفقة عليه بسبب الزوجية وبما أن هذه العلة موجودة حال عدة البائن فيوجد معلولها وهو عدم استحقاق الاجرة لان المعلول يدور مع العلة وجودا وعدما ← انظر مادة (٣٦٩)

ولما كانت الام أكثر الناس حنانا وشفقة على ولدها كانت أولى به فى الارضاع وغيره . ولا فرق فى ذلك بين كون الزوجية قائمة أولا الا أن هذه الاولوية مقيدة بما اذا لم تطلب زيادة على ماتطلبه الاجنبية أو لم توجد أجنبية متبرعة لان فى تقديم غيرها عليها فى الحالة الاولى اضرارا بها وهو لايجوز . نعم اذا وجدت أجنبية ترضعه بأقل مما تطلبه الام ولو كان الذى تطلبه الام أجر المثل والذى تطلبه الاجنبية دون ذلك أو كانت الاجنبية متبرعة والام تطلب أجرا فهى اى الاجنبية احق لان المقصود غذاء الرضيع وقد أمكن الحصول عليه بدون مشقة على الاب فيكون فى تقديم الام على الاجنبية اضرار بالاب وقد قال تعالى « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » ولكن لاتضار الوالدة بأخذ الولد منها بل ترضعه عندها ولا فرق فى حكم الرضاع بين كون الاب موسرا أو معسرا

(مادة ٣٦٩) اذا ارضعت الام ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن أوفيها وطلبت أجرة على ارضاعه فلها الاجرة

أما بالنسبة للحضانة ففى كليهما تفصيل يأتى فى مادة (٣٩٠)

ثم ان محل كون الاب مطالبا بالاجرة عند استحقاق الام لها انما هو فى حال عسرة الولد فان كان له مال فالاجرة عليه دون أبيه وان كان غنيا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه الا الزوجة فان نفقتها فى نظير انضمامها ومكثها عند الزوج فنفقتها عليه وان كانت غنية بخلاف الولد فان نفقته للحاجة و بيساره اندفعت حاجته فلا تجب على غيره — انظر مادة (٣٧٠)

هذا اذا حصل اتفاق على الاجرة فان لم يحصل بأن أرضعت الام ولدها ولم تعقد مع أبيه عقد اجارة وكانت تستحق اجرة ارضاعها من أبيه لعدم قيام الزوجية وانقضاء العدة فلها أن تطالبه بأجرتها لان ايجاب رزقها عليه غير مقيد بوجود العقد بينهما كما هو ظاهر من قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال بعض العلماء اذا لم يكن بينهما عقد اجارة فلا تستحق عليه شيئا لان اقدامها على ارضاع ولدها بدون طلب أجرة دليل على تبرعها فتكون مسقطة لحقها والساقط لا يعود وكلا الرأيين صحيح فيلزم القاضى النظر فى أمر الام فان كان حالها يدل على احتياجها وان مثلها لا يتبرع

(مادة ٣٧٠) الام أحق بارضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الاجنبية ما لم تطلب أجرة أكثر منها فى هذه الحالة لا يضار الاب وان رضيت الاجنبية بارضاعه مجاناً أو بدون أجرة المثل والام تطلب أجرة المثل فالاجنبية أحق منها بالارضاع وترضعه عندها وللام أخذ أجرة المثل على الحضانة ما لم تكن المتبرعة محرماً للصغير وتتبرع بحضانته من غير أن تمنع الام عنه والاب معسر فتتخير الام بين امساكه مجانا ودفعه للمتبرعة كما هو موضح فى مادة ٣٩٠

عمل بالرأى الاول وان كان حالها يدل على أنها تتبرع وانها تطلب الاجرة طمعا أو تعنتا عمل بالثانى والمدة التى تستحق المرضعة فيها أجرة رضاعها هى حولان لاغير لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ولا رضاع بعد التمام — أنظر مادة (٣٧١)

وأجرة الرضاع لاتأخذ حكم نفقة الزوجة من السقوط بل تأخذ حكم سائر الديون لانها فى نظير عمل وبناء على ذلك لاتسقط أجرة الرضاع بمضى شهر مثلا ولا بموت الام ولا بموت الاب فان ماتت الام فلورثتها مطالبته بالاجرة وان مات الاب فاجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك أصحاب الديون فيها — أنظر مادة (٣٧٢)

وفى كل موضع ثبت للام أخذ أجرة الرضاع بعقد الاجارة اذا صالحت الزوج عن الاجرة صح الصلح وفى كل موضع لايثبت لها أخذ الاجرة على الارضاع لايصح الصلح وينبنى على ذلك أنه اذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شىء معلوم فان كان هذا الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما فهو غير صحيح لانها لاتستحق أجرة على الرضاع فى هاتين الحالتين وان كان الصلح فى عدة الطلاق البائن سواء كان بواحدة أو ثلاث صح

(مادة ٣٧١) فى كل موضع جاز استئجار الام على ارضاع ولدها يكون لها الاجرة ولو بلا عقد أجارة مع أبيه أو وصيه فيأمره الحاكم بدفع أجرة المثل لها مدة ارضاعه ومدة الارضاع فى حق الاجرة حولان لا أكثر

(مادة ٣٧٢)الاجرة المعدودة للام على ارضاع ولدها لا تسقط بموت أبيه بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماه

الصلح على القول المعمول به الآن وان كان بعد انقضائها مطلقا أى سواء كانت العدة من طلاق رجعى أو بائن صح الصلح اتفاقا فيجب ما اصطلحا عليه لاستحقاق الام الاجرة — أنظر مادة (٣٧٣)

فان كانت مرضعة الطفل غير أمه سميت تلك المرضعة ظئراً وهذه تلزم بالارضاع مدة عقد الاجارة الا اذا طرأ ما يستوجب فسخه فان انتهت مدة الاجارة فلا تجبر على ارضاعه الا اذا كان يترتب على ذلك ضرر للطفل بأن لم يقبل ثدى غيرها أو لم توجد مرضعة سواها لان فى عدم ارضاعها اياه ضررا عظيما وربما أدى ذلك الى موته ومع كون الظئر ملزمة بالارضاع على ما بُيِّن فلا تلزم بالمكث عند أم الرضيع بل لها ان ترضعه وتخرج أو ترضعه فى فناء البيت

ومحل كون الظئر لا تلزم بالمكث فى بيت الام اذا لم يشترط عليها ذلك فى عقد الاجارة فان شرط عليها ذلك لزمها المقام فى بيت الام لانها قد التزمت بذلك ومن التزم بشىء لزمه القيام به — أنظر مادة (٣٧٤)

(مادة ٣٧٣) حكم الصلح كالاستئجار فاذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شىء فان كان الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما فهو غير صحيح وان كان فى عدة البائن بواحدة او ثلاث صح ووجب ما اصطلحا عليه

(مادة ٣٧٤) الظئر اى المرضعة المستأجرة اذا ابت ان ترضع الطفل بعد انقضاء مدة الاجارة وكان لا يقبل ثدى غيرها تجبر على ابقاء الاجارة ولا تلزم بالمكث عند ام الطفل ما لم يشترط ذلك فى العقد

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى مقدار الرضاع الموجب للتحريم)

الرضاع لغة شرب اللبن من الثدى أو الضرع وشرعا مص الرضيع من ثدى الآدمية فى مدة الرضاع وسبب التحريم بالرضاع هو الجزئية الناشئة من الغذاء باللبن كما ان علة الحرمة بالقرابة هى الجزئية وقد اختلف العلماء فى المقدار الموجب للتحريم فقال أبو حنيفة ومن وافقه قليل اللبن وكثيره سواء فى ثبوت الحرمة بالرضاع واستدلوا بقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » وبقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » من غير تقييد وبانه مهما قل فقد نشأ منه جزء مناسب ولكن لما كان النمو بالرضاع أمرا غير ظاهر أسند الحكم بالتحريم الى سببه وهو الرضاع وقال الامام الشافعى المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات واستدل على ذلك بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت « خمس رضعات مشبعات يحرمن » وهذا الحديث وان كان يشهد له الا ان الحنفية ومن وافقهم يقولون انه مضطرب وغير مشهور فلا يلاقى كتاب الله تعالى وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذا قال ابن مسعود رضى الله عنه آل أمر الرضاع الى أن قليله وكثيره يحرم وكان ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال عبد الله بن مسعود قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وهذا مذهب على وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين ومع كون الحنفية متفقين على ان قليل اللبن وكثيره سواء فقد اختلفوا فى المدة

التى يثبت فيها التحريم فقال أبو يوسف ومحمد ومعهما باقى الائمة الزمن الذى تثبت فيه الحرمة بالرضاع سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ولا زيادة بعد التمام ولقوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) ومعلوم ان أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى (وفصاله فى عامين) وقوله عليه الصلاة والسلام (لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام) وقال أبو حنيفة الزمن الذى يكون فيه التحريم سنتان ونصف واستدل على ذلك بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا لان هذا أجل تعين لأمرين فيثبت لكل منهما كاملا الا أنه قام دليل التخصيص على زمن الحمل وهو ماروى عن عائشة أنها قالت - لا يمكث الحمل فى بطن أمه أكثر من سنتين قدما يتحول ظل عمود المغزل - فيبقى الاجل على عمومه فى حق الثانى وهو الفصال ونظيره مالو قال أجلت الدين الذى لى على احمد والذى لى على محمد سنة فيفهم ان السنة بكمالها تثبت لكل منهما ولأنه بعد السنتين لا بد من زمن يتعود فيه الرضيع على الغذاء فقدر بأدنى مدة الحمل

واما الادلة الاخرى فالمراد منها تعيين زمن استحقاق الاجرة وبالتأمل يعلم ان دليل الصاحبين أقوى لان تخصيص الادلة بزمن الاستحقاق غير ظاهر لانه تخصيص بلا مخصص بل المتبادر منها حكم الرضاع وحكم استحقاق الاجرة وحينئذ يكون قوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) بيانا لاقل مدة الحمل ومدة الفصال بدليل (وفصاله فى عامين) وهناك آراء أخرى أقل أهمية من هذين الرأيين فان زفر قال يثبت التحريم فى مدة ثلاث سنين وتكون السنة الثالثة ليتعود الرضيع على الغذاء فى الفصول الاربعة فان كل

فصل له غذاء خاص مثل السنة التي ضربت للعنين وقال بعضهم يثبت التحريم مطلقا سواء كان فى الحولين أو بعدهما لاطلاق النص وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) ولكن الاول من هذه الاقوال هو المعول عليه وينبنى على ذلك انه اذا رضع الصبى من امرأة ولو بكراً أو ميتة فى زمن الحولين عند الصاحبين أو الحولين ونصف عند الامام ثبت التحريم بذلك الارضاع ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الولد محتاجا الى اللبن أو مستغنيا عنه فى زمن الحولين ويروى عن الامام انه اذا اكتفى الولد بالطعام واستغنى به عن اللبن فلا يثبت به التحريم ويكفى فى ثبوت التحريم وصول قليل من اللبن ولو كان قطرة واحدة الا أنه يشترط فى ثبوت الحرمة العلم بوصول اللبن الى جوف الرضيع من القناة الهضمية سواء كان الوصول بواسطة فمه مَصّاً أى ايجاراً أو ادخالا فى فمه أو اسعاطا من الانف وعلى ذلك لو ان الصبى أخذ حلمة الثدى ولكن لم يعلم هل وصل اللبن فى جوفه أو لا لم يثبت التحريم لان الاحكام تبنى على اليقين لا على الشك وكذا لا يثبت التحريم بالحقن باللبن لانه لا يغذى عادة وقال محمد ومالك يثبت به التحريم كما يثبت به الافطار لانه مُغَذٍّ فى الجملة . نعم لا يثبت التحريم بادخال اللبن فى الآمة وهى الجرح الذى يكون فى الرأس ولا بالاقطار فى الاذن والعين وفى الجائفة وهى الجرح الذى يكون فى البطن اتفاقا لان اللبن بهذه الكيفية لا يكون مغذيا — أنظر مادة (٣٧٥)

(مادة ٣٧٥) يثبت تحريم النكاح بالرضاع اذا حصل فى مدة الحولين المقدرة

فاذا علمنا ان الرضاع محرم ظهر لنا جلياً ان المرأة اذا أرضعت صبياً في المدة المحدودة للتحريم سواء كانت سنتين على قول الصاحبين أو سنتين ونصفاً على قول الامام صارت أمه من الرضاع فيحرم عليهما التزوج ببعضهما ولو كان للمرأة زوج ونزل لها اللبن بواسطته صار ذلك الزوج أبا للرضيع سواء كان عقد الزواج صحيحا أو فاسدا وان نزل اللبن بسبب وطء بشبهة فاما أن تكون الشبهة معتبرة ومسقطة للحد أو غير معتبرة فان كانت معتبرة وأرضعت المرأة بنتا من هذا اللبن صار ذلك الرجل أبا لها فلا يجوز له تزوجها وان كانت الشبهة غير معتبرة بأن عقد على امرأة محرمة عليه تأبيداً وهو يعلم الحرمة يكون حكم هذا اللبن حكم لبن نزل بسبب الزنا. وقد اختلف العلماء في حكمه فقال بعضهم انه كالحلال بالنسبة لاصول الزانى وفروعه فاذا أرضعت المرأة بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه ولا تحرم على غير هؤلاء. فلهم الزاني ان يتزوجها كما يجوز له أن يتزوج الزانية وقال بعضهم ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة مالم يثبت النسب والظاهر أن الاول أوجه لان ماء الرجل له دخل في وجود لبن المرأة مثل تلقيح النخيل فهو مخصب له فيضاف اليه أيضا

وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأمه وأبيه يثبت بين الرضيع وأولاد

له ولو بعد استغناء الطفل بالطعام فيهما ويكفي في التحريم قطرة واحدة من لبن المرأة المرضعة ولو حليبا من ثديها بعد موتها اذا تحقق وصول القطرة الى جوف الرضيع من فمه مصا أو ايجاراً أو من أنفه اسعاطا فلو التقم الحلمة ولم يدر أدخل اللبن في حلقه أم لا فلا يثبت التحريم وكذا لا يثبت بالحقن والاقطار في الاذن والجائفة والآمة

المرضعة سواء كانوا أولادا للرجل الذى نزل بسببه اللبن وحينئذ يكون الرضيع وهؤلاء الاولاد إخوة أشقاء من الرضاع أو كانوا من المرأة دون الرجل وحينئذ يكونون إخوة لام أو كانوا من الرجل الذى نزل اللبن بواسطته دون المرأة وحينئذ يكونون إخوة لاب من الرضاع

ولا يشترط فى ثبوت التحريم بالرضاع كونهم فى زمن واحد بل كل من رضع من امرأة صار أخا لاولادها سواء ولدوا فى الماضى أو فى المستقبل وصاروا إخوة لابناء الرجل الذى هو سبب فى نزول اللبن أى ان اختلاف الزمن لاينفى التحريم بل المدار فى ثبوت الحرمة على الاجتماع على ثدى واحد وان تغايرت الاوقات كما ان المدار فى ثبوت أبوة الرجل للاولاد الذين رضعوا كونه سببا فى وجود اللبن الذى ارتضعوه وان اختلف الزمن فلو ان رجلا تزوج امرأة ثم ولدت منه وأرضعت غلاما ثم بعد عشر سنين حملت منه ثانيا ثم ولدت بنتا وأرضعت أخرى فالبنتان أختان للغلام الذى رضع منها منذ عشر سنين وكذا لو كان لرجل امرأتان فولدت احداهما وأرضعت بنتا ثم بعد خمس عشرة سنة ولدت الاخرى ولدا. وأرضعت معه ولدا آخر فالولدان اخوان للبنت التى رضعت من المرأة الاولى

وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأولاد الرجل والمرضعة من النسب يثبت أيضا بينه وبين أولادهما من الرضاع. وفى ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل عند الشافعى رأيان أحدهما انه لاحرمة بين الرضيع والرجل الذى نزل اللبن بواسطته لان اللبن الذى تغذى به الولد جزء للمرأة المرضعة لاجزء للرجل — وثانيهما ان الحرمة ثابتة وهو الارجح عملا

بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب »
أنظر مادة (٣٧٦)

ومن هذا الحديث يظهر لنا ان كل من يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع وينبنى على ذلك انه لايجوز للرجل ان يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع فلا يحل لمن رضع من امرأة ان يتزوجها ولا يتزوج أمها ولا أم أبيها ولا كل امرأة هى أصل له رضاعا كما يحرم عليه ذلك نسبا وكذا لايحل لصاحب اللبن ان يتزوج الصبية التى رضعت من امرأته لأنها بنته ولايجوز له أيضا أن يتزوج بنت ابنه رضاعا أو بنت بنته كذلك وكذا لايجوز للرجل ان يتزوج أخته من الرضاع سواء كانت شقيقة بأن رضعا من امرأة كان سبب اللبن الذى رضعا منه واحدا أو كانت أختا له لأب بان رضع الصبى من امرأة ورضعت صبية من امرأة أخرى كان سبب نزول اللبن لهما رجلا واحدا بأن كان زوجا لهما أو كانت أختا له من الام بأن أرضعت امرأة غلاما ثم طلقت من زوجها وتزوجت بآخر فولدت منه وأرضعت بنتا من اللبن الذى تسبب فى وجوده عندها الزوج الثانى

(مادة ٣٧٦) كل من أرضعت طفلا ذكراً كان أو أنثى فى مدة الحولين ثبتت أمومتها له وبنوته للرجل الذى نزل اللبن بوطئه سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وتثبت أخوته لاولاد المرضعة الذين ولدتهم من هذا الرجل أو من غيره أو أرضعتهم قبل ارضاعه أو بعده ولاولاد الرجل المولودين من صلبه من غير هذه المرضعة ولاولاده من الرضاعة

وكذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بنت أخته رضاعا كما يحرم عليه ذلك نسبا ويحرم عليه عمته رضاعا سواء كانت عمة شقيقة بأن كانت تلك العمة أخت أبيه رضاعا لاب وأم أو كانت عمة لاب بأن كانت أخت أبيه رضاعا لاب أو كانت عمة له لام بأن كانت أختا لابيه رضاعا لام كما سبق ويحرم أيضا على الرجل خالته رضاعا أى أخت أمه رضاعا شقيقة كانت أو لاب أو لام وهو واضح

وليست حرمة الرضاع قاصرة على ما يحرم من النسب بل يشمل مايحرم بالمصاهرة أيضا فكما يحرم على الانسان أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه نسبا كذلك لايجوز له أن يتزوج امرأة ابنه او امرأة أبيه رضاعا وظاهر أن حكم التحريم غير مفهوم من حديث (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) بل حكمه مستفاد من قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وقوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباءكم من النساء) فكما أن حرمة زوجة الابن ثابتة بقوله تعالى وحلائل أبنائكم كذلك حرمة زوجة الابن رضاعا ثابتة بهذه الآية لان ذكر الاصلاب ليس لاخراج غير زوجة الابن النسبي بل انما ذكر لاخراج زوجة المتبنى لاغير فتبقى شاملة للابن رضاعا أيضا

وكما أن حكم حرمة زوجة الآباء مأخوذ من قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) فكذا حكم تحريم زوجة الاب رضاعا لان الاب رضاعا يسمى أبا شرعا ولان الشارع جعل بينهما رابطة قوية بسبب الرضاع

حتى سمى أحدهما أبا والآخر ابنا فلا ينبغى قطع تلك الرابطة بتزوج زوجة الآخر فان زواجها يغرس بينهما شجر البغضاء فيصيران عدوين بعد أن كان أحدهما يعتبر نفسه أبا والآخر يعتبر نفسه ابنا له ولا فرق فى ثبوت التحريم بين كون الابن أو الاب دخل بالمرأة أو لم يدخل لعموم النص

ولما كان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) يشمل بعض أفراد مع أنها مستثناة من هذا الحكم عمد الى بيانها حتى ينكشف الغطاء وهذه الافراد هى أم الاخ وأم الاخت وأخت الابن والبنت وجدة الابن وجدة البنت وأم العم والعمة وأم الخال والخالة وعمة الابن والبنت وبنت عمة الابن وبنت عمة البنت وبنت أخت الابن وبنت أخت البنت وأم ولد الابن وأم ولد المرأة وأبو أخى المرأة وأخو ابنها وأبو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن اخت ولدها فهؤلاء لايحرمون بالرضاع كما يحرمون بالنسب والسبب فى هذا الاستثناء ان المعنى الذى وجد التحريم لاجله فى النسب ليس موجودا فيها فاذا لم تتحقق العلة انتفى التحريم كما فى أخت الاخ نسبا فانه فى بعض الصور يسوغ له ان يتزوجها كما اذا كان له أخ لاب نسبا ولذلك الاخ أخت نسبا من الام فانه يجوز لاخيه لاب أن يتزوجها لانها أجنبية بالنسبة اليه فلا تحريم وبما أن العلة غير موجودة فى هـذه الافراد فلا تحريم أيضا وحينئذ لاتكون تلك الافراد مستثناة من الحديث الا بحسب الظاهر لانه لايشملها أصلا لعدم الرابطة والرضاع انما يحرم اذا أوجد رابطة كرابطة النسب كما هو جلى من قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وهاك بيان كل فرد على حدته لتتضح لك الحقيقة فأقول : يحل للرجل أن يتزوج أم اخيه رضاعا

وهذه الجملة تحتمل ثلاث صور لانه اما ان يكون له اخ من الرضاع وذلك الاخ له أم من الرضاع ولم يرضع منها ذلك الاخ ومعلوم انها اجنبية بالنسبة اليه فتحل له واما ان يكون له اخ من الرضاع له ام من النسب ولم يرضع منها فله أن يتزوجها لعدم الرابطة بينهما واما أن يكون له أخ من النسب وذلك الاخ له أم من الرضاع فله تزوجها كما تقدم . وما قيل فى أم الاخ رضاعا يقال فى أم الاخت رضاعا وأما اذا كان له أخ من النسب ولذلك الاخ أم من النسب فلا يجوز له أن يتزوجها لانها اما ان تكون أمه ان كانت أمهما واحدة واما أن تكون موطوءة أبيه وكلتاهما محرمة عليه كما سبق . وكذا يحل للرجل ان يتزوج اخت ابنه رضاعا وهذه ايضا مجملة ولها صور ثلاث لانه اما ان يكون للرجل ابن من الرضاع ولذلك الابن اخت من الرضاع بأن رضع الولد من امرأته ثم رضع مع البنت من امرأة اخرى ولم ترضع تلك البنت من امرأته أصلا فتلك البنت غير محرمة على ذلك الرجل لانها اجنبية منه وإمّا ان يكون له ابن من الرضاع ولذلك الابن اخت من النسب لم ترضع من امرأته فهى حلال له لعدم الرابطة واما ان يكون له ابن من النسب ولابنه اخت من الرضاع بأن رضع معها من امرأة غير زوجة الرجل فتحل له لما تقدم واما اذا كان له ابن من النسب ولابنه اخت من النسب فلا تحل له لانها اما ان تكون بنته واما أن تكون بنت زوجته ومعلوم انها محرمة عليه فى الحالتين وحكم اخت ابنته هو حكم اخت ابنه . ويحل للرجل ان يتزوج جدة ابنه رضاعا وهذه العبارة تشمل ثلاث حالات ايضا لانه يحتمل ان يكون له ابن من الرضاع والابن له

جدة من الرضاع أو يكون له ابن من الرضاع له جدة من النسب أو يكون له ابن من النسب وله جدة من الرضاع وفى كل هذه الصور تحل له الجدة لانها أجنبية منه وليس بينهما أدنى رابطة بواسطة الرضاع نعم لو كان له ابن من النسب وللأبن جدة من النسب فلا تحل له تلك الجدة لانها من أصول زوجته وهى محرمة عليه بمنطوق قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وكذا الحكم فى جدة بنته وأيضا يحل للرجل أن يتزوج أم عمه من الرضاع والصور المتقدمة تأتى هنا لانه اما ان يكون له عم من الرضاع أى اخ لابيه رضاعا شقيقا كان أو لاب أو لام وذلك العم له أم من الرضاع واما أن يكون له عم من الرضاع والعم له أم من النسب واما أن يكون له عم من النسب وللعم أم من الرضاع وعلى كل حال فله أن يتزوجها لعدم تحقق علة التحريم فى النسب واما اذا كان له عم من النسب ولعمه أم من النسب فلا يجوز له تزوجها لانها اما أن تكون جدته أو موطوءة جده وهما محرمتان عليه كما سبق. وما قيل فى أم العم يقال فى أم العمة وأم الخال وأم الخالة لان الحكم واحد فى الكل ويحل للرجل أن يتزوج عمة ابنه رضاعا وهذه العبارة لها صور ثلاث أيضا لانه اما أن يكون له ابن رضاعا والابن له عمة رضاعا أو يكون له ابن من الرضاع وابنه له عمة من النسب أو يكون له ابن نسبى ولابنه عمة من الرضاع وهى أجنبية منه فى جميع هذه الصور فيسوغ له أن يتزوجها شرعا واما اذا كان له ابن من النسب ولابنه عمة من النسب فليس له تزوجها لانها أخته وما قيل فى عمة الابن يقال فى عمة البنت. ويعلم حل تزوج بنت عمة ابنه وبنته رضاعا من باب أولى واذا علمنا أن اخت الابن رضاعا تحل نعلم أن بنتها تحل أيضا بطريق الاولوية

ويحل للرجل أيضا أن يتزوج أم ولد ابنه مذكرا كان الولد أو مؤنثا ومعنى العبارة أن يكون للرجل ابن وللابن ابن أو بنت وذلك الابن أو البنت لها أم والمسألة لها أربعة أحوال لان الابن اما أن يكون من الرضاع وللابن ابن أو بنت من الرضاع وله أو لها أم من الرضاع أو من النسب فتحل للاب لانها أجنبية منه واما ان يكون للرجل ابن من الرضاع وللابن ولد من النسب مذكرا كان أو مؤنثا ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل له بخلاف ما اذا كانت أما من النسب فانها لاتحل لكونها زوجة ابنه رضاعا واما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من الرضاع مذكرا كان او مؤنثا ولذلك الولد أم من الرضاع أو من النسب فتحل له لانها اجنبية منه واما ان يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من النسب مذكرا كان أو مؤنثا ولذلك الولد ام من الرضاع فتحل للرجل لانها اجنبية بالنسبة اليه فان كانت أما نسبية ايضا فلاتحل لانها حليلة ابنه نسبا ومن هذا يعلم حكم ولد بنته

ومتى علمنا ان الرجل يحل له ان يتزوج ام اخيه رضاعا علمنا أن المرأة يجوز لها التزوج بأخي ابنها رضاعا لما فى ذلك من التلازم وكذا يقال اذا جاز للرجل ان يتزوج اخت ابنه رضاعا جاز للمرأة التزوج بأبي أخيها رضاعا لما بينهما من التلازم وهكذا يقال فى الصور التى بعدهما — انظر مادة (٣٦٧)

(مادة ٣٦٧) يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة فلا يحل للرجل أن يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع وأخته الشقيقة رضاعا واخته من أبيه وأخته

وكما لايجوز للرجل أن يتزوج ام امرأته مطلقا ولا بنت امرأته ان دخل بامها نسبا كذلك لايجوز اذا كانت الام أو البنت من الرضاع

ويعلم من هذا أنه اذا كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة فى المدة الموجبة للتحريم وهى حولان على قول أبى يوسف ومحمد وحولان ونصف على قول الامام كما تقدم حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وهو لايجوز كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنات يحرم الامهات واما الصغيرة فان كان اللبن الذى ارضعتها به الكبيرة موجودا عندها بسبب هذا الزواج كانت حرمتها مؤبدة ايضا لان زوجها صار أبا لها رضاعا وفى هذه الحالة لابد ان يكون قد دخل بها لانه لايعقل كونه سببا فى اللبن الا بذلك وان لم يكن اللبن موجودا بسببه بأن تزوجها وهى ذات لبن من زوج آخر فلا يخلو الحال من ان تكون قد ارضعتها قبل الدخول او بعده فان كانت أرضعتها بعد الدخول فالصغيرة محرمة عليه على التأبيد ايضا لان الدخول بالامهات يحرم البنات وان أرضعتها قبل الدخول جاز له تزوج الصغيرة ثانيا لان مجرد العقد على الامهات لايحرم البنات هذا هو حكم حرمتهما عليه

من أمه وبنت أخته وعمته وخالته وحليلة ابنه كذلك ولو لم يدخل بها ويحل له أن يتزوج من الرضاع ام أخيه وأم أخته وأخت ابنه وأخت بنته وجدة ابنه وجدة بنته وأم عمه وأم عمته وأم خاله وأم خالته وعمة ابنه وعمة بنته وبنت عمة ابنه وبنت عمة بنته وبنت أخت ابنه وبنت أخت بنته وأم ولد ابنه وأم ولد بنته وأخت أخيه وأخت أخته ويحل للمرأة من الرضاع أبو أخيها وأخو ابنها وجد ابنها وأبو عمها وأبو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها

واما حكم مهرهما فيقال الكبيرة اما ان يكون الزوج دخل بها اولا فان كان قد دخل بها لزمه مهرها لانه قد تأكد بالدخول وان لم يكن دخل بها فاما ان تكون قد ارضعتها برضاها واختيارها اولا فان كان الارضاع باختيارها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها كردتها وفعلها مع ابن زوجها مايوجب حرمة المصاهرة وان ارضعتها مكرهة او مجنونة او كانت نائمة فأخذت الصغيرة ثديها ورضعته او اخذ شخص لبنها وسقاه للصغيرة بدون اغرائها وجب لها نصف المهر لان الفرقة لم تأت من قبلها — واما الصغيرة فمعلوم انها غير مدخول بها بما انه لايعقل الدخول بالرضيعة وحينئذ يكون لها نصف المهر لان الفرقة حصلت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها الا انه لايؤثر فى اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام الشرعية ولذا لو قتلت مورثها لاتحرم من الميراث ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع .

وهل يرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ؟ نعم يرجع به عليها ان تعمدت افساد النكاح بأن كانت عالمة به وبحكم الارضاع وأرضعت الصبية طائعة مختارة ليست بمجنونة ولا نائمة ولم تقصد بذلك دفع هلاكها او ألم الجوع عنها فان ارضعتها مكرهة او نائمة او غير عالمة بالزوجية وبحكم الرضاع او بأحدهما او ارضعتها وهى مختارة وعالمة بالزوجية وبحكم الرضاع ولكن قصدت بذلك دفع الهلاك او ألم الجوع عنها فلا يرجع عليها بشىء لانها لم تقصد إبطال الزواج وقال محمد يرجع عليها مطلقا تعمدت الافساد اولا لان الحكم عنده يضاف الى السبب كمن فتح قفص الطير فطار او الاصطبل فخرجت الحيوانات فضاعت والاول هو الصحيح وظاهر الرواية وكذا الحكم فيما لو كان شخص تزوج صغيرتين وارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب

حرمتا عليه لانه صار جامعا بين أختين رضاعا الا أن الحرمة لا تكون مؤبدة بل هي مؤقتة بمفارقة احداهما فحينئذ يجوز له أن يعقد على الاخرى — انظر مادة (٣٧٨)

والرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت الحقوق المالية وهي شهادة رجلين من أهل الشهادة أو رجل وامرأتين كذلك لان الحكم بثبوت الرضاع يقتضي زوال ملك النكاح ان كان موجودا فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء والشهادة به وان كانت أمرا دينيا وهو التحريم الا أنها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير وزوال الملك لا يحكم به الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما تقدم وليس هذا مثل الاخبار بنجاسة الماء أو الدهن فان الاخبار بذلك لا يقتضي نزع ملك صاحب الدهن عنه فانه يمكن مع كونه نجسا أن يبيعه لمن يريد الاستصباح به أو يستعمله هو كذلك وقال مالك يكفي في ثبوته امرأة معروفة بالعدالة وقال الشافعي يثبت بشهادة امرأتين بناء على ان الرضاع مما لا يطلع عليه الا النساء ويروى ذلك عن مالك واحمد ايضا ويرد على ذلك بأن الثدي يجوز رؤيته للمحارم

نعم لا يشترط لصحة الشهادة تقدم دعوى المرأة الرضاعة لتضمنها حق الله تعالى كما في الشهادة بالطلاق ولكن لا تحصل الفرقة لا بتفريق القاضي

(مادة ٣٧٨) اذا ارضعت زوجة الرجل الكبيرة ضرتها الصغيرة في مدة الحولين حرمتا عليه حرمة مؤبدة ان دخل بالكبيرة والا جاز تزوج الصغيرة ثانيا حيث كان اللبن من غيره ولا مهر للكبيرة ان لم يكن دخل بها وللصغيرة نصف مهرها ويرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد وكانت عاقلة طائعة مستيقظة عالمة بالنكاح وفساده بالارضاع ولم تقصد دفع جوع أو هلاك فان لم تكن كذلك فلا رجوع له عليها

أو المتاركة كما هو الشأن فى النكاح الفاسد واذا حصل التفريق قبل الدخول لايلزم الزوج نصف المهر لظهور فساد النكاح وهو لايلزم فيه مهر بالفرقة قبل الدخول وكذا لانفقة ولا سكنى للمرأة اذا حصلت الفرقة بعد الدخول وانما لها الاقل من مهر المثل ومن المسمى لتأكد المهر بالدخول وانما كان لها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضيت به وان كان مهر المثل هو الاقل فلانه هو الواجب لفساد النكاح أنظر مادة (٣٧٩)

« الفصل الثالث »

(فى الحضانة)

الحضانة بالفتح والكسر معناها لغة تربية الولد وشرعا تربية الولد ممن له حقها والاحق بتربية الولد أمه لانها اكثر الناس حنانا عليه واشفقهم به فتصبر على خدمته صبرا لايتأتى من غيرها ولذا تراها تسهر لسهره وتجزع لمرضه وتسر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التى فطر الله الناس عليها ولذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحضانة للام حينما جاءت امرأة اليه وقالت له يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدي

(مادة ٣٧٩) يثبت الرضاع بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول فان ثبت يفرق الحاكم بين الزوجين ولا مهر على الزوج ان وقع التفريق قبل الدخول وعليه الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان وقع بعد الدخول ولا نفقة عليه ولا سكنى

له سقاء وان اباه طلقني واراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنزوجي وهذا بالنسبة للأم النسبية لا الرضاعية لانها هي التي تتوفر فيها هذه الشفقة ولا فرق بين ان تكون زوجية الام قائمة أو غير قائمة بل المدار على كونها أهلا للحضانة بأن تكون مستوفية لشرائطها التي ستأتي قريبا — انظر مادة (٣٨٠)

واختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة فاذا كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة أمًّا كانت أو غيرها من بقية الحاضنات فلها أن تحضن الولد وتربيه متى كانت اهلا للحضانة ومستوفية شرائطها على ما يأتي الا اذا خيف على الولد أن يألف دينا غير دين الاسلام بسبب معاشرته لتلك الحاضنة ولا فرق بين أن تكون معتنقة دينا سماويا بأن تكون يهودية أو نصرانية أو غير سماوي بأن تكون وثنية أو مجوسية وانما لم يراع اتحاد الدين في الحضانة لان مبناها الشفقة الطبيعية وهي لا تختلف باختلاف الدين - أنظر مادة (٣٨١)

والحاضنة يشترط فيها ثمانية شروط — أولا ان تكون حرة لان الرقيقة مشغولة بخدمة سيدها فلا يمكنها القيام بتربية الولد — ثانيا ان تكون بالغة لان القاصرة محتاجة الى من يكفلها فكيف تكفل غيرها — ثالثا ان تكون عاقلة لان المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك — رابعا ان

(مادة ٣٨٠) الام النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة اذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة

(مادة ٣٨١) الحاضنة الذمية اما كانت أو غيرها احق بحضانة الولد كالمسلمة حتى يعقل دينا أو يخشى عليه أن يألف غير دين الاسلام

تكون أمينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها عنه بالخروج الى ملاهي الفسوق بأن تكون مغنية أو نائحة أو متهتكة تهتكا يترتب عليه ضياع الولد — خامسا أن تكون قادرة على خدمته فلو كان بها مرض يعجزها عن القيام بمصالحه لم تكن أهلا للحضانة — سادسا ان لا تكون مرتدة أى خارجة عن دين الاسلام بعد أن اعتنقته لان جزاءها الحبس حتى تسلم ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد

سابعا — أن لا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون لان الاجنبي ينظر اليه شزرا ويبطن له الكراهة ويضمر السوء لامه لانه يظن أنها تطعمه من ماله وربما اشتد بين أمه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك مالا تحمد عقباه

ثامنا — أن لا تمسكه الحاضنة فى بيت من يبغضه ويكرهه لان امساكها اياه عنده يترتب عليه ضرر الولد وضياعه والمقصود من الحضانة حفظ الولد والقيام بخدمته ولا فرق بين الام وغيرها من الحاضنات فى هذه الشروط الا أن شرط البلوغ انما هو بالنسبة لغير الام اذ الام لا يعقل ان تكون غير بالغة — أنظر مادة (٣٨٢)

ويعلم من الشرط السابع وهو أن لا تكون متزوجة بغير رحم محرم للصغير انها اذا تزوجت بأجنبي منه سقط حقها فى الحضانة وانتقل الى من

(مادة ٣٨٢) يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة عاقلة امينة لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه فى بيت المبغضين له ولا فرق فى ذلك بين الام وغيرها من الحاضنات

يليها فان لم توجد امرأة أهل للحضانة بأن لم توجد حاضنة أصلا او وجدت ولكنها لم تكن مستوفية لشروط الحضانة فعلى ولى الولد أخذه وتربيته لانه أقرب الناس اليه . نعم اذا زال المانع من أهلية الحضانة بأن كانت الام متزوجة ثم طلقت وانقضت عدتها أو كانت مجنونة ثم أفاقت عاد حق الحضانة ثانيا لان المانع قد زال فيعود الممنوع وهو حق الحضانة وبعبارة أخرى لان علة السقوط قد زالت فيزول هو أيضا لان المعلول يدور مع علته وجودا وعدما — أنظر مادة (٣٨٣)

وبما ان الحق فى الحضانة مبنى على الشفقة والام أوفر الناس شفقة على الولد فيكون حق الحضانة مستفادا من جهتها وينبنى على ذلك تقديم الاقرب فالاقرب بالنسبة اليها وان من كان مدليا للصغير من جهة الام أحق ممن كان منتسبا اليه من جهة الاب فاذا كانت الام موجودة وهى أهل للحضانة قدمت على غيرها فان لم تكن موجودة أو كانت ولكنها فقدت شرطا من شرائط الحضانة كأن اشتغلت بأمر يترتب عليه ضياع الولد أو تزوجت بغير رحم محرم له انتقل حق الحضانة الى أمها ثم أم أمها وان علت على الترتيب وقد أجمع على ذلك الصحابة لما روى أن عمر رضى الله عنه طلق زوجته جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ سيدنا عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة وأخذته فترافعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقال لعمر خل بينه وبينها فان ريقها

(مادة ٣٨٣) اذا تزوجت الحاضنة اما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا ومتى سقط حقها انتقل الى من يليها فى الاستحقاق من الحاضنات فان لم توجد مستحقة أهل للحضانة فللولى الصغيرة أخذه ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التى سقط حقها بتزوجها بغير محرم للصغير

خير له من عسل وشهد عندك ياعمر فسلمه لها وكان ذلك بحضور الصحابة فان لم توجد جدة لام أو وجدت غير أهل فالجدة لاب وان علت أولى من غيرها مادامت مستوفية شرائط الحضانة ويرتب بين الجدتين بالدرجة فان لم توجد جدة أو وجدت غير اهل انتقل حق الحضانة الى الاخوات وهن أولى من الخالات والعمات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الجد أو الجدات — وتقدم الاخت الشقيقة على الاخت لام لانهما قد اشتركا فى الاخوة لام وترجحت الشقيقة بقرابتها من جهة الاب فان لم توجد شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة للاخت لأم فان لم توجد أخت لام أو وجدت ولكن لم تكن أهلا للحضانة ينتقل الحق الى الاخت لاب وقال بعضهم الخالة أولى منها لانها تدلى بالام وتلك بالاب ولان النبى صلى الله عليه وسلم قال «الخالة والدة» وهذا لايدل لان تقديم المدلى بالام على المنتسب بالاب انما يكون عند اتحاد الدرجة وقوله عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » انما يفيد أصل ثبوت الحضانة لا أنها أولى من غيرها فان لم توجد احدى المذكورات ينتقل حق الحضانة الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لاب وبعد ذلك يكون الحق لبنت الاخت لاب وقال بعضهم تقدم بنت الاخت لاب على الخالات والصحيح الاول لان قرابة الخالات من جهة الام ثم بنت الاخ الشقيق ثم لام ثم لاب وانما قدمت بنات الاخوات على بنات الاخوة لان الاخت مقدمة فى الحضانة على الاخ فكان المدلى بها اولى وبعد بنات الاخوة يكون الحق لعمات الصغير وتقدم الشقيقة ثم لام ثم لاب ثم خالة الام لابوين ثم لام ثم لاب ثم خالة الاب كذلك

ثم عمات الامهات والآباء على هذا الترتيب واذا اجتمع عدد ممن له حق الحضانة فى درجة فالأحق أورعهن ثم اكبرهن فان استووين فى الأحقية من كل جهة فالرأى للقاضى — انظر مادة (٣٨٤)

ومما تقدم يعلم ان حق الحضانة يثبت أولا للنساء اللاتى هن اقارب للصغير فان لم توجد حاضنات أو وجدن ولكن لسن أهلا لها يكون الحق فى الحضانة للعصبات على ترتيب الارث فيقدم الاب ثم الجد وان علا ثم الاخ الشقيق ثم لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم لأب وان سفل ثم العم لابوين ثم العم لاب فان تعدد المستحقون للحضانة وطلب كل منهم ضم الصغير اليه قدم أصلحهم فان تساووا فى الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفا من الوقوع فى المحرمات فان استووا فى الأورعية فاكبرهم سنا أحق بالحضانة وينبغى ان يلاحظ انفعهم للصغير فانه أولى وان تساووا من جميع الجهات فالرأى للقاضى ويشترط فى العصبات اتحاد الدين فاذا كان الصغير ذميا وله أخوان مسلم وذمى فحق الحضانة للذمى دون المسلم وكذا اذا

(مادة ٣٨٤) حق الحضانة يستفاد من قبل الام فيعتبر الاقرب فالاقرب من جهتها ويقدم المدلى بالام على المدلى بالاب عند اتحاد المرتبة قرباً فاذا ماتت الام أو تزوجت بأجنبى أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها الى أمها فان لم تكن أو كانت ليست اهلا للحضانة تنتقل الى أم الاب وان علت عند عدم أهلية القربى ثم لاخوات الصغير وتقدم الاخت الشقيقة ثم الاخت لام ثم الاخت لاب ثم لبنات الاخوات بتقديم بنت الاخت لابوين ثم لام ثم لخالات الصغير وتقدم الخالة لابوين ثم الخالة لام ثم لاب ثم لبنت الاخت لاب ثم لبنات الاخ كذلك ثم لعمات الصغير بتقديم العمة لابوين ثم لام ثم لاب ثم خالة الام كذلك ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الامهات والآباء بهذا الترتيب

كان الصبي مسلما وله أخوان مسلم وذمي فالمسلم هو الذي له حق الحضانة وانما اشترط هنا اتحاد الدين لان حق الحضانة بالنسبة الى العصبات مبنى على استحقاق الارث ولا ارث مع الاختلاف دينا فلا حضانة واذا كان العاصب المسلم فاسقا يخشى على الولد منه أو كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الحق الى من يليه من العصبات ان كان والا فالى ذي رحم محرم ـ انظر مادة (٣٨٥)

فان لم يوجد أحد من العصبات المتقدمين انتقل حق الحضانة الى غيرهم من الاقارب على الترتيب الآتي فيقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال الشقيق ثم لاب ثم لام

فقد علم مما تقدم ان حق الحضانة يثبت لذي الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون مذكرا أو مؤنثا فان كان القريب رحما غير محرم فاما أن يتحد الحاضن والمحضون في الذكورة والانوثة أو يختلفا فيها فان اتحدا ثبت هذا الحق وان اختلفا لم يثبت وينبني على ذلك انه لا حق لابناء العم ونحوهم من كل رحم غير محرم كابناء الاخوال والخالات في حضانة الاناث كما لا حق لبنات الاعمام ونحوهن في حضانة المذكرين فاذا لم يكن للصغير رحم محرم فأمره مفوض لرأي القاضي ان شاء سلم الانثى لابن عمها اذا

(مادة ٣٨٥) اذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة تنتقل للعصبات بترتيب الارث فيقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم بنوا الاخ الشقيق ثم بنوا الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم العم لاب فاذا تساوي المستحقون للحضانة في درجة واحدة يقدم أصلحهم ثم أورعهم ثم اكبرهم سناً ويشترط في العصبة اتحاد الدين فاذا كان للصبي الذمي اخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي يسلم للذمي لا للمسلم

رآه أهلا لذلك وان شاء سلمها لامينة يثق بها ويعتقد أنها تحفظها وتقوم بشؤونها خير قيام ويسلم المذكر لبنت عمه ان وثق بها والا فليسلمه لامين يثق به – أنظر مادة (٣٨٦)

فقد علم ان المستحقين للحضانة ليسوا فى درجة واحدة ولكن لم يعلم لنا حكم ما اذا امتنعت من هى أولى بالحضانة عن ضم الصغير اليها هل تجبر على ضمه أو لا

وقد اختلف العلماء فى هذا الحكم فقال بعضهم تجبر عليها مطلقا سواء وجد من يضمه من الحاضنات أو لا وقال آخرون لاتجبر عليها اذا وجد غيرها من الحاضنات ورضى بها فاذا لم يوجد من الحاضنات من يربيه تجبر على أخذه كيلا يضيع الولد فيجب عليها تربيته احياء لنفسه وهذا الخلاف مبنى على الخلاف فى حق الحضانة هل هو حق للصغير أو حق للحاضنة فمن قال إنه حق للصغير يرى اجبارها اذا امتنعت لانها أبت أن تقوم بأمر واجب عليها ومن امتنع عن القيام بالواجب عليه يجبر ومن قال إنه حق الحاضنة رأى عدم اجبارها الا اذا دعت الضرورة لذلك بأن لم يوجد غيرها ممن له حق الحضانة أو وجد وامتنع ورأى بعض المحققين ان حق الحضانة

(مادة ٣٨٦) اذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها أن كان فاسقاً أو معتوهاً أو غير مأمون فلا تسلم اليه المحضونة بل تدفع لذى رحم محرم ويقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال لابوين ثم لخال لاب ثم لخال لام ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور ولهن الحق فى حضانة الاناث ولا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الاناث وانما لهم حضانة الذكور فان لم يكن للانثى المحضونة الا ابن عم فالاختيار للحاكم ان رآه صالحا ضمها اليه والا سلمها لامرأة ثقة أمينة

ثابت للصغير والحاضنة معا ولذلك كانت الام فى المرتبة الاولى ولها أن تطالب باخذ الصغير ولا تجبر على أخذه اذا أبت ولم يترتب على ذلك ضياع الولد بان وجد من يكفله غيرها من بقية الحاضنات فاذا ترتب على امتناعها ضياع المحضون تجبر على ضمه اليها قياما بواجب حق الصغير — أنظر مادة (٣٨٧)

ولما كانت الحاضنة تصرف زمنا فى شؤون المحضون جاز لها اخذ أجرة على ذلك ولكن المقام فيه تفصيل لانها اما أن تكون غير أم واما أن تكون أما فان كانت غير الام تجب لها الاجرة مطلقا أى سواء كانت متزوجة بأبى الصغير أو معتدة له أولا وان كانت أما للصغير ولم تكن متزوجة بأبيه ولا معتدة له فلها الاجرة اتفاقا لانها قامت بخدمة ولده وهذه الاجرة غير أجرة الرضاع وغير نفقة العدة على مايأتى فى مكانه مفصلا فى المادة الآتية وجميع أنواع النفقة واجبة على أبى الصغير اذا كان الولد فقيرا فان كان غنيا فاجرة رضاعه وحضانته واجبة فى ماله ولا يلزم الأب بشىء منها

واذا تبرع بدفع شىء من ذلك حال يسر ولده جاز ذلك وليس له أن يرجع على الولد بعد ذلك أنظر مادة (٣٨٨)

(مادة ٣٨٧ اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها الا اذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم او وجدت من دونها وامتنعت فحينئذ تجبر اذا لم يكن لها زوج أجنبى

(مادة ٣٨٨) اجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير ان لم يكن له مال فان كان له مال فلا يلزم أباه منها شىء الا أن يتبرع

وان كانت أم الصغير هى الحاضنة له فان كانت متزوجة بأبيه أو معتدة له عن طلاق رجعى فلا تستحق أجرة على الحضانة لقيام الزوجية حقيقة أو حكما وذلك لان مايعطى للأم فى نظير الحضانة له شبه بالنفقة وشبه بالاجرة فحال قيام الزوجية ولو حكما لوحظ فيه شبه النفقة لوجود رابطة الزوجية وبما أن النفقة ثابتة لها فلا داعى لاخذها نفقة أخرى لان المقصود منها دفع حاجة المرأة وهى مدفوعة بنفقة الزوجية فان كانت فى عدة الطلاق البائن فقيل إنها لا تستحق الاجرة على الحضانة أيضا لاكتفائها بنفقة العدة وقيل انها تستحق أجرة لان رابطة الزوجية قد انقطعت والعمل الآن على هذا وحينئذ فيمكن أن تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مرتبات نفقة العدة وأجرة الرضاع واجرة الحضانة واما اذا كانت غير معتدة له فلها الاجرة اتفاقا مثل غيرها من الحاضنات كما سبق ومتى استحقت الحاضنة الاجرة فهى لها وان أجبرت على الصحيح لان الاجبار على القيام بعمل لاينافى استحقاق الاجرة له فان الالزام لاجل دفع الضرر الذى كان يحصل لو لم تضمه اليها وفى هذا من أولوية استحقاقها للاجرة مالا يخفى لانها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبى عناء عظيم ربما أدى الى هلاك نفسه ولذلك نظائر منها مالو استأجر سفينة يوما مثلا وانقضت المدة فى وسط البحر فان الملاح يجبر على بقاء السفينة مع المستأجر حتى يصل الى الشط ومنها مالو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة وانتهت المدة قبل اتمام المرور منها فيلزم صاحب الدابة أن يبقيها مع المستأجر الى أن يصل الى مكان آمن يمكنه أن يصل منه الى محل اقامته ومع كونهما يجبران على ذلك يستحقان أجرة المثل اتفاقا وكذا الحكم

فى الظئر التى تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدى غيرها فانها تجبر على إرضاعه بأجر المثل بلا خلاف

وقال بعضهم إن الحاضنة اذا أجبرت على الحضانة لاتستحق الاجرة لانها قامت بأمر واجب عليها شرعا والاول أولى لقوة دليله . وبما أن نفقة الصغير الفقير على أبيه والسكنى نوع من أنواعها فيجب على أبيه مسكن له ولحاضنته ان لم يكن لها مسكن تمسكه فيه واما اذا كان لها مسكن فلا داعى الى تكليفه بمسكن آخر نعم اذا كان الولد فقيرا وأبوه غنى يخدم مثل أولاده يجب عليه أن يستأجر خادما لولده كما هو الشأن فى مثله وان كان الولد غنيا ومثله يخدم يجب على الأب أن يستأجر خادما له من ماله سواء كان الاب غنيا أو فقيرا وان كان لايخدم مثله لايجب ذلك كما لايجب ان كانا فقيرين — انظر مادة (٣٨٩)

واذا امتنعت أم الصبي أن تربيه الا باجرة فلايخلو الحال فى أول الامر من أحد أمرين الاول الا توجد متبرعة من محارمه الثانى أن توجد فان كان الاول فله أحوال أربعة أولا أن يكون الاب موسرا والولد معسرا وفى هذه الحالة يلزم الاب بدفع الاجرة لها لتربيه . ثانيا أن يكون الصبى موسرا وأبوه فقيرا . ثالثا أن يكونا موسرين وحكم هاتين الحالتين واحد

(مادة ٣٨٩) اذا كانت أم الطفل هى الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعى فلا أجر لها على الحضانة وان كانت مطلقة بائنا أو متزوجة بمحرم للصغير او معتدة له فلها الاجرة وان أجبرت عليها وان لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكناهما جميعا وان احتاج المحضون الى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به وغير الام من الحاضنات لها الاجرة

وهو أن يلزم بدفع الاجرة لها من مال الولد لانه لانفقة على الاب حال ميسرة الابن . رابعا أن يكونا فقيرين وفى هذه الحالة تجبر الام على تربيته وتكون أجرتها دينا لها على الاب تأخذها منه عند الميسرة

وان كان الثانى وهو ماإذا وجدت متبرعة من محارمه أهل للحضانة فله أربع حالات أيضا الاول أن يكون الاب والابن فقيرين وحكمه أن يقال للام اما أن تربيه مجانا بدون اجرة واما أن تسليمه للمتبرعة لان الاب فقير فلا يضار . الثاني أن يكون الاب موسرا والولد فقيرا وحكم ذلك أن يسلم للأم بأجر المثل لان فى تسليمه لها نفعا له ولا اضرار على الاب فى دفع الاجرة ليساره .الثالث أن يكون الولد غنيا وأبوه فقيرا .الرابع أن يكون كل من الولد وأبيه غنيا والحكم فى هاتين الحالتين أن تخير الام بين امساكه مجانا وبين إعطائه للمتبرعة التى هى أهل للحضانة لان الاجرة فى هذين الامرين لازمة من مال الصبي وبما أنه ينبغى المحافظة على مال الصغير ولا يصرف الا لحاجة والحاجة الى التربيـة قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا يدفع الى الام شيء من مال الولد بل تخير الام كما تقدم مراعاة لمصلحته المالية .

والام وان كانت أشفق وأحن عليه من غيرها الا أن تطلعها الى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك فى شفقتها على أن المتبرعة هى أيضا شفوقة عليه لما أنها رحم محرم وقال بعضهم يسلم للام بأجر المثـل ولو من مال الصبي لان الام أكثر الناس حنانا وشفقة على ولدها

وأصبرهم على خدمته فهى التى تحافظ على صحتـه وتواظب على نظافته وتسهر لسهره كما هى الفطرة التى فطرها الله عليها ومعلوم أن مصلحة الولد الصحية مقدمة على مصلحته المالية وكل من القولين ظاهر فينظر القاضى فى ذلك فان كانت الام فقـيرة محتاجة الى الاجرة عمـل بقول البعض وان علم أنها طامعة فى مال ابنها مع أنها موسرة حكم بالأول واذا سلم للمتبرعة فلا تمنع الام من رؤيته لقوله عليـه الصلاة والسلام « لا تولـه والدة عن ولدها » هـذا كله اذا كانت المتبرعة من محارمه كما سبق فان كانت أجنبية فالام أحق به ولها الاجرة ولو من مال الصغير اتفاقا — انظر مادة (٢٩٠)

ولما كان الصغير عاجزا عن النظر فى شؤون نفسه نظر اليه الشارع نظر حكيم فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه وهن الاقارب من النساء على الترتيب الذى عرفته فاذا بلغ سن التمييز دخل فى دور جديد يحتاج فيه الى الاعداد بما هو مطالب

(مادة ٣٩٠) اذا أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانته مجاناً ولم يكن له مال وكان أبوه معسراً ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الام على حضانته وتـكون أجرتها ديناً على أبيه فاذا وجدت متبرعة أهل للحضانة من محارم الطفل فان كان الاب موسراً ولا مال للصغير فالام وان طلبت اجرة أحق من المتبرعة وان كان الاب معسراً وللصبى مال أو لا تخير الام بين امساكه مجانا ودفعه للمتبرعة فان لم تختر امساكه مجانا ينزع منها ويسلم للمتبرعة ولا تمنعها من رؤيته وتعهده كما تقدم فى مادة ٣٦٩ وكـذلك الحـكم ان كان الاب موسراً وللصبى مال فان كانت المتبرعة أجنبية فلا يدفع اليها الصبى بل يسلم لامه بأجرة المثل ولو من مال الصغير

به فى المستقبل فيسلم الى من هو أقدر على القيام به ولذا يبقى الولد عند الحاضنة حتى يستغنى عن خدمة النساء وقدر ذلك ببلوغه سبع سنين فان كان مذكرا فقد انتهت مدة حضانته وان كان مؤنثا تبقى عندها سنتين لتدريبها على الامور المنزلية التى هى مطالبة بها فى المستقبل وحينئذ يسلم كل منهما الى الاب حتى اذا لم يطلبهما يجبر على ذلك لتعلق حق الصغير به اذ المذكر بعد بلوغه سن التمييز يحتاج الى تعلم ماينفعه والانثى بعد بلوغها حد الشهوة تحتاج الى الصيانة ولا شك أن الاب أقدر على ذلك هذا اذا كان الاب موجودا والا فيعطى الولد للاقرب فالاقرب من العصبات على الترتيب الذى عرفته من شرح مادة (٣٨٥) فان لم يوجد أحد من العصبات يسلم الولد الى باقى الاقارب المتقدمة فى شرح مادة (٣٨٦) فاذا لم يوجد احد من الاقارب وقد انتهت مدة الحضانة ينظر القاضى فان رأى ابقاءه عند الحاضنة أنفع له تركه عندها والا سلمه لمن يرى نفعه فى وجوده عنده — انظر مادة (٣٩١)

وما دام حق الحضانة ثابتا للام فليس للاب اخراجه من البلد المقيمة هى به اللهم الا اذا رضيت بذلك لانها والحالة هذه تكون أسقطت حقها فان

(مادة ٣٩١) تنتهى مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ سبع سنين وتنتهى مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللاب حينئذ اخذهما من الحاضنة فان لم يطلبها يجبر على اخذهما واذا انتهت مدة الحضانه ولم يكن للولد اب ولا جد يدفع للاقرب من العصبة او للوصى لو غلاماً ولا تسلم الصبية لغير محرم فان لم يكن عصبة ولا وصى بالنسبة للغلام يترك المحضون عند الحاضنة الا ان يرى القاضى غيرها أولى له منها

سقط حقها فى الحضانة بأن طلقها وتزوجت بغير رحم محرم وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الى ان يعود حق أمه أو من يقوم مقامها فى الحضانة وغير الاب من العصبات حكمه فى ذلك كالاب وبعضهم يرى انه لايجوز له أن يسافر به قبل انتهاء مدة الحضانة ولو سقط حقها فيها الا اذا كان السفر لمكان يمكنها أن ترى ولدها متى أرادت اذا سافرت اليه وترجع الى منزلها فى اليوم الذى سافرت فيه لان لها حق رؤية الولد وهو الارفق بالام أنظر مادة (٣٩٢)

هذا بالنسبة الى سفر الاب بالولد وأما سفر الحاضنة به ففيه تفصيل وبيانه ان الحاضنة اما ان تكون غير الام واما أن تكون هى الام فان كان الاول فليس لها ان تنتقل الى محل آخر ولو كان قريبا الا بأذن الاب وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الحاضنة هى الام فاما أن تريد الانتقال بالولد وهى فى العدة أو بعد انقضائها فان كان الاول فلا يجوز لها الانتقال ولو اذن الزوج لان القرار فى البيت الذى حصلت الفرقة وهما مقيمان فيه حق الشرع فلا يصح اتفاقهما على ابطاله

وان كان الثانى وهو ما اذا أرادت الانتقال بعد انقضاء العدة فلا يخلو الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه والمحل المنتقل اليه من أحد أمور أربعة الاول ان يكون الانتقال من مصر الى مصر . الثانى أن يكون من قرية الى قرية . الثالث ان يكون من قرية الى مصر . الرابع ان يكون

(مادة ٣٩٢) يمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه بلا رضاها ما دامت حضانتها فان اخذ المطلق ولده منها لتزوجها بأجنبي وعدم وجود من ينتقل اليها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الى ان يعود حق امه او من يقوم مقامها فى الحضانة

من مصر الى قرية . فالثلاثة الأولى مشتركة فى حكم واحد وأما الرابع فله حكم يخصه

فى الثلاثة الاول لايخلو الحال فى أول الامر من أحد أمرين الاول ان يأذن الاب لها بذلك الثانى ان لايأذن فان كان الاول فلا كلام فى جواز انتقال الام بالولد مطلقا أى سواء كان المحل المنتقل اليه قريبا أو بعيدا وسواء كان وطنها وعقد عليها فيه أولا لانه بالاذن أسقط حقه وان كان الثانى وهو ما اذا لم يأذن لها بذلك فاما ان يكون المحل المنتقل اليه قريباً أو بعيدا فان كان بعيداً فاما ان يكون وطنها وقد عقد عليها فيه أو لا فان كان الاول جاز لها السفر بالولد لان عقده عليها فى هذا البلد يعد رضا منه باقامتها فيه وان كان الثانى بأن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها ولم يكن وطنها أو لم يكن وطنا لها ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للاضرار بالاب. وان كان المحل الذى تريد الانتقال اليه قريبا من محل اقامته جاز لها ذلك لعدم الاضرار بالاب والمراد بالمحل القريب فى هذا الموضع ان يكون بحيث يمكن الاب زيارة ولده فى اليوم الذى يريدها ويعود الى منزله قبل دخول الليل

وأما الحكم الخاص بالصورة الرابعة وهى الانتقال من مصر الى قرية فهو أنه لاتمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة الا اذا كانت القرية وطنها وقد عقد عليها فيها لان القرية ليست كالمصر تأمل وانظر منصفا -- أنظر مادتى (٣٩٣ و ٣٩٤)

(مادة ٣٩٣) ليس للام المطلقة ان تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه قبل انقضاء العدة مطلقا لا يجوز لها بعد انقضائها ان تسافر به من غير اذن أبيه من مصر

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى النفقة الواجبة للأبناء على الآباء)

النفقة عند الفقهاء تشمل الطعام والكسوة والسكنى وكلها واجبة على الاب لولده ولكن على التفصيل الذى سيلقى عليك . وبيانه أن الولد اما أن يكون غنيا أو فقيرا وعلى كل فاما أن يكون صغيرا أو كبيرا وعلى كل فاما أن يكون مذكرا أو مؤنثا . وكل له حكم يخصه

فان كان الولد غنيا فنفقته فى ماله سواء كان صغيراً أو كبيرا وسواء كان مذكرا أو مؤنثا لان نفقته انما وجبت على أبيه للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره والمراد بكونه غنيا أن يكون له مال سواء كان من النقود أو العروض أو العقار فاذا كان ماله غير نقود وكان صغيرا فللأب أن يبيع منه وينفق من ثمنه عليه ولو كانت النفقة أجرة رضاعة أو حضانة .

الى مصر بينهما تفاوت ولا من قرية الى مصر كذلك ولا من قريه الى قرية بعيدة الا اذا كان ما تنتقل اليه وطنا لها وقد عقد عليها فيه فان كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيدا عن محل اقامته فان كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها ان تسافر اليه بالولد بغير اذن أبيه الا اذا كان قريبا من محل اقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع الى منزله قبل الليل وأما الانتقال بالولد من مصر الى قرية فلا تمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة ما لم تكن وطنها وقد عقد عليها ثمة

(مادة ٢٩٤) غير الام من الحاضنات لا تقدر بأى حال على نقل الولد من محل حضانته الا باذن أبيه

هذا اذا كان مال الولد حاضرا فلو كان غائبا وجبت النفقة على الاب وليس له أن يرجع بما أنفق فى مال ولده اذا حضر الا بأحد أمرين ـ الاول أن يكون انفاقه باذن القاضى ـ الثانى الا يكون بأمره ولكنه أشهد أنه أنفق ليأخذه من المال اذا حضر فاذا لم يوجد واحد من هذين الامرين فليس له الرجوع ولو نواه عند الانفاق ولكن هذا بالنسبة للقضاء أما فى الديانة يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فتكفيه فى الرجوع نيته

وان كان الولد فقيرا فان كان صغيرا وجبت نفقته على أبيه سواء كان مذكرا أو مؤنثا لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولادة له لان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجبت نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وبالتأمل نرى أن نفقة الوالدة هى نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها فى الخدمة والتربية والرضاع حتى أن اللبن الذى هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب لنفقته عليه ولذا قالوا ان نفقة الخادمة من نفقة الزوجة وان كانت نفقة شخص آخر ولان الولد جزء أبيه فكان كنفسه فتجب عليه نفقته

وان كان الولد الفقير كبيرا فاما أن يكون مذكرا أو مؤنثا فان كان مذكرا فاما أن تكون به عاهة تمنعه من الكسب أولا فان كان الاول كما اذا كان مريضا مرضا مزمنا أو به شلل أو عمى ومثله ما اذا كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته

على أبيه وان كان الثانى وهو ما اذا لم تكن عنده عاهة تمنعه من الكسب لم تجب النفقة على أبيه بل على نفسه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادرا على الكسب وان لم يكن بالغا فللأب حينئذ أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه فان وفى كسبه بحاجته فبها وان زاد حفظ الزائد ليسلمه اليه بعد بلوغه رشده وان نقص فعلى أبيه تمام الكفاية وهذا اذا كان الاب محسنا للتصرف فان كان مبذرا لم يسلم اليه كسب ابنه بل يسلم الى أمين كما فى سائر أمواله

وان كان مؤنثا وجبت النفقة على الاب سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه الى أن تتزوج فحينئذ تكون نفقتها على زوجها . نعم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها فى كسبها وبما أن وليها هو الاب فهو الذى يتولى الانفاق عليها من ذلك الكسب فان وفى بحاجتها فبها وان زاد يدفع لها الزائد بعد بلوغ الرشد وان نقص ألزم الاب باتمام الكفاية ولكن لو كان الاب مبذرا سلم كسبها الى أمين كباقى أموالها لان الاب والحالة هذه ليست له الولاية على أموال نفسه فعلى مال نفسه من باب أولى

ومحل وجوب النفقة على الاب اذا كان الولد حرا فلو كان رقيقا وجبت نفقته على مالكه ولو كان أبوه حرا كما اذا تزوج حر جارية غيره ولم يشترط حرية أولاده منها فان الاولاد يتبعون أمهم فى الرق ويكونون مملوكين لسيد أمهم فتجب نفقتهم عليه وكذا لو كان الاب رقيقا لاتجب عليه نفقة أولاده ولو كانوا أحرارا . فاذا تزوج رقيق حرة فأولاده

منها أحرار تبعا لأمهم ولا تجب نفقتهم على أبيهم لانه لايملك شيئا اذ هو نفسه مملوك لسيده

ونفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان الاب غير مسلم بأن كان ذميا فقولهم النفقة لاتجب مع اختلاف الدين محله فى غير الزوجة والاولاد كما سيأتى فى شرح مادة (٤١٦) — انظر المواد (٣٩٥ و ٣٩٦ و ٤٠٤)

والاب إمّا أن يكون غنيا أوفقيرا فان كان غنيا بأن كان عنده مايكفيه وأولاده فلا يشاركه أحد ولو الأم فى نفقتهم سواء كانوا صغارا أو كبارا على الصحيح بشرط أن يكون الكل محتاجين كما تقدم تفصيله لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فان امتثل أمر الشارع وأنفق على من تجب عليه نفقتهم من أولاده فبها وان لم يمتثل وكانت له أموال ظاهرة

(مادة ٣٩٥) تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب الحر ولو ذمياً لولده الصغير الحر الفقير سواء كان ذكرا أو أنثي الى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الانثي

(مادة ٣٩٦) تجب على الاب نفقة ولده الكبير الفقير العاجز عن الكسب كزمن وذى عاهة تمنعه عن الكسب ومن كان من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس ونفقة لانثى الكبيرة الفقيرة ولو لم يكن بها زمانة ما لم تتزوج

(مادة ٤٠٤) اذا بلغ الولد حد الاكتساب فان كان ذكرا فللاب أن يؤجره و يدفعه لحرفة ليكتسب وينفق عليه أبوه من كسبه ويحفظ ما فضل منه ليسلمه اليه بعد بلوغه وان لم يف كسب الغلام فعلى أبيه تمام الكفاية واذا استغنت الانثى بكسبها من الخياطة أو الغزل فنفقتها فى كسبها ان وفت بحاجتها والا فعلى أبيها اتمامها

باع القاضى عليه منها بمقدار النفقة زمناوهكذا يتجدد هذا الحق للقاضى كلما تجددت الحاجة للنفقة على المفتى به لانه امتنع عن أمر واجب عليه فيقوم القاضى مقامه فان لم تكن له أموال ظاهرة استعمل القاضى معه مايراه مؤديا الى امتثاله حتى لو علم أن مثله لايمتثل الا بالحبس كان له ذلك ولو أنهم نصوا على أنه لايحبس والد وان علا فى دين ولده وان سفل لانهم استثنوا دين النفقة من هـذه القاعدة اذ فى الإمتناع عن الانفاق تعريض النفس الى التلف وهـذا غير جائز خصوصا بالنسبة الى الأب بخلاف الامتناع عن تسديد غيرها من الديون فانه لايؤدى الى ذلك . ومثل الاب فى ذلك كل من وجبت عليه النفقة وامتنع

وان كان الاب فقيرا فاما أن يكون قادرا على الـكسب أو عاجزا عنه فان كان قادرا عليه وكانت طرق الـكسب ميسرة أمر به فان امتثل فبها وان لم يمتثل استعمل معـه القاضى مايراه رادعا له عن الامتناع ولو بالحبس لان فى النفقة حياة النفوس كما تقدم فان سعى واكتسب وكان كسبه يفى بنفقته وبنفقتهم فبها وان لم تكن طرق الـكسب ميسرة أو كانت ولـكن كسبه لايفى بها يؤمر من يليه فى وجوب الانفاق عليهم وهى الأم فانهـا هى الاولى بالانفاق عليهم حال عسرة الاب من سائر الاقارب اذا كانت موسرة ويكون ماتنفقه دينا على الاب تأخذه منه اذا أيسر فلو كانت الام معسرة كالاب يؤمر بها القريب ويجبر عليها ان أبى مع يسره وحينئذ ينفق أبو الاب لان نفقة الاب واجبة عليه فى هذه الحالة فـكذا نفقة أولاده . وحكم غيبة القريب كحكم عسرته فاذا غاب القريب أمر البعيد بالانفاق ويأخذها منه اذا حضر

وان كان الاب الفقير عاجزا عن الكسب كما اذا كان به مرض يمنعه عنه أو به شلل أو عمى سقطت عنه النفقة لأ لحاقه بالاموات وحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى من تجب عليه عند عدمه

وفى هذه الحالة لارجوع للمنفق على الاب ولو أيسر فى المستقبل لانها غير واجبة عليه فى هذه الحالة فلا يقال إنّ المنفق قضى شيئا واجبا عليه بخلاف مااذا كان قادرا على الكسب — انظر المواد (٣٩٧و٣٩٨و٣٩٩)

وكل هذه الاحكام مفروضة فيما اذا كان الاب حيا سواء كان غنيا أو فقيرا قادرا على الكسب أو عاجزا عنه أما اذا مات الاب عن أولاد صغار وليس لهم مال ينفق عليهم منه ولم يبلغوا حد الكسب لينفق عليهم

(مادة ٣٩٧) لايشارك الاب أحد فى نفقة ولده مالم يكن معسراً زمناً عاجزاً عن الكسب فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب على من تجب عليه نفقتهم فى حالة عدمه

(مادة ٣٩٨) اذا كان الاب معسراً ولا زمانة به تمنعه عن الكسب فلا تسقط عنه لمجرد اعساره نفقة ولده بل يتكسب وينفق عليه بقدر الكفاية فان أبى مع قدرته على الاكتساب يجبر على ذلك ويحبس فى نفقة ولده فان لم يف اكتسابه بحاجة الولد أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب يؤمر القريب بالانفاق على الولد نيابة عن أبيه ليرجع عليه

(مادة ٣٩٩) الام حال عسرة الاب أولى من سائر الاقارب بالانفاق على ولدها فاذا كان الاب معسراً وهى موسرة تؤمر بالانفاق على ولدها ولا يشاركها الجد . وان كان الابوان معسرين ولهما أولاد يستحقون النفقة يؤمر بها القريب كما ذكر آنفا ويجبر عليها اذ أبى مع يسره . ويكون انفاق القريب دينا على الاب المعسر يرجع به اذا أيسر سواء كان المنفق أما أو جدا أو غيرهما . فان كان الاب معسرا وزمنا عاجزا عن الكسب فلا رجوع لاحد عليه بما أنفقه على ولده

من كسبهم فحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى غيره من الاقارب وعند التأمل ترى أن الاقارب لايخرجون عن واحد من ثلاثة الاول أن يكون الكل أصولا الثاني أن يكونوا أصولا وحواشي الثالث أن يكون الكل حواشي ولا يتأتى الاتيان هنا بالفروع لان الموضوع ان الاولاد صغار فان كان الاول فاما أن يكون بعضهم وارثا والبعض الآخر غير وارث واما أن يكون الكل وارثين وعلى كل حال فاما أن يتساووا في القرب والجزئية أو يختلفوا فالصور أربع الصورة الاولى أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث واستووا في الجزئية الثانية أن يكونوا كذلك واختلفوا فيها الثالثة أن يكون الكل وارثين واستووا في الجزئية الرابعة أن يكون الكل وارثين واختلفوا فيها

ففي الصورة الاولى يرجح الوارث فيلزم بالنفقة وينبني على ذلك أن الصغير لو كان له أبو أب وأبو أم فوجوب النفقة على أبي الاب وحده لانه وان اتحد مع أبي الام في الجزئية اذ كل منهما بينه وبين الصغير واسطة واحدة وهي الاب أو الام الا أن أبا الأب هو الوارث لانه اذا فرضت وفاة هذا الصغير عنهما وكانت له تركة أخذها أبو الاب ولا شيء منها لابي الام لانه من ذوي الارحام وهم لايستحقون شيئا مع العصبة والحكم في هذه الصورة ظاهر لقولهم إنّ الغرم بالغنم وفي الصورة الثانية يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة سواء كان وارثا أو غير وارث وينبني على ذلك وجوب النفقة على الام لاولادها فيما اذا كانت الاقارب الموجودة أما وأبا أم لانها أقرب اذ الولد جزؤها بلا واسطة بخلاف أبي الام فان الولد جزؤه بواسطة بنته التي هي أم الصغير وهذا الحكم ظاهر أيضا في مثل هذه

الصورة لانه مبنى على القاعدة المتقدمة وهى قولهم الغرم بالغنم اذ لو فرض موت الولد عن تركة وليس له من الاقارب الا أمه وأبو أمه استحقت الام كل التركة فرضا وردا ولا يشاركها أبوها لان الام من ذوى الفروض وابوها من ذوى الارحام فلا يستحق معها شيئا اذ الرد مقدم على توريث ذوى الارحام ومثل هذه الصورة فى الحكم أم وام أب أو أم وأم أم لان الأم أقرب منهما وهى الوارثة لانها تحجب الجدات سواء كن من جهة الاب أو من جهة الام ولو كان للصغير أبو أم وأبو أبى أب وجبت النفقة على الاول لانه أقرب جزئية مع أن الوارث هو الثانى وهذا ليس منطبقا على القاعدة المتقدمة فلو قيل تجب النفقة على قدر الميراث مطلقا كما قال بعضهم فى نفقة الاصول على الفروع لكان ظاهرا — وحكم الصورتين الثالثة والرابعة واحد وهو وجوب النفقة عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث وينبنى على هذا أنه لو كان للصغير أم أم وأم أب وجبت النفقة عليهما انصافا لانهما سدستان مرتبة وارثهما بهذه النسبة اذ لو فرض موت الصغير عن تركة ولا وارث له غيرهما استحقتا التركة أنصافا فرضا وردا ولو كان للصغير أم أم وابو أب وجبت النفقة عليهما أسداسا فأم الام يلزمها السدس وابو الاب الباقى لان ارثهما بهذه النسبة ولو كان له ام وأبو أب وجبت النفقة عليهما أثلاثا على الام الثلث وعلى أبى الاب الثلثان ولو كانت الدرجة مختلفة اذ الاستحقاق فى الميراث بهذه النسبة ولا يخفى عليك أن هذه الاحكام مفروضة فيما اذا كان كل الاصول موسرين فان كان بعضهم معسرا وجبت على الموسر وحده كما اذا لم يوجد الا شخص واحد من اصوله فان النفقة

واجبة عليه اذا كان موسرا — أنظر مادة (٤٠٠)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان بعض أقارب الطفل الفقير المعدوم الاب أصولا وبعضهم حواشى فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول أن يكون أحد الصنفين وارثا والآخر غير وارث الثانى ان يكون كل من الصنفين وارثا فان كان الاول اعتبر الاصل لا الحاشية سواء كان الاصل هو الوارث أو لا وحينئذ يلزم بالنفقة ولو كان الوارث غيره فاذافرض ان لهذا الصغير أبا أب وأخا شقيقا موسرين وجبت نفقته على أبى الاب لانه هو الاصل والوارث اذ لو فرض ان هذا الصغير توفى عنهما وله تركة استحقها الجد ولا شىء للأخ فيلزم بالنفقة عند احتياج الصغير ومثل هذا المثال ما اذا كان مع أبى الاب عم شقيق أو أخ لاب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو وجد الكل معه فانه هو الذى يلزم بالنفقة لانهم لايستحقون معه شيئا فى تركته على فرض وجودها وهذا الحكم ظاهر لان الغرم بالغنم

ولو فرض ان لهذا الصغير أبا أم وأخا شقيقا أو لاب ألزم أبو الام بالنفقة ولو كان الآخذ للتركة غيره عند وجودها لانه هو الاصل ومثل

(مادة ٤٠٠) اذا كان أبو الصغير الفقير معدوما وله أقارب موسرون من أصوله فان كان بعضهم وارثا له وبعضهم غير وارث وتساووا فى القرب والجزئية يرجح الوارث وتلزمه نفقة الصغير فلو كان له جد لاب وجد لام فنفقته على الجد لاب . فان لم يتساووا فى القرب والجزئية يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة فلو كان له أم وجد لام فنفقته على الام وان كانت أصوله وارثين كلهم فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث فلو كان له أم وجد لاب فنفقته عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلى الجد الثلثان

هـذا ما اذا كان مع أبي الام عم شقيق أو لاب أو ابن أخ شقيق أو لاب فان الملزم بالنفقة هو أبو الام وان كان المستحق للتركة غيره وهذا غير ظاهر لانه غير جار على القاعدة المتقدمة وهى الغرم بالغنم ولذا استشكل بعض الحنفية كثيرا من الفروع التى وردت فى هـذا الموضوع وان كان البعض الآخر أجاب عنها باجوبة غير مقنعة ولذا كان الظاهر رأى بعضهم وهو وجوبها على قدر الارث

وان كان الثانى وهو ما اذا كان كل من الاصول والحواشى وارثا اعتبر الارث فتجب عليهم النفقة على قدر انصبائهم فيه فلو كان لهذا الصغير أم وأخ شقيق وجبت النفقة عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلى الاخ الثلثان لانه اذا فرض موت هـذا الصغير عن مال أخذت الام الثلث بطريق الفرض والاخ الشقيق يأخذ الباقى بطريق التعصيب ومثل هذا ما اذا كان مع الام أخ لاب أو ابن أخ شقيق أو لاب أو عم شقيق أو لاب أو ابن عم كذلك اما لو كان بدل الام فى الامثلة المتقدمة أم أم أو أم أب وجبت النفقة اسداسا السدس على أم الام أو أم الاب والخمسة الاسداس على العصبة لان الاستحقاق فى التركة على فرض وجودها يكون بهذه النسبة وهذا الحكم ظاهر لانطباقه على القاعدة المشهورة « الغرم بالغنم »

وان كان الثالث وهو ما اذا كان الكل حواشى كالاخوة والاخوات وجبت النفقة بقدر الارث كما سيأتى تفصيله فى نفقة غير الاصول والفروع أنظر مادة (٤٠١)

(مادة ٤٠١) اذا كانت أقارب الطفل الفقير المعدوم أبوه بعضهم أصولا وبعضهم حواشى فان كان أحد الصنفين وارثا والآخر غير وارث يعتبر الاصل

ولا يشترط فى قضاء القاضى بنفقة الاولاد على الاب أن يكون حاضرا بل يقضى بها على الاب ولو كان غائبا والمراد من الغيبة التى يفرض القاضى النفقة للاولاد بسببها أن لا يسهل احضار الاب ومراجعته ولو كان مختفيا فى البلد الذى فيه الاولاد فلا يشترط أن يكون الغائب مفقودا أى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته ولا أن تكون الغيبة مدة سفر شرعى وهذا هو المعول عليه وان كان بعضهم يرى خلافه

وليس هذا خاصا بنفقة الاولاد على الأب بل هو جار فى القضاء بنفقة الآباء على الاولاد وبنفقة الزوجة على الزوج عند هذه الغيبة بخلاف غيرهم من الأقارب وبنبنى على ذلك انه اذا غاب شخص وطلب غيره من القاضى ممن تجب نفقته على الغائب ان يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه الى طلبه الا اذا كان الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له فلو كان أخا أو عما أو خالا مثلا فلا يفرض القاضى له النفقة والسبب فى ذلك ان نفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء وانما القضاء فى حقهم من باب الاعانة والفتوى بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهدا فيها لان الامام الشافعى لا يقول بوجوب النفقة لغير الاصول والفروع والزوجة

لا الحاشية ويلزم بالنفقة سواء كان هو الوارث أم لا فلو كان للولد جد لاب وأخ شقيق فنفقته على الجد ولو كان له جد لام وعم فنفقته على الجد لام . فان كان كل من الاصول والحواشى وارثا يعتبر الارث وتجب عليهم النفقة على قدر انصبائهم فى الارث فلو كان للصغير أم وأخ عصبى أو أم وابن أخ كذلك أو أم وعم كذلك فنفقته عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلى العصبة الثلثان

فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز فلا يقضى لهم بالنفقة فى مال الغائب ولذا يجوز لكل من الاصول والفروع والزوجة ان ينفق من مال الغائب الذى وجبت النفقة عليه وان لم يقض القاضى بذلك ولكن يشترط ان يكون هذا المال من جنس النفقة لانك عرفت ان النفقة واجبة لهم قبل القضاء وانما القضاء فى حقهم من باب الاعانة والفتوى فحقهم ثابت وان لم يقض به فلهم أخذه من غير ان يرفعوا الامر الى القاضى ولكن لو رفعوه اليه طالبين منه القضاء بالنفقة أجابهم الى هذا الطلب — وقد عرفت الكلام على النفقة فى هذه الحالة بالنسبة للزوجة فى الفصل الخامس فى نفقة زوجة الغائب ويأتى الكلام بالنسبة لنفقة الاصول على الفروع فالموضوع الآن خاص بالنفقة الواجبة للفروع على الاصول فاذا غاب الاب وطلبت الاولاد الذين تجب نفقتهم عليه سواء كانوا ذكورا أو أناثا كباراً أو صغارا من القاضى ان يفرض لهم النفقة أجابهم الى هذا الطلب متبعا الاحكام الآتية وهى ان الغائب ان كان له مال فاما ان يكون من جنس النفقة أولا وكل له حكم يخصه واليك البيان فان كان له مال وهو من جنس حقهم فى النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة أو كان ثيابا من جنس حقهم فى الكسوة فرض لهم فيه النفقة سواء كان هذا المال موجودا فى منزل الاب أو غير موجود فيه بأن كان مودعا عند غيره بأن أعطى لغيره شيئا مما ذكر ليحفظه له فانه يكون مملوكا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو كان دينا كما اذا باع لغيره بيتا مثلا بمائتى جنيه ولم يستلم منه الثمن فانه يكون دينا عليه ولكن اذا كانت دعواهم أن المال الذى تركه أبوهم موجودا فى منزله فرض لهم النفقة فيه وأمرهم بالاخذ منه على

حسب الفرض الذى قدره واما اذا كانت دعواهم أنه ترك وديعة عند شخص فان القاضى يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواهم فاما أن يقر بالنسب والوديعة أو ينكرهما أو يقر بالنسب وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر النسب فان أقر بهما فرض القاضى النفقة فى ذلك المال وأمر المودع باعطائهم النفقة منه لانه لما أقر بالنسب والوديعة فقد أقر بان للأولاد حق الأخذ لان اقراره مقبول فى حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق باقراره تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر باعطائهم النفقة من ذلك المال . وان أنكر النسب والوديعة أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فاما أن يكون القاضى عالماً بما أنكره أو غير عالم فان كان الاول فرض لهم النفقة أيضا فى هذا المال ولكن كيف هذا مع قولهم القاضى لايقضى بعلمه والجواب أن هذا من باب الاعانة والفتوى لامن باب القضاء وكل ماتقدم بالنسبة للمودع يقال بالنسبة للمدين فاذا ادعى الاولاد أن فلانا مدين لأبيهم الغائب وهم يستحقون عليه النفقة وطلبوا من القاضى أن يفرض لهم النفقة فى هذا الدين أحضر القاضى الشخص المدعى عليه بالدين وسلك معه الطريق الذى سلكه مع المودع .

وان كان الثانى (غير عالم) فلا يقضى لهم الا بالبرهان

وان كان المال الذى تركه ليس من جنس النفقة سواء كان فى بيته أو كان وديعة فاما أن يخشى عليه التلف من المكث او لا فان كان الاول باعه القاضى وأنفق عليهم من ثمنه لان النظر الى الغائب فى ذلك وان كان الثانى فلا تفرض فيه النفقة لانه يحتاج الى البيع ولايباع مال الغائب الذى لايخشى عليه التلف بالاتفاق أمّا عند الامام الاعظم فهو ظاهر لان عنده لايباع على

الحاضر فعلى الغائب من باب اولى وأمّا عند الصاحبين فلانه لايعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وانما قالا ببيع مال الحاضر اذا امتنع عن الدفع لانه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر تلك الاموال وينفق من أجرتها عليهم ان وفت بحاجتهم فان لم تف الاجرة بها أو كانت الاموال لاتستأجر أمر القاضى أم الاولاد بالاستدانة عليه وتنفق عليهم من الدين الذى أخذته ويكون لها الحق فى أخذ مثل الدين اذا حضر

فالذى علم أن القاضى يفرض النفقة فى مال الغائب لأولاده متى كان هذا المال من جنس النفقة سواء كان المال موجودا فى منزله أو وديعة أو دينا فاذا لم يترك الغائب الا واحدا من هذه الاشياء فرضها فيه لانه ليس هناك غيره وأمّا إن ترك الكل فان القاضى يفرض النفقة أولاً فى المال الموجود فى بيته ثم فى مال الوديعة ثم فى الدين وسبب هذا الترتيب ان القاضى نصب ناظرا فى مصالح من هو عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك ان المصلحة للغائب فيما ذكر لان مال الوديعة محفوظ عند المودع الذى أمّنه عليه قبل غيبته فلم يكن معرضا للخطر بخلاف المال الذى فى بيته ثم ان مال الوديعة يحتمل ان يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فانه ليس شيئا معينا حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظا اكثر من الوديعة فيكون النظر الى الغائب فى هذا الترتيب فيتبعه القاضى — أنظر مادة (٤٠٢)

(مادة ٤٠٢) اذا كان الاب غائبا وله أولاد ممن تجب نفقتهم عليه وله مال عندهم من جنس النفقة فللحاكم أن يأمر بالانفاق عليهم منه ان كان نسبهم معروفا أو معلوما لدى الحاكم وكذلك الحكم اذا كان للغائب مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة وأقر المودع أو المدين بالمال وبالاولاد أو لم يقر

فقد علمت حكم نفقة الولد بالنسبة الى أبيه واما نفقة زوجته فقال بعضهم تجب نفقة زوجة الابن اذا كان صغيرا فقيرا على أبيه سواء ضمنها أو لا وكذلك تجب نفقة زوجة الابن الكبير اذا كان فقيرا وعاجزا عن الكسب بأى سبب من الاسباب وقال بعضهم لاتجب نفقة زوجة الابن الصغير الفقير على الاب الا اذا ضمنها فان لم يضمنها فلا يطالب بها على انها واجبة عليه وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ماينفقه دينا له يأخذه من ابنه اذا أيسر ويظهر ان هذا مقيد بما اذا لم يكن من تجب عليه نفقة زوجة الابن موجودا فان كان موجودا وجبت الادانة عليه نعم اذا كان الابن محتاجا لخدمة الزوجة وجبت نفقتها على أبيه — أنظر مادة (٤٠٣)

والاب هو الذى يتولى الانفاق على أولاده فان قام بالواجب عليه شرعا فيها وان اشتكت منه أم الاولاد ورفعت امرها الى القاضى مدعية انه مقصر فى الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى الانفاق عليهم فلايجيبها القاضى الى ماتطلب قبل التحرى فان تحرى وظهر له صدقها فرض لهم النفقة وأمر الاب بتسليم قدرمنها اليها لتتولى هى الانفاق على الاولاد فان قامت بالواجب عليها ولم يدع عليها الاب الخيانة فيها أما ان ادعى الاب ذلك بأن قال انها تضيق عليهم فى النفقة لتختلس مابقى منها بحث القاضى ولو بسؤال من يداخلها من الجيران فان أخبروه بصحة

والحاكم يعلم ذلك وان لم يكن مال الغائب من جنس النفقة بأن كان عقارا أوعروضا فلا يباع منه شيء للنفقة بل تؤمر الام بالاستدانة عليه لنفقة الاولاد وللولد اذا كان مال أبيه الغائب من جنس النفقة ان ينفق منه بقدر كفايته بلا قضاء

(مادة ٤٠٣) لايجب على الاب نفقة زوجة ابنه الصغير الفقير الا اذا ضمنها وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون دينا له يرجع به على ابنه اذا أيسر

قول الاب زجرها ومنعها عن ذلك نظرا للاولاد فان أحسنت صنعا فالامر ظاهر والا فلا يسلمها مقداراً كبيراً من النفقة بل يسلمها لها عند الصباح والمساء او يأمر غيرها ليتولى الانفاق على حسب ماتقتضيه مصلحة الاولاد فان استلمت نفقة مدة وضاعت منها امر الاب باعطائها غيرها لان نفقة الاولاد وجبت للحاجة وقد وجدت بخلاف نفقة الزوجة كما تقدم فى بابها أنظر مادة (٤٠٥)

فان لم ترفع الام امرها الى القاضى عند مارأت أن الاب يقتر على الاولاد فى النفقة واصطلحت مع الاب على شىء معلوم فى نظير النفقة الواجبة عليه صح الصلح لان الاب يكون من جانب نفسه والام من جانب الاولاد لما لها من حق الحضانة وحينئذ لايخلو الحال من أن يكون المبلغ المصطلح عليه مساويا لمقدار النفقة أو أكثر منه أو أقل فان كان الاول فظاهر وان كان الثانى فان كانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهى عفو وان كانت لاتدخل تحت التقدير تطرح عن الاب -- وان كان الثالث وهو مااذا كان أقل من مقدار النفقة بحيث لايكفيهم زيد فى المصالح عليه الى أن يبلغ مقدار كفايتهم فاذا فرضنا أن نفقة الاولاد فى الشهر الف قرش واصطلحت مع الاب على أن تأخذ منه مثل هذا المبلغ او مع زيادة قليلة صح ذلك ولا ينقص شىء ومثل هذا مااذا كان هناك نقص خمسين قرشا مثلا بحيث أن

(مادة ٤٠٥) اذا اشتكت الام من عدم انفاق الاب أو من تقتيره على الولد يفرض الحاكم له النفقة ويأمره باعطائها لامه لتنفق عليه فاذا ثبتت خيانتها تدفع لها صباحا ومساء ولا يدفع لها جملة أو تسلم لغيرها ليتولى الانفاق على الولد وان ضاعت نفقة الولد عند الام يفرض على أبيه له غيرها

الباقى يكفيهم فانه لايزاد شيء أما اذا حصل الصلح على الف وخمسمائة أو على ستمائة فرش طرح الزائد عن الاب فى الاول وزيد المقدار فى الثاني الى تمام الكفاية لانها هى المقصود — انظر مادة (٤٠٦)

فقد علمت أنه متى رفعت الام أمرها الى القاضى شاكية من تقتير الاب فى النفقة وثبت لدى القاضى ذلك قدر النفقة وحكم بها على الاب على حسب ميسرته وما هو مستعد له من الاكتساب بالنسبة للزمن المستقبل فاذا قام الاب بدفع النفقة كما فرض القاضى فبها . واما اذا مضت مدة بعد الفرض لم تأخذ الام فيها شيئا من المقدر فاما أن تكون النفقة غير مستدانة أو مستدانة وان كانت مستدانة فاما أن تكون الاستدانة بغير اذن القاضى أو باذنه فان لم تكن النفقة مستدانة أصلا أو كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلايسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذى لم تطلبها الأم فيه لانها صارت ديناً بالقضاء فلها المطالبة به سواء كانت المدة الماضية التى لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة وهذا هو الذى عليه العمل الآن وبعضهم يقول ان كانت المدة الماضية أقل من شهر فلا تسقط وان كانت شهراً فأكثر سقطت

واتفقوا على أن هذه النفقة تسقط بموت الاب أو الاولاد فاذا مضت ثلاثة أشهر مثلا بعد القضاء بها وتجمدت على الاب نفقة هذه المدة ثم مات

(مادة ٤٠٦) اذا صالحت المرأة زوجها عن نفقة الاولاد صح الصلح فان كان ما اصطلحا عليه أكثر قدراً من النفقة وكانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهى عفو وان كانت لا تدخل تحت التقدير تطرح عن الاب وان كان المصالح عليه أقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم تزاد بقدر الكفاية

فلا يكون لأم الاولاد حق فى أخذ المقدار المتجمد من التركة واذا ماتت الاولاد فليس لمن يرثهم مع الاب مطالبته بقدر نصيبهم منه لان الحنفية يقولون إنّ النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية والشافعية يخالفونهم فى ذلك ومذهبهم ظاهر المراد

وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة الاب وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الاب موجودا فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طالت واذا مات فلا تسقط أيضا بل يكون لها الحق فى أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم ويظهر أن الاب لو أذن الام فى الاستدانة بعد ما فرض القاضى النفقة واستدانت بالفعل وأنفقت على الاولاد يكون الحكم كما لو أذنها القاضى بالاستدانة بل هو أولى لان ولايته على نفسه أولى من ولاية القاضى عليه — أنظر مادة (٤٠٧)

(مادة ٤٠٧) اذا قضى القاضى للزوجة على زوجها بنفقة ولدها الصغير منه فهى فى حكم نفقة الزوجة فى عدم سقوطها بمضى شهر فاكثر بعد الفرض ولو بغير استدانة بأمر القاضى وعليه عمل القضاة الآن وهو الارفق بخلاف سائر المحارم ولو فرض القاضى النفقة للصغير على أبيه ومضت مدة لم تقبضها الام حتى مات الاب فان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى يكون للأم الرجوع بها فى تركته كما ترجع بها عليه لو كان حيا ولو لم تكن مستدانة بأمر القاضي حتى مات سقطت النفقة بالاتفاق

الباب الثالث

﴿ فى النفقة الواجبة للأبوين على الابناء ﴾

كما أن النفقة بجميع أنواعها واجبة على الاصل لفرعه بالتفصيل المتقدم فكذلك نفقة الاصول واجبة على الفروع بالطريقة الآتية وهى

إنّ الاب اما أن يكون غنيا أوفقيرا فان كان غنيا وجبت نفقته فى ماله لان نفقته على الفرع انما وجبت للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره

وان كان فقيرا فاما أن يكون قادرا على الكسب أو عاجزا عنه فان كان الاول ففيه خلاف قال بعضهم لايجبر الولد على النفقة فى هذه الحالة لان الاب غنى باعتبار الكسب فلاضرورة فى ايجاب النفقة على الغير وقال البعض الآخر تجب النفقة فيجبر الولد عليها لان معنى الاذى فى ايكاله الى الكد والتعب أكثر منه فى التأفف المحرم بقوله تعالى (ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما) وهذا القول هو المعول عليه . وان كان الثانى وهو ماإذا كان عاجزا عن الكسب فلاخلاف فى وجوب النفقة على الولد ولا فرق بين أن يكون الولد مذكرا أو مؤنثا صغيرا أو كبيرا بعد أن يكون موسرا

وأما الأم فتجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة اتفاقا ولو كانت قادرة على الكسب لان الانوثة عجز اللهم الا اذا كانت مكتسبة بالفعل والاجداد والجدات وان علا كل منهما فى ذلك كالابوين سواء كان

الجد أو الجدة من قبل الاب كأبى الاب وأم الاب أو من قبل الام كأبى الام وأم الام

ولا يشترط فى وجوب النفقة على الفرع أن يكون الاصل مسلما بل لو كان ذميا وجبت نفقته متى كان فقيرا أما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) قيل نزلت هذه الآية فى سعد بن أبى وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة ياسعد بلغنى أنك صبوت فوالله لايظلنى سقف بيت ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فأبى سعد وصبرت هى ثلاثة أيام حتى غشى عليها فأتى سعد النبى صلى الله عليه وسلم وشكا اليه فنزلت هذه الآية . وليس من الاحسان والمعروف أن يعيش الولد فى نعم الله ويتركهما يموتان جوعا. وأما الاجداد والجدات فلانهم تسببوا فى احيائه فاستوجبوا عليه الاحياء كالابوين ولكن يشترط فى وجوب النفقة على الفرع للاصل ان يكون موسرا ومتى كان كذلك فلا يشاركه أحد فى نفقة اصوله المحتاجين ـ انظر مادة (٤٠٨)

وكما تجب نفقة الاب على الولد تجب نفقة زوجته عليه ولكن المعول عليه أن نفقة زوجة الاب لاتجب على الولد الا اذا كان الاب مريضا مرضا يحوجه الى زوجة أو خادم يقوم بشأنه كالعمى والشلل فعلى هذا لافرق بين

(مادة ٤٠٨) يجب على الولد الموسر كبيرا كان أو صغيراً ذكراً أو أنثى نفقة والديه واجداده وجداته الفقراء مسلمين كانوا أو ذميين قادرين على الكسب أو عاجزين ولا يشارك الولد الموسر أحد فى نفقة أصوله المحتاجين

الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه كما وجبت نفقة المخدوم وحيث إنّ زوجة واحدة تكفى لخدمته فلا تجب على ولده الموسر الانفقة زوجة ولو كان متزوجا بعدة زوجات وانما يدفعها الاب ليوزعها عليهن — انظر مادة (٤٠٩)

ومحل وجوب نفقة الام على ولدها اذا لم تكن متزوجة فان كانت كذلك فنفقتها على زوجها ولكن المقام فيه تفصيل لان الأم اما أن تكون متزوجة بأبي الولد واما أن تكون متزوجة بغيره . فان كان الاول وكان الاب موسرا وجبت نفقتها عليه وان كان معسرا والأم معسرة أيضا قال ابن عابدين الظاهر وجوبها على الولد ولو لم يكن الاب محتاجا اليها لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد وأما لو كانت موسرة والاب محتاجا اليها فكذلك. وان لم يكن الاب محتاجا فالظاهر أنه يؤمر بها ليرجع على أبيه اذا أيسر أو تنفق هى لترجع على الاب عند الميسرة وهذا اقرب. وان كان الثانى وهو ما اذا كانت متزوجة بغير ابى الولد فلا كلام فى وجوب نفقتها على زوجها سواء كان موسرا او معسرا انما اذا كان معسرا يؤمر الولد بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه دينا له على الزوج يأخذه منه اذا ايسر وهذا اذا كان الزوج حاضرا فلو كان غائبا

(مادة ٤٠٩) اذا كان الاب زمنا أو مريضا مرضاً يحوجه الى زوجة تقوم بشأنه أو الى خادم يخدمه وجبت نفقة الزوجة أو الخادم على ولده الموسر كما تجب له نفقة خادم على ابيه ان كان معسراً ومحتاجاً الى ذلك كما تقدم فى الاب واذا كان للأب الفقير عدة زوجات فلا يجب على ولده الموسر الا نفقة واحدة عند الحاجة كما سبق

فرضت لها النفقة فى ماله ان كان له مال على الطريقة المتقدمة فى نفقة زوجة الغائب فان لم يكن له مال اصلا فرض لهـا القاضى النفقة وامر الولد بالانفاق عليها ويكون ماينفقه دينا على الزوج يأخذه منه اذا حضر — أنظر مادة (٤١٠)

فالذى علم أن نفقة الاب لاتجب على الولد الا اذا كان موسرا والاب فقير فلو كان الولد فقيرا أيضا فاما أن يكون الاب قادرا على الـكسب أو عاجزا عنه فان كان الاول فالمعول عليه عدم وجوب النفقة قضاء وان كان الثانى وجبت النفقة فللقاضى اذا كان يبقى من كسب الولد شىء بعد نفقته ونفقة أولاده فرضها فيه وأمره بالاعطاء وأما اذا لم يبق شىء فلا يجبر على اعطائه شيئا على حدته بل يؤمر بضم الاب الى عياله وينفق على الـكل لان طعام الاربعة مثلا اذا فرق على الخمسة لايضرهم ضررا فاحشا. وكل أصل مذكر كأبى الاب يكون حكمه حكم الاب وأمّا الاصـل المؤنث فلا يشترط فى اجراء الاحكام المتقدمة عليه ان يكون عاجزا عن الـكسب بل يكفى فيه الفقر ولو كان قادرا على الـكسب لان الانوثة بمجردها عجز فالام أو الجدة المحتاجة ولو لم يكن بها مايمنعها عن الـكسب بمنزلة الاب اذا لم يكن قادرا على الاكتساب

(مادة ٤١٠) المرأة المعسرة المتزوجة بغير أبى الولد نفقتها على زوجها لا على ولدها انما اذا كان زوجها معسراً أو غائبا وولدها من غيره موسراً يؤمر بالانفاق ويكون ديناً له يرجع به على زوجها اذا أيسر أو حضر

أنظر مادة (٤١١)

وكل الاحكام المتقدمة فيما اذا كان الولد حاضرا أمّا اذا كان غائبا فان كان له مال من جنس النفقة سواء كان موجودا فى بيته أو كان وديعة أو دينا ورفع الابوان الفقيران أو أحدهما الامر الى القاضى طالبا فرض النفقة فى هذا المال فرضها له بالطريقة والاحكام المتقدمين فى شرح مادة (٤٠٢) وان كان موضوعها نفقة الفروع على الاصول لان الاحكام لاتختلف اذ القاضى يقضى بالنفقة فى مال الغائب للزوجة والفروع والاصول ومتى فرضها القاضى فيه وأمر كلا من المودع والمدين بالانفاق عليهم وقام بما أمر به فليس للغائب اذا حضر حق قِبَلَ واحد منهما لان أمر القاضى ملزم اذ ولايته عامة فصار كأمر الغائب نفسه

واما اذا أنفق للمودع الوديعة على أبوى صاحبها أو على أولاده وزوجته أو أنفق المدين الدين على من ذكروا وكان ذلك بغير اذن من القاضى ولا من صاحب الوديعة والدين فانه لايبرأ أمام المودع والدائن فلكل منهما مطالبته بالوديعة والدين وليس له أن يحتج بأنه أنفقهما على من ذكر لانه تصرف فى مال الغير بلاولاية عليه ولانيابة منه فيضمنه واذا دفع مثل الوديعة والدين الى مستحقه فلا يكون له حق فى الرجوع على من أنفق عليهم لانه بالضمان

(مادة ٤١١) لا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير الا اذا كان الابن كسوبا والاب زمنا لا قدرة له على الكسب فحينئذ يشاركه الاب فى القوت ديانة والام المحتاجة بمنزلة الاب الزمن ولو لم يكن بها زمانة وان كان الابن الفقير عيال يضم أبويه المحتاجين الى عياله وينفق على الكل ولا يجبر على اعطائهما شيئا على حدته

ماله مستندا الى وقت التعدى فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين صاحبها فانه يكون ضامنا كذا قالوا وهذا اذا كان صاحب الوديعة غائبا ثم حضر أما اذا مات فى سفره فقد برىء المودع اذا لم يكن للغائب وارث سوى من استلم النفقة فلا رجوع له على المودع لانه وصل اليه عين حقه فلو كان للغائب وارث غير من أخذ الوديعة ضمن المعطى حصته من الوديعة وقيد بعضهم ضمان منفق الوديعة والدين فيما اذا كان الانفاق بغير اذن بما اذا كان المودع والمدين فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى أو المالك فيه فان كان فى مكان لا يمكن فيه ذلك فلا ضمان استحسانا وهو قيد حسن لان كلا من المودع والمدين وان لم تكن له ولاية على المال الا أنه أوصله الى مستحقه فى الوقت الذى لا يمكنه الحصول على رأى من له الولاية وينبنى على ذلك انه لو كان لشخص وديعة عند غيره وكان صاحبها مدينا لآخر فقضى المودع دين صاحبها منها فلا يضمن استحسانا حتى لو مات صاحب الوديعة فى سفره اذا كان غائبا حل للمودع ان يحلف لورثته انهم لا يستحقون قبله حقا لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح (والله يعلم المفسد من المصلح) ولكنهم قالوا ان ذلك خاص بالديانة أما فى القضاء فيضمن ويترتب على هذا مسائل كثيرة . منها اذا كان رجلان فى سفر فطر أحدهما ما يستوجب صرف شىء من ماله عليه فصرفه فلا يضمنه استحسانا . ومنها ما اذا كان لمسجد أوقاف ولم يكن لها متول فقام واحد من أهل البلد وانفق على المسجد من ريع الوقف ما يحتاج اليه فانه لا يضمن استحسانا . ومنها ما اذا توفى رجل عن ورثة فيهم كبار وصغار وليس هناك وصى فانفق الكبار على الصغار فلا يعدون متطوعين

فيما أنفقوا بل لهم ان يحسبوا ذلك من حصتهم لانهم محسنون فيحل لهم ان يقروا بما فضل له من نصيب الصغار فقط ولو حلفوا فلا شيء عليهم ونظير هذا ما اذا عرف الوصى الدين على الميت فقضاه من تركته ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضى ولا الورثة فانه لا يأثم الى غير ذلك من الفروع التى لا تدخل تحت حصر . وقد جرى الامام محمد على هذا الاصل فقد روى انه توفى أحد تلاميذه فباع كتبه وأنفق ثمنها فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك الى أحد فتلا قوله تعالى (والله يعلم المفسد من المصلح) - أنظر مادة (٤١٢)

فالذى علم ان الشخص اذا كان له فرع أو أصل وجبت النفقة على الموجود منهما فاذا لم يكن له واحد منهما فان كان له قريب من جهة الحواشى كالاخ والعم والخال وجبت له عليه النفقة فاذا لم يكن له قريب ممن تجب نفقته عليه وكان لا يمكنه التكسب بأى طريقة من الطرق وجبت نفقته فى بيت المال فالشيخ الكبير والمريض مرضا مزمنا والاعمى والاشل الذين لا يمكنهم الولوج فى أى باب من أبواب الكسب تجب نفقتهم فى بيت المال لان الغرم بالغنم اذ لو فرض موت واحد منهم عن تركة ولم يترك وارثا أخذها بيت المال - أنظر مادة (٤١٣)

(مادة ٤١٢) اذا كان الابن غائبا وله مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة فللقاضى أن يفرض منه النفقة لابويه الفقيرين ولو أنفق المودع الوديعة أو المديون الدين على أبوى الغائب بلا اذنه أو بغير أمر القاضى يضمن للغائب ما أنفقه ولا رجوع له على ابويه ولو انفق المودع الوديعة على أبى الغائب بلا أمره ثم مات الغائب ولا وارث له غير الاب فلا رجوع للاب على المودع

(مادة ٤١٣) نفقة الشيخ الكبير والزمن والمريض على بيت المال اذا لم يكن لهم مال ولا قريب يعولهم

فان كان الموجود من جهة الفرع شخصاً واحداً وجبت عليه النفقة لاصله متى كان الاصل معسرا والفرع موسرا وأما اذا وجد اثنان أو أكثر فاما أن يختلفوا فى الدرجة أو يتحدوا فيها ـ فان كان الاول كبنت وابن ابن أو بنت بنت وبنت ابن ابن وجبت النفقة على الاقرب درجة ولو كان لا يستحق شيئا فى الميراث ففى المثال الاول تجب النفقة على البنت لانها أقرب من ابن الابن وكل منهما وارث اذ لو فرض موت الشخص الواجبة له النفقة عن تركة أخذت البنت النصف بطريق الفرض وابن الابن النصف بطريق التعصيب وفى المثال الثانى تجب النفقة على بنت البنت لانها أقرب درجة وان كان الوارث فيه بنت ابن الابن لانها من ذوى الفروض وأما بنت البنت فهى من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئا مع أصحاب الفروض

وان كان الثانى وهو ما اذا اتحدت الدرجة كبنت وابن أو ابن ابن وبنت بنت وجبت النفقة على الجميع بقطع النظر عن الاستحقاق فى الميراث وعن الذكورة والانوثة وزيادة الثروة ونقصها وينبنى على ذلك انه لو كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران فنفقته عليهما بالسوية وان كان الميراث بينهما أثلاثا للمذكر ضعف ما للانثى وان كان له ولدان موسران أحدهما مسلم والثانى نصرانى أو يهودى فالنفقة أيضا عليهما بالسوية ولو كان الوارث هو المسلم اذا كان أبوهما مسلما أو غير المسلم اذا كان الاب غير مسلم لان اختلاف الدين من موانع الارث وان كان له ابن ابن وبنت بنت موسران فالنفقة عليهما انصافا وان كانت بنت البنت لا تستحق شيئا مع ابن الابن لانها من ذوى الارحام وهو عصبة ولو كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر لا يملك الا قليلا من المال وجبت النفقة عليهما بالسوية

وخالف بعضهم فى ذلك متى كان التفاوت فى الغنى فاحشا فقال ان النفقة تكون بقدر التفاوت فى الثروة. وانما كانت النفقة على الفروع بالسوية بقطع النظر عن الارث متى اتحدت الدرجة لان المعتبر فى ايجاب النفقة وهو الجزئية أو اعتبار التاويل فى مال الولد بالحديث المشهور « انت ومالك لابيك » يشمل الذكر والانثى على حد سواء. كذا قال بعض الفقهاء وخالف بعضهم فى ذلك قائلا تجب النفقة على الفروع للاصول بمقدار الارث مستدلا بقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) لجعل العلة هى الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة ولان الغرم بالغنم أى مقدر به فالذى يغنم من الاصل اذا مات عن تركة هو الفرع الوارث فيغرم بمقداره ان كلا فكل وان بعضا فبعض

وينبنى على هذا أنه لو كان لشخص فقير ابن وبنت فالنفقة عليهما أثلاثا ولو كانت له بنت وابن ابن فالنفقة عليهما انصافا كالارث ولو كان له بنت بنت وابن ابن فالنفقة عليه لا عليهما لانه هو الوارث وهذا القول ظاهر المراد - أنظر مادة (٤١٤)

(مادة ٤١٤) لاعبرة بالارث فى النفقة الواجبة على الابناء للوالدين بل تعتبر الجزئية والقرابة بتقديم الاقرب فالاقرب فاذا كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران فنفقته عليهما بالسوية وان كان له ولدان موسران احدهما مسلم والثانى نصرانى أو يهودى فالنفقة عليهما ايضا بالسوية وان كان له ابن وابن بن موسران فنفقته على الابن فان كان الابن غائبا ولا مال له حاضر يؤمر ابن الابن بالانفاق ويرجع به على ابيه اذا حضر وان كان له ابن ابن وبنت بنت فالنفقة عليهما بالسوية

الباب الرابع

(فى نفقة ذوى الارحام)

ذووا الارحام فى اللغة هم الاقارب سواء كانوا فروعا أو أصولا أو غيرهم ولكن للفقهاء فيهم اصطلاحات فيطلقونهم فى باب النفقات على من عدا الفروع والاصول من الاقارب فنفقة الفروع واجبة على الاصول وبالعكس على حسب الطريقة التى عرفتها من البابين المتقدمين وأما نفقة غيرهم من الاقارب فلا تجب الا اذا كان رحما محرما أى قريبا تحرم منا كحته كالاخت والخالة مثلا فان كان رحما غير محرم أى قريبا تحل منا كحته كبنت العمة والخالة وبنت العم والخال فلا تجب النفقة وقال ابن أبى ليلى والامام احمد بن حنبل تجب النفقة لكل قريب وارث سواء كان رحما محرما أو رحما غير محرم واستدلوا بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) ووجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالى علق وجوب النفقة بالوارث سواء كان محرما أو غير محرم فقيد المحرمية زيادة على ما فى القرآن وهو لا يجوز وروى ان بعض الصحابة سأل النبى عليه الصلاة والسلام قائلا له « يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال

ابالك ثم الاقرب فالاقرب . وفى رواية فان فضل شيء عن أهلك فلذوى قرابتك» فهذا الحديث ليس فيه تقييد بالرحم المحرم بل كل قريب واستدلت الحنفية بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فتكون بيانا للقراءة المتواترة ويرد على هذا بان القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد وهو لايجوز تقييد المطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة وهو فى محله اللهم الا أن يدعى شهرتها ومذهب الامام احمد وابن ابى ليلى ظاهر المراد

ولنوضح لك هذا بانه اذا كان لشخص تجب له النفقة على أقاربه خال وابن عم شقيق أو لاب فعلى مذهب الامام احمد تجب النفقة على ابن العم لانه قريب وهو الوارث وعند أبى حنيفة وأصحابه تجب على الخال وان كان الوارث هو ابن العم لان ابن العم ليس محرما وان كان قريبا ولا يخفى مافيه . فالذى ظهر ان نفقة غير الاصول والفروع لاتجب الا اذا كان القريب رحما محرما عند الحنفية ومع هذا فلا بد لوجوبها من شروط تتحقق فى الشخص المنفق عليه وان كانت تختلف بحسب صغره وكبره وذكورته وانوثته وفقره وغناه

وبيان ذلك أن الرحم المحرم اما أن يكون غنيا أو فقيرا وعلى كل فاما أن يكون صغيرا أو كبيرا وعلى كل فاما أن يكون مذكرا أو مؤنثا . فان كان ذو الرحم المحرم غنيا فنفقته فى ماله سواء كان صغيرا أو كبيرا وسواء كان مذكرا أو مؤنثا لأن نفقته انما وجبت على قريبه لحاجته وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره . وان كان ذو الرحم المحرم فقيرا وصغيرا وجبت نفقته على قريبه بقدر إرثه منه سواء كان مذكرا أو مؤنثا لانه محتاج فيؤمر القريب بسد عوزه ولان

الغرم بالغنم فكما أنه يرثه ان مات عن تركة ينفق عليه ان كان محتاجا للنفقة

وان كان ذو الرحم المحرم كبيرا ومذكرا فاما ان تكون به عاهة تمنعه عن الكسب أولا فان كان الاول كما اذا كان مريضا مرضا مزمنا أو به شلل أو عمى أو كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على قريبه بقدر ارثه منه لتحقق العجز . وان كان الثانى وهو ما اذا لم يكن به عاهة تمنعه عن الكسب فلا تجب النفقة على قريبه بل على نفسه لانه غنى بكسبه فتجب نفقته فيه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادرا على الكسب وان لم يكن بالغا فان اكتسب وكان كسبه يفى بحاجته فبها وان لم يف فعلى قريبه اتمام الكفاية

وان كان ذو الرحم المحرم كبيرا ومؤنثا وجبت النفقة على القريب سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة الى ان تتزوج وحينئذ تكون نفقتها على زوجها نعم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها فى كسبها فان وفى بحاجتها فذاك هو المطلوب والا فعليه إتمام الكفاية

ويشترط فى ايجاب النفقة على القريب ان يكون موسرا فلو كان معسرا فلا تجب عليه واختلف العلماء فى تفسير اليسار فى باب النفقة فقال أبو يوسف لا يكون الشخص موسرا الا اذا كان مالكا لنصاب الزكاة وهو عشرون مثقالا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ولا بد أن يكون هذا المبلغ فاضلا عن حوائجه الاصلية لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه فى الشرع كصدقة الفطر . ومحمد يقدر اليسار فى وجوب النفقة بأن يكون عنده شىء فاضل عن نفقة نفسه وعياله بحسب استعداده للكسب لان المعتبر فى حقوق العباد

القدرة دون النصاب وهـذا أوجه فليكن المعول عليه لانه أظهر من حيث الترجيح والاستدلال وان قالوا الفتوى على لاول . فمتى كان القريب موسرا وقام بالواجب عليه نحو قريبه فذاك هو المطلوب وأمّا ان امتنع فيجبره صاحب الولاية العامة بما يراه رادعا له لامتناعه عن حق واجب عليه — أنظر مادة (٤١٥)

ويشترط فى وجوب نفقة ذوى الارحام اتحاد الدين فلا يجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى أو اليهودى وبالعكس اذ لاتوارث بين مسلم وغيره لان النفقة تابعة للارث بدليل قوله تعالى(وعلى الوارث مثل ذلك)

ولـكن لايشترط هـذا الشرط وهو اتحاد الدين فى نفقة الزوجة والاصول والفروع بل لهم النفقة وان اختلفوا فى الدين لان نفقة الزوجة انما وجبت بعقد النـكاح وذلك يتبع صحة العقد دون اتحاد الملة ولان نفقة الاصول وجبت على الفروع بقوله تعـالى (وصاحبهما فى الدنيا معروفا) وفسرها النبى صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بأن يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا ونزلت هذه الآية فى حق الابوين الـكافرين بدليل ماقبلها وهو (ووصينا الانسان بوالديه حسناً وان جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) وليس من

(مادة ٤١٥) تجب النفقة لـكل ذى رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه ولو صغيراً بقدر ارثه منه ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر ولا فرق بين ان يكون ذو الرحم المحرم المحتاج ذكرا صغيراً أو كبيراً عاجزاً عن الـكسب أو أنثى صغيرة أو بالغة زمنة أو صحيحة البدن قادرة على الـكسب لا مكتسبة بالفعل

الاحسان ولا من المعروف أن يعيش الولد فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا ولو كانا غير مسلمين . ولان نفقة الفروع وجبت بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولا تفصيل فيها ولان الفرع جزء من الاصل ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه ولكن يشترط أن يكون الاصول أو الفروع غير المسلمين ذميين فلو كانوا مستأمنين أو حربيين فلا تجب لهم النفقة بشهادة قوله تعالى (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم الخ) فلم ينهنا عن بر من لم يقاتلنا فى الدين وهم الذميون ونهانا عن بر من قاتلنا فيه فما علينا الا امتثال الامر — أنظر مادة (٤١٦)

ويتفرع على مذهب السادة الحنفية القائلين بأنه لاتجب نفقة القريب الا اذا كان رحما محرما أنه اذا وجد لشخص مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول الاختلاف فى المحرمية الثانى الاتحاد فيها فان كان الاول وجبت النفقة على الرحم المحرم أما القريب الرحم غير المحرم فلا تجب عليه نفقة قريبه ولو لم يوجد الا هو فلو كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق أو لاب أو لام وابن عم شقيق أو لاب وجبت النفقة على الخال وان كان ابن العم هو الوارث اذ لو فرض موت هذا

---

(٤١٦) لا نفقة مع الاختلاف دينا الا للزوجة والاصول والفروع الذميين فلا تجب على مسلم لاخيه الذمى ولا على ذمى لاخيه المسلم ولا على مسلم أو ذمى لابويه غير الذميين ولو كانا مستأمنين ولا على مستأمن لمسلمين او ذميين

الشخص عن تركة استحقها ابن العم لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وهم لايستحقون شيئا مع العاصب وانما وجبت النفقة على الخال لاعلى ابن العم لان الاول رحم محرم والثانى رحم غير محرم ومثل هذا المثال ما اذا كان لشخص مستحق النفقة عم لام وابن عم فان النفقة تجب على الاول لا على الثانى لما تقدم ولا تنس ماتقدم لك من ان الامام أحمد بن حنبل وابن أبى ليلى من الحنفية يخالفان فى ذلك فيجعلان وجوب النفقة دائرا على محور الارث سواء كان القريب رحما محرما أو رحما غير محرم فيوجبان النفقة فى المثالين المتقدمين على ابن العم وهو ظاهر اذ الغرم بالغنم – أنظر مادة (٤١٧)

وان كان الثانى وهو ماذا اتحدت الاقارب فى المحرمية فاما أن يكون بعضهم هو المستحق للتركة وحاجبا للبعض الآخر واما أن يكون الكل مستحقين فى التركة على فرض وجودها

فان كان الاول وجبت النفقة على المستحق وحده وينتج من هذا أنه اذا كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق أو لاب أو لام وعم شقيق أو لاب تجب النفقة على العم لا الخال لاستوائهما فى المحرمية والعم يحجب الخال لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وذو الرحم لايستحق شيئا مع

(مادة ٤١٧) لاتجب نفقة على رحم غير محرم مع وجود الرحم المحرم أو عدمه فاذا لم تستو الاقارب فى المحرمية بأن كان بعضهم محرما وبعضهم غير محرم يعتبر فى ايجاب النفقة أهلية الارث لاحقيقته فلو كان للفقير خال من قبل الاب والام أو من قبل احدهما وابن عم لاب وأم فنفقته على الخال وان كان ابن العم هو الوارث

العاصب وهو ظاهر لان الغرم بالغنم

وان كان الثانى وهو ماذا كان الكل مستحقين فى التركة وجبت النفقة على الجميع بقدر استحقاقهم فى الارث ويتفرع على ذلك انه اذا كان الشخص مستحق النفقة خال شقيق وخالة شقيقة وجبت النفقة اثلاثا فالخال يلزمه الثلثان والخالة الثلث لان ارثهما على هـذه النسبة فلو كان أحدهما شقيقا والآخر لاب أولام وجبت النفقة على الشقيق لانه أقوى من الآخر فهو الوارث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام وجبت النفقة عليهن أخماسا اثلاثة أخماس على الاخت الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام لان استحقاقهن للارث فى هـذا المثال على هذه النسبة ـ وبيان ذلك أن الاخت الشقيقة لها النصف وكل من الاختين الباقيتين السدس فيكون المجموع خمسة أسداس وحينئذ يبقى من التصحيح الذى انقسمت اليه التركة سدس ومن حيث انه لا يوجد مستحق له فيرد على الموجودات بنسبة سهامن وهى خمسة للشقيقة منها ثلاثة ولكل من الاختين واحد فقد أخذت الشقيقة ثلاثة أخماس التركة فرضا وردا وكل من الاختين الاخيرتين الخمس فرضا وردا أيضا . ولو كان له أخ شقيق وأخ لاب وأخ لام وجبت النفقة على الاخ الشقيق والاخ لام ولا شىء على الاخ لاب لانه لا يرث فى هـذا المثال اذ هو محجوب بالاخ الشقيق لان كلا منهما عاصب فيقدم الاقوى عند الاتحاد فى الجهة والدرجة وأما الاخ لام فليس بعاصب بل من أصحاب الفروض فلا يحجبه الاخ الشقيق وان كان أقوى منه ووجوب النفقة عليهما يكون بقدر استحقاقهما فى الميراث فعلى الاخ لام

السدس وعلى الشقيق الباقى — انظر مادة (٤١٨)

ومن حيث أن نفقة القريب واجبة فان قام بها من تلزمه نحو قريبه فبها ونعمت وان لم يقم ورفع المستحق لها أمره للقاضى طالبا منه فرض النفقة له أجابه الى طلبه وفرضها وألزم القريب باعطائه المفروض من ذلك التاريخ متى توفرت كل الشروط المتقدمة فان دفع القريب لقريبه المبلغ المقضى به فى مواعيده فالامر ظاهر أما اذا مضت مدة بعد الفرض لم يأخذ فيها شيئا من المقدر فاما أن تكون النفقة غير مستدانة أصلا واما أن تكون مستدانة وان كانت مستدانة فاما أن تكون الاستدانة بغير اذن القاضى أو باذنه وكل له حكم يخصه واليك البيان

فان لم تكن النفقة مستدانة أصلا أو كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلا يسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذى لم يطلبها فيه ان كانت المدة أقل من شهر فان كانت شهرا أو أكثر سقطت وكما تسقط بمضى الزمن تسقط بالموت وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة

(مادة ٤١٨) اذا استوت الاقارب فى المحرمية وأهلية الارث يترجح الوارث حقيقة ويلزم بالنفقة بقدر الارث ان كان موسراً فلو كان لذى الرحم المحرم المحتاج خال وعم موسران فنفقته على العم ولو كان له خال وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما اثلاثاً ولو كان له أخوات متفرقات فنفقته عليهن أخماساً ثلاثة أخماس على الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام ولو كان له أخوة متفرقة فالسدس على الاخ لام والباقى على الشقيق

المقضى عليه بنفسه وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام القريب المقضى عليه بالنفقة موجودا فللمقضى له أن يطالبه بها قصرت المدة أو طالت وكذا اذا مات لاتسقط أيضا بل يكون له الحق فى أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم على الارث ومثل نفقة ذوى الارحام فى الاحكام المتقدمة نفقة الوالدين لان نفقة الكل انما وجبت للحاجة فاذا اندفعت سقطت النفقة أنظر مادة (٤١٩)

(الباب الخامس)

(فى ولاية الاب)

لما كان الشارع حكيما يضع الاشياء فى محلها نظر الى الشخص وهو أعلم بمصالحه من حيث التصرف نظر خبير فقال ان الشخص سواء كان مذكرا أو مؤنثا اما ان يكون صغيرا واما أن يكون كبيرا والكبير اما أن يكون عاقلا أو غير عاقل والعاقل اما أن يكون رشيدا أى مصلحا فى ماله أو غير رشيد وجعل لكل حكما يخصه واليك البيان

فالشخص الكبير أى البالغ ان كان عاقلا رشيدا فلا ولاية لأحد

(مادة ٤١٩) النفقة المفروضة للابوين ولذوى الارحام تسقط بمضى شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة فعلا بأمر القاضى فلا تسقط وتكون دينا على من وجبت عليه تؤخذ من تركته بعد موته

عليه بل هو الذى يتولى أمور نفسه لان الشخص متى كان كامل الرأى كان نظره فى شئون نفسه أنفع من نظر غيره فيها وان كان غير رشيد فالامام الاعظم يوليه أمور نفسه ولا يرى الحجر عليه متى بلغ خمسا وعشرين سنة والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف فى ماله ويأتى لك هذا المبحث بما لامزيد عليه فى الحجر على السفيه

وان كان صغيرا أو كبيرا غير عاقل بأن كان مجنونا أو معتوها فاتفقوا على أنه محجور عليه ولا ولاية له بل الذى يتولى أموره غيره لانه عاجز عن النظر فيما ينفعه وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط وتارة تكون له الولاية على المال ليس الا وتارة تكون له الولاية عليهما وقد عرفت من له الولاية على النفس فى الباب الرابع فى الولاية على النكاح وأما الذى له الولاية على المال فقط فهو الوصى والذى تثبت له الولاية عليهما هو الاب والجد والقاضى وان كانوا ليسوا فى درجة واحدة

والغرض الآن بيان من له الولاية على المال سواء كانت له الولاية على النفس أو لم تكن وهم ستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وان بعد والجد ووصيه كذلك والقاضى ووصيه فالاب مقدم على الكل لان الشفقة واصالة الرأى الموجودين عنده لا يوجدان عند غيره ولكن الآباء ليسوا كلهم فى حكم واحد بالنسبة للتصرف فى أموال أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم لان الاب اما أن لا يعرف بسوء الاختيار بأن كان عدلا أو مستورا واما أن يعرف بذلك بأن كان فاسد الرأى سيئ التدبير فان كان الاول ثبتت له الولاية فى النفس وفى المال على أولاده الصغار والكبار غير المكافين سواء كانوا ذكورا

أو اناثا وسواء كانوا موجودين عنده بأن كانت مدة الحضانة قد انتهت أو كانوا موجودين عند الحاضنة أما كانت أو غيرها فله أن يزوجهم وان لم يرضوا لان الولاية هى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وله التصرف فى أموالهم بما يراه صالحا لهم . وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاب فاسد الرأى سيء التدبير فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٤٢٤) — انظر مادة (٤٢٠)

وتستمر هذه الولاية مادام الوصف الموجب لها وهو الصغر موجودا فان بلغ الولد سواء كان مذكرا أو مؤنثا فاما أن يبلغ غير عاقل بأن بلغ مجنونا أو معتوها واما أن يبلغ عاقلا فان كان الاول استمرت الولاية لان السبب وهو عدم الاهتداء الى التصرفات النافعة موجود فتبقى مابقى وان كان الثانى وكان رشيدا انقطعت الولاية وصار هو ولى أمر نفسه ولكن لو طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك عادت ولاية أبيه لوجود السبب وهو عدم اهتدائه الى النافع له — انظر مادة (٤٢١)

فالذى علم أن الاب متى لم يعرف بسوء الاختيار بأن كان متصفا بالعدالة وحسن السيرة أمينا على حفظ المال أو كان مستور الحال ثبتت له الولاية على أموال أولاده فله حينئذ أن يستثمرها بالتصرفات التى يراها

(مادة ٤٢٠) للاب ولو مستوراً الولاية على أولاده الصغار والكبار غير المكلفين ذكوراً واناثا فى النفس وفى المال ولو كان الصغار فى حضانة الام وأقاربها وله ولاية جبرهم على النكاح

(مادة ٤٢١) اذا بلغ الولد معتوها أو مجنونا تستمر ولاية أبيه عليه فى النفس وفى المال واذا بلغ عاقلا ثم عته أو جن عادت عليه ولاية أبيه

مؤدية الى ذلك سواء كان بنفسه أو بواسطة غيره بأن يدفع له مبلغا من مال ولده ليتجر فيه والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق فيكون المال من جهة أبى الولد والعمل من جهة الآخر وهذا العقد يسمى مضاربة وله أن يملك منافع أموال ولده لغيره فى مقابلة مبلغ يأخذه منه سواء كانت تلك الأموال منقولات أو عقارات وهذا العقد يسمى اجارة وكما أنه يملك اجارة الاموال يملك أيضا اجارة نفس الولد ان كان مذكرا أما الانثى فلا وعللوا ذلك بأن المستأجر يختلى بها وهو غير جائز فيؤخذ منه ان اجارتها لو كانت لامرأة تعلمها صنعة تنفعها فى المستقبل جاز له ذلك لحصول المنفعة والحال والاستقبال وبما أن الاب يملك هذه التصرفات بنفسه يملك أيضا ان يوكل غيره ليتولاها بالنيابة عنه اذ التوكيل هو اقامة غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه – أنظر مادة (٤٢٢)

وكما انه يجوز للاب اجارة مال ولده يجوز له أيضا بيعه سواء كان المال عقارا أو منقولا ولكن عند ما يبيع مال ولده فاما أن يكون البيع لنفسه أو لغيره فان كان الاول فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٤٢٦)

وان كان الثانى فاما أن يبيعه بمثل قيمته او بأقل فان كان الاول صح العقد وان كان الثانى فاما أن يكون الغبن يسيرا أو فاحشا فان كان يسيرا صح

(مادة ٤٢٢) اذا كان الاب عدلا محمود السيرة أو مستور الحال أمينا على حفظ المال فله التصرف والتجارة بالمعروف فى مال الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما وله أن يدفعه للغير مضاربة وان يوكل غيره بذلك وله الاجارة فى النفس للذكر وفى المنقولات والاراضى والدواب وسائر الاموال

العقد أيضا لانه لايستغنى عنه فى المعاملات ففى اعتباره سد باب التصرفات ومتى كان العقد صحيحا فليس للولد نقضه بعد البلوغ لانه صدر عن ولاية تامة ولا موجب لنقضه وان كان الغبن فاحشا كان العقد باطلا لان ولاية الاب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش ولو فرض ان الولد أجاز هذا العقد بعد بلوغه تكون الاجازة لاغية لان الاجازة انما تلحق العقد الصحيح الموقوف لا الباطل . والغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش بخلافه وبعضهم يقدر الغبن الفاحش بنقص خمس الثمن عند البيع وزيادته عند الشراء

وجميع الاحكام المتقدمة بالنسبة للبيع تقال فى الاجارة فلا تصح اجارة الاب أموال ولده الا اذا كانت الاجارة بأجر المثل أو بغبن يسير

وعند ما يؤجر الاب ولده أو ماله لزمن معلوم ان استمر الولد صغيرا حتى انقضت مدة الاجارة فلا كلام من جهة فسخ الاجارة وعدمه وأما اذا بلغ فى أثناء المدة فان كانت الاجارة على الاموال فليس له نقضها بل يستمر عقد الاجارة حتى تنتهى المدة التى اتفق عليها الاب والمستأجر وان كانت الاجارة على نفس الولد فهو مخير ان شاء ابقاها الى انتهاء المدة وان شاء فسخها والفرق بينهما انه ليست هناك فائدة فى فسخ اجارة المال لان الظاهر ان اجرة المثل تبقى ما بقيت المدة بدون زيادة والمستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة مادامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية بخلاف ما اذا كانت الاجارة على نفس الولد فان الظاهر ان الاجرة تزيد لانه صار بعد بلوغه اقوى منه قبله وأيضا قد يرى الولد بعد ما صار ذا رأى معول عليه شرعا ان اشتغاله بغير ما هو

مؤجر له يكسبه أكثر من الاجرة التى اتفق عليها أبوه مع المستأجر لان الشخص ينظر فى شؤون نفسه أكثر من غيره هذا ماظهر فان وجدت غيره فأيده لان الغرض المحافظة على الاحكام وأما الاسباب فلا مانع من تعددها ومثل البيع الشراء فكما أن للأب بيع مال ولده كذلك يملك أن يشترى له مايلزم ولكن لو كان الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير نفذ العقد على الولد فلا يملك نقضه ولو بعد البلوغ لصدوره عن ولاية تامة فلا ينقض أما اذا كان بغبن فاحش فانه ينفذ على الاب ولا يكون العقد باطلا بخلاف البيع فانه يقع باطلا كما عرفته والفرق بين البيع والشراء ان فى البيع تمليك مال الولد وهو المبيع للغير فاذا كان فيه ضرر عليه يقع باطلا لانه لانظر له فيه فلا يصح التمليك وأما الشراء ففيه تملك مال الغير لولده بواسطة عقده فان كان فى هذا العقد نظر له نفذ عليه وان لم يكن نفذ على العاقد لان الشخص له أن يتملك مال الغير ولو كان مايبذله فى مقابلته أكثر من قيمته وليس له أن يُمَلِّك مال من له الولاية عليه لغيره بأقل من قيمته اذا كان الغبن فاحشا فقد وجد الشراء نفاذا على العاقد فينفذ عليه — انظر مادة (٤٢٣) فهذه هى أحكام تصرفات الاب الذى لم يعرف بسوء الاختيار أما اذا

(مادة ٤٢٣) اذا باع الاب المذكور فى المادة السابقة من أموال ولده عرضا أو عقارا او اشترى له شيأ أو آجر شيئاً من ماله بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد وليس للولد نقضه بعد الادراك وان باع أو آجر شيأ بفاحش الغبن يبطل العقد ولا يتوقف على الاجازة بعد البلوغ وان اشترى لولده شيأ بفاحش الغبن ينفذ العقد على نفسه لا على ولده واذا أدرك الولد قبل انقضاء مدة الاجارة الصحيحة فان كانت على النفس فله الخيار ان شاء نقضها وان شاء امضاها وان كانت على المال فليس له نقضها

عرف الاب بذلك بأن كان فاسد الرأى سيء التدبير وباع مال ولده فلا يصح هذا البيع الا بالخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما ان يكون عقارا أو منقولا فان كان الاول فلا يصح البيع الا اذا كان بضعف القيمة فان باعه بأقل من الضعف لم يجز هـذا البيع وحينئذ فان رفعت المسألة للقاضي قبل بلوغ الولد نقضه لما له من الولاية العامة أما اذا لم ترفع الى القاضى حتى بلغ الولد فللولد نقضه . وان كان الثانى وهو ما اذا كان المبيع منقولا فلا يصح الا اذا كان بزيادة الثلث بأن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع الظاهر للولد من غير تقييد بالضعف ولا بزيادة الثلث فى المنقول وهو ظاهر وانما اختلف الحكم باختلاف حالة الاب لان الاب اذا كان معروفا بحسن التدبير واصالة الرأى فهو لا يقدم على عمل الا اذا نظر فى عاقبته ليرى ما يترتب عليه فاذا أراد بيع شيء من أموال ولده مثلا يكون ناظرا لفائدة تعود على الولد من الثمن الذى يأخذه فى مقابلته بأن يشترى له شيئا يعود عليه بنفع أكثر من النفع المترتب على بقاء المبيع فحينئذ يجوز له البيع بمثل القيمة وبالغبن اليسير أما اذا كان معروفا بسوء الاختيار فلا يمكنه أن ينظر النظر المتقدم فلا يصح بيعه الا اذا كانت الفائدة موجودة فى نفس العقد اذ الموضوع أنه لا يمكنه النظر فى العاقبة — انظر مادة (٤٢٤)

فالذى علم أن الاب متى كان متصفا بفساد الرأى وسوء التدبير وضعت

(مادة ٤٢٤) اذا كان الاب فاسد الرأى سيء التدبير فلا يجوز له بيع عقار ولده الصغير والكبير الملحق به الا اذا كان خيرا له والخيرية ان يبيعه بضعف قيمته فان باعه بأقل من ضعفها لم يجز بيعه فللولد نقض البيع بعد البلوغ

تصرفاته تحت قانون يضمن للولد النفع من نفس هذه التصرفات

أما اذا كان الاب مبذرا متلفا مال ولده غير أمين على حفظه فليس له أن يتصرف فيه أصلا بل ينزع القاضى المال من تحت يده ويسلمه الى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغير بالنفع — انظر مادة (٤٢٥)

فقد علم أن الاب ان كان عدلا أو مستور الحال جاز له بيع أموال ولده الصغير أو الكبير الملحق به وشراء مايراه موافقا له سواء كان البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير أما لو كان الاب فاسد الرأى سيء التدبير فلا يجوز له كل من البيع والشراء الا بالخيرية ولا يشترط فى صحة كل من البيع والشراء أن يشترى الاب من غيره أو يبيع لغيره بل لو اشترى مال ولده لنفسه أو باع ماله لولده صح هذا العقد لانهم وان اشترطوا فى العاقد التعدد الا أنهم استثنوا من هذا الشرط مسائل منها الاب ومنها الوصى المختار فان لكل منهما أن يبيع ماله لليتيم وأن يشترى مال اليتيم لنفسه على التفصيل الذى يأتى لك فى تصرفات هذا الوصى ومنها القاضى فان له أن يتولى طرفى العقد بالنسبة ليتيمين له الولاية على أموالهما

ولكن فى صورة شراء الاب مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى يرفع الامر الى القاضى فينصب وصيا ليسلمه الاب الثمن ثم يستلمه منه ليكون من ضمن أموال ولده التى له عليها ولاية الحفظ والتصرف وانما احتجنا الى اقامة الوصى بالصورة المتقدمة لئلا يلزم عليه أن الاب يصير قاضيا ومقتضيا فى آن

(مادة ٤٢٥) اذا كان الاب مبذرا متلفا مال ولده غير أمين على حفظه فللقاضي أن ينصب وصيا وينزع المال من يد أبيه ويسلمه الى الوصى ليحفظه

واحد ولدفع التهمة عن الاب

ويتم هذا العقد بمجرد قول الاب بعت هذا لولدى أو اشتريت ذلك الشيء من ولدى لان عبارته المذكورة تقوم مقام الايجاب والقبول وفى صورة ما اذا باع الاب ماله لولده لايصير قابضا له بمجرد العقد بل لابد من التمكن من قبضه ويتفرع على ذلك أنه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الاب لاعلى ولده فاذا فرض أن الاب فى مصر وله مال بطندتا مثلا وباعه لابنه ثم هلك بطندتا قبل أن يحضره لاستلامه بالنيابة عن ولده فان هلاكه والحالة هذه يكون على الاب فلو أحضره الى مصر أو ذهب الاب الى طندتا واستلمه كان حكمه كحكم باقى أموال ولده

ويظهر أن الحكمة فيما ذكر منفعة الصغير بتقليل الاخطار التى تطرأ على ماله بقدر الامكان — انظر مادة (٤٢٦)

وعند مايشترى الاب شيئا من مال ولده لنفسه أو يبيع من ماله شيئا لولده ان دفع الاب ثمن مااشتراه من ولده فى الحالة الاولى أو أخذ من مال ولده ثمن ماباعه له فالامر ظاهر واما اذا لم يحصل ذلك بل أراد الاب أن يرهن شيئا من ماله عند ولده بالثمن الذى عليه أو أراد أن يرتهن يعنى يأخذ

(مادة ٤٢٦) للاب شراء مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده فان اشترى مال ولده فلا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى لولده وصيا يأخذ الثمن من أبيه ثم يرده عليه ليحفظه للصغير وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع حتى لو هلك المبيع قبل التمكن من قبضه حقيقة يهلك على الاب لا على الولد

شيئا من مال ولده رهنا عنده بثمن ماباعه لولده وفعل صح ذلك الرهن والارتهان وان كان الراهن والمرتهن فى الصورتين واحدا اذ هو الاب فهو مستثنى من قولهم إن الواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن أى لايكون راهنا ومرتهنا بخلاف الوصى فانه مبقى على الاصل المذكور

واذا كان هذا العقد جائزا فمن باب أولى يجوز اذا رهن مال ولده عند أجنبي بدين على الولد كما اذا استهلك ولده مالا لغيره وليس عنده نقود يدفع للمالك البدل منها فانه فى هذه الحالة يجوز للاب أن يعطى الدائن شيئا من أموال ولده ليكون رهنا عنده حتى يأخذ بدل ما استهلكه ولده وانما جاز هذا العقد بطريق الاولوية لان العاقد تعدد وهو الاب والدائن بخلاف الاول وكما يجوز للاب أن يرهن مال ولده بدين على الولد يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو لان الأب يملك ايداعه عند غيره والرهن أنظر منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضمونا عليه بخلاف الوديعة فانها تهلك هلاك الامانة — ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجودا عند المرتهن أمر الاب بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن من غير تعد هلك باقل الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا ان الأب رهن شيئا من أموال ولده قيمته خمسون جنيها وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الاب ويلزمه دفع هذا المبلغ الى ولده لانه صار قاضيا دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين أكثر من خمسين جنيها سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها أقل من الدين ويضمنها الى ولده ويدفع الزائد الى الدائن وان

كان الدين أربعين جنيهافقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين أقل من القيمة فى هذه الحالة

ولايلزم الدائن دفع الزائدعن الدين الى الراهن لان الزائد أمانةوهى لاتضمن الا بالتعدى والموضوع أنه هلك من غير تعديه فلا يضمنه ويلزم الاب أن يعطى لولده قدر الدين لاالزيادة

هذا اذا هلك الرهن من غير تعد من المرتهن فلو كان بتعديه ضمن قيمته بالغة مابلغت.ويأتي لك زيادة ايضاح لشرح هذه المادة فى شرح مادة (٤٦١) فانظره فانه نفيس — أنظر مادة (٤٢٧)

وبما أن تصرفات الاب فى مال ولده منوطة بالمصلحة فاذا حضر اليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئا من مال ولده على سبيل القرض الشرعى بان يكون هذا الشيء من المثليات يستهلكه فى حاجياته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له اعطاؤه شيئا منه لان فيه تعطيلا للاموال بدون استثمار والاب مأمور بتنمية أموال ولده بقدر الامكان وكما أنه لايجوز اقراضه لغيره فكذلك لايجوز لهأن يقترضه لنفسه لما ذكر والوصى كالاب

وأما القاضى فيجوزله اقراضه لانه قادر على تخليص مثله فى أى وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقا بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئا يشتريه لليتيم بهذاالمال ويستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة

(مادة ٤٢٧) يجوز للاب أن يرهن ماله من ولده وان يرتهن مال ولده من نفسه وله أن يرهن مال ولده بدينه أو بدين نفسه واذا رهنه بدين نفسه فهلك فان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ضمن الاب قدر الدين دون الزيادة

أى يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذا لم يمكن استثمار المال بأى طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضمونا عليه ويرده فى الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضى أخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملكه

واذا لم يجز للاب اقراض مال ولده فمن باب أولى لا تجوز له هبة شئ منه لان الاول عقد معاوضة انتهاء بخلاف الهبة فانها عقد تبرع وهذا ظاهر اذا كانت الهبة بغير عوض أما اذا كانت بعوض تساوى قيمته الشئ الموهوب أو أقل منها بيسير جاز ذلك لان الهبة فى هذه الحالة عقد معاوضة كما هو ظاهر فتجوز على رأى

ولما كانت الوديعة والعارية ليستا كالقرض والهبة أجازوهما للاب لان الوديعة هى تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها والعارية هى تمليك المنفعة بغير عوض ولكن يشترط فى جوازهما أن لا يخشى ضياع المال ولا إتلافه عند المودع والمستعير ويظهر ان محل جواز اعارة الاب مال ولده اذا لم يجد من يُمَلِّكه منفعة الشئ فى مقابلة اجرة فان وجد فليس له اعارته كما قالوا فى اقراض القاضى مال اليتيم — أنظر مادة (٤٢٨)

وكما انه يجوز للاب ان يبيع ويرهن ويؤجر مال ولده يجوز له ان يقبل نقل دينه من ذمة المدين الى ذمة غيره ويكون ذلك بعقد الحوالة اذ الحوالة هى نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى

(مادة ٤٢٨) لا يملك الاب اقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه ولا هبة شىء منه ولو بعوض وله اعارته حيث لم يخش الضياع ولا التلف

فالشخص المدين يقال له محيل والدائن محال ومن التزم بدفع الدين محال عليه والدين محال به فاذا كان للولد دين على شخص وأحال هذا المدين أبا الولد على شخص آخر ليأخذه منه وقبل الاب صحت هذه الحوالة وبرئت ذمة المحيل من الدين براءة مقيدة بسلامة هذا الدين ولكن على التفصيل الذي سيلقى عليك وبيانه

ان الدين الذي يكون للولد اما أن لا يباشر أبوه عقده بنفسه أو يباشره فان كان الاول كما اذا باعت أم الولد شيئا من أموالها لشخص بمائة جنيه مثلا ولم تقبض الثمن حتى توفيت وورث ولدها هذا الدين صحت حوالة الاب متى كان المحال عليه أغنى من المحيل لانه في فائدة الولد فلو كان أقل منه في الثروة أو مثله فلا تصح فيطالب المحيل بهذا الدين وليس له أن يحتج بهذا العقد لانه غير صحيح وهذا ظاهر فيما اذا كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل لانه ان صح ذلك فربما يعود على الولد بالضرر مع ان تصرفات الاب في أموال ولده منوطة بالمصلحة . وأما اذا كان المحال عليه مثل المحيل في الثروة فقالوا ان العقد غير صحيح لعدم الفائدة وهذا المقام قابل للبحث اذ ربما يقال إن المحال عليه وان كان مثل المحيل في الثروة أو دونه الا انه قد لا يماطل في دفع الحق فتأمل . وان كان الثاني وهو ما اذا كان الاب باشر عقد هذا الدين كما اذا باع شيئا من أموال ولده لشخص ولم يقبض منه ثمنه فأحاله على غيره فان هذه الحوالة تصح اذا قبل الاب ولو كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل لانه لو باع هذا الشيء للمحال عليه من أول الامر لجاز ذلك ويظهر ان صحة الحوالة في هذه الحالة مقيدة بما اذا كان المحال عليه قادرا على دفع الدين والا كان

معرضا الاموال الى الضياع وهو لايجوز وكل ماتقدم من أحكام هذا العقد بالنسبة الى الاب يقال بالنسبة الى الوصى — انظر مادة(٤٢٩)

ومتى كان للولد مال فلا يلزم أبوه بشىء من لوازمه بل كل ذلك يكون من ماله أمّا اذا لم يكن له مال فجميع لوازمه على الاب فاذا اشترى له شيئا فى هذه الحالة ودفع الثمن من ماله وبعد ذلك صار الولد ذا مال فأراد أبوه أن يأخذ منه ثمن ما اشتراه له ففى المقام تفصيل لان الشىء الذى اشتراه له اما أن يكون واجبا عليه كالطعام والكسوة وأجرة التعليم واما أن يكون غير واجب كعشرة أفدنة مثلا فان كان الاول فلا رجوع له ولو أشهد أنه اشتراه ليرجع بثمنه اذا أيسر ولده لانه قضى شيئا واجبا عليه فلا يستحق أخذ بدله كالمدين اذا دفع ماعليه

وان كان الثانى فلا يثبت له هذا الحق الا اذا قصد الرجوع وأشهد عليه لان الغالب من شفقة الوالد تمليك أولاده شيئا للبر والصلة لا للرجوع فلو انتفى هذا بالاشهاد ثبت له الحق والوصى فى ذلك كالاب على رأى بعضهم وقد أتينا بجميع الآراء فى هذا الموضوع ذاكرين المعول عليه فى شرح مادة (٤٦٧) فراجعه — انظر مادة (٤٣٠)

(مادة ٤٢٩) اذا كان للصبى دين لم يباشر أبوه عقده بنفسه فليس له أن يحتال به الا اذا كان المحال عليه أملأ من المحيل لا دونه ولا مثله فان كان أبو الصغير هو الذى باشر عقد الدين بنفسه جاز له أن يقبل الحوالة على من هو مثل المحيل أو دونه فى الملاءة والوصى فى ذلك كالاب

(مادة ٤٣٠) اذا اشترى الاب لولده الصغير الفقير شيئا مما هو واجب عليه فليس له الرجوع وان اشترى له شيئا مما لا يجب عليه وقصد بذلك الرجوع رجع ان أشهد

والاب مادام موجودا فأموال ولده تحت تصرفه اذا لم يكن هناك موجب لنزعها منه وتسليمها لغيره أما اذا مات فتسلم الى من يليه فى الولاية على المال وهو وصيه ان أقام وصيا والا فالجد الصحيح ان كان موجودا فان لم يكن فوصيه فان لم يكن فالقاضى ووصيه . ثم الاب اما أن يبين أموال ولده قبل وفاته او يموت مجهلا لها فان كان الاول بأن بين كل مايستحقه ولده عنده من نقود وغيرها فاما أن توجد كل الاشياء اولا فان وجدت استلمها ولى الصغير بعينها ليسلمها الى الصغير بعد بلوغ رشده وان لم توجد أخذ بدلها من تركته قبل القسمة على الورثة . وان كان الثانى وهو ماذا جهلها فالاشياء التى توجد وهى معروفة أنها للصغير يستحقها والتى لم توجد لا تكون مضمونة فى تركة الاب

ولينظر هذا مع قولهم إنّ الاب أمين بالنسبة لمال ولده والأمين يضمن بموته مجهلا الامانة كما اذا أودع شخص عند غيره شيئا ومات المودع عنده غير مبين الوديعة ولم توجد فى تركته أو استأجر شخص من آخر شيئا أو استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجر والمستعار ولم يوجدا فى أمواله فان هذه الاشياء تكون مضمونة فى تركة المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الدين مقدم على استحقاق الورثة اللهم الا أن يجاب بأن الاب وان اشترك مع من ذكروا فى أن كلا أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو أن الاب له ولاية التصرف فى أموال الصغير بخلاف من ذكروا فيحمل على أنه تصرف فى الاشياء التى لم توجد وضاع الثمن أو اتجر وخسر فى التجارة مثلا . ولم أر

من قال بضمانه فى هذه الحالة — انظر مادة (٤٣١)

وبما أن أموال الاولاد تحت يد الاب فهو الذى يتصرف فيها بما يراه صالحا لهم الى أن يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الاموال لأن المانع قد زال ولكن لما كانت الاموال المملوكة لهم لاتبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ماهى الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة لانه قائم مقامهم وكل شىء يدعيه الاب حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه لان الاموال ملكهم فلهم أن يقروا على مايدعيه وان نازعوه فيمايدعيه بأن قال صرفت عليهم فى مدة صغرهم خمسمائة جنيه مثلا وعارضوه فى ذلك فان كان الظاهر لايكذبه بأن كانت المدة تحتمل صرف هذا المبلغ صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعى صرفه يزيد عن لوازمهم فى تلك المدة فان ادعى سببا مقبولا كأن قال اشتريت لهم طعاما فسرق أو كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ماذكر صدق أيضا ان لم يدع تكرار ذلك مرارا . أما اذا لم يبين سببا فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقى ومثل هذا لو ادعى ضياعه فانه يصدق بيمينه ويظهر أن هذا لابد أن يكون بعد تحرى القاضى — انظر مادة (٤٣٢)

(مادة ٤٣١) اذا مات الاب مجهلا مال ولده فلا يضمن منه شيئا وان مات غير مجهل ماله وكان المال موجوداً فله بعد رشده أولوليه أخذه بعينه وان لم يكن موجوداً أخذ بدله من تركته

(مادة ٤٣٢) اذا بلغ الولد وطلب ماله من أبيه فادعى أبوه ضياعه أو انفاقه عليه نفقة المثل فى مدة صغره والمدة تحتمله يصدق الاب بيمينه

وكما أن الاب يملك بيع مال ولده الصغير والكبير الملحق به لانمائه سواء كان عقارا أو منقولا يجوز له بيعه متى كان هناك احتياج للنفقة سواء كان المحتاج هو الاب أو أم الصغير أو زوجة الاب أو الصغير أو أطفال الاب لما له من الولاية ويظر أن الجد متى ثبتت له الولاية ملك ماملكه الاب ولكن لايبيع كل منهما منه الا بمقدار النفقة ويتجدد هذا الحق كلما تجدد الاحتياج وأما غيرهما من الاقارب كالام والاخ والعم فليس لهم ذلك لانه لاولاية لهم على المال وهذا اذا كان الابن صغيرا أو كبيرا ملحقا به كما سبق فان كان كبيرا عاقلا فاما أن يكون حاضرا أو غائبا فان كان الاول فلا يملكان بيع ماله لان ولاية التصرف له فهو الذى يبيع وينفق عليهم وان كان الثانى قال الامام الاعظم يملك الاب بيع العروض للنفقة لا العقار وقال الصاحبان لايملك بيع شيء من ماله لان ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا كالوصى وليس فى بيعه فى هذه الحالة تحصين ولهذا لايملكه حال حضرته ولا يملك بيعه فى دين له عليه سوى النفقة فصار كالام وغيرها من مستحقى النفقة واستدل أبو حنيفة بأن للاب ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب كالوصى بل أولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لايكون له الولاية وغيره يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانه ليس لهم ولاية الحفظ فى ماله وبخلاف حال حضرته لان ولاية الحفظ له لا للأب لقدرته عليه . واتفق الكل على أن الاب لو كان له دين سوى النفقة على ولده الغائب لم يجز له

بيع ماله ليستو فى هذا الدين من ثمنه لان دين النفقة ليس كباقى الديون اذ يترتب على عدمها الهلاك ولذا نصوا على أنه لايحبس والد وان علا فى دين عليه لفرعه الا اذا كان دين نفقة — انظر مادة (٤٣٣)

والولاية تنقسم الى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال أما الاولى فتثبت أولا للبنوة ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة فان وجد شخصان من جهة واحدة كالاب والجد الصحيح قدم الاقرب فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قدم الاقوى وهو الشقيق فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة والقوة كابنين أو أخوين شقيقين ثبتت الولاية لكل منهما وقد تقدم هذا المقام بما لامزيد عليه فى شرح مادة (٣٥) وما بعدها فراجعه .

وأما الثانية فهى المقصودة هنا وهى تثبت لستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وان بعد والجد الصحيح ووصيه وان بعد أيضا والقاضى ووصيه فمتى كان الاب موجودا وكان أهلا للولاية فهو أحق بالولاية على أموال ولده لوفور شفقته واصالة رأيه . فاذا مات الاب وأقام وصيا مستوفيا للشروط سواء كان قريبا للأب أو غير قريب له فهو الذى يتصرف ولايزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جدا للاولاد فاذا لم يوص الاب الى أحد وكان له أب

(مادة ٤٣٣) يملك الاب لا الام ولا غيرها من سائر الاقارب ولا القاضى بيع عروض ابنه الكبير الغائب لا عقاره وله بيع عروض وعقار ابنه الصغير الغائب وغير المكلف لنفقته ونفقة أمه وزوجته وأطفاله وليس للاب أن يبيع مال ولده الغائب صغيراً كان أو كبيرا فى دين له عليه سوى النفقة ولا يبيع اكثر من مقدار النفقة

يمكنه أن يقوم بشؤون التركة فالولاية له فان لم يكن له أب انتقلت الولاية الى القاضى فأن شاء تصرف بنفسه وان شاء أقام وصيا وهذا هو الجارى لان القاضى لا يمكنه أن يتولى ادارة جميع أموال الايتام وقال الامام الشافعى الجد أحق من وصى الاب لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه ولهذا أحرز ميراثه فيقدم على وصيه ولنا أن ولاية الاب تنتقل الى وصيه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه ولان اختيار الاب الوصى مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لاولاده من تصرف الجد — انظر مادة (٤٣٤)

(مادة ٤٣٤) اذا مات الاب فالولاية من بعده على نفس أولاده للجد وعند فقده للاولياء المذكورين فى مادة (٣٥) والولاية فى مالهم من بعده للوصى الذى اختاره وان لم يكن قريباً له ثم الى وصى وصيه فان مات الاب ولم يوص فالولاية فى مال الصغار والكبار والملحقين بهم الى الجد الصحيح ثم لوصيه ثم لوصى وصيه فان لم يكن الجد ولا وصيه فالولاية للقاضى العام

﴿ الكتاب الخامس ﴾

(فى الوصى والحجر والهبة والوصية)

(الباب الاول فى الوصى وتصرفاته)

(الفصل الاول)

فى اقامة الوصى

اعلم ان الشخص اذا أقام غيره مقامه ليتصرف فى شؤون تركته وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موصى اليه واذا ملك شخصا شيئا من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له وهذا اصطلاح للفقهاء وان ملك التصرف لشخص حال حياته سمى وكيلا ولا كلام لنا فى اقامة الوكيل ولا تصرفاته بل موضوعنا خاص بالوصى

فالوصى على العموم هو الشخص الذى أقامه غيره مقامه ليتصرف فى تركته بعد وفاته أو أقامه القاضى اذا كانت هناك داعية اليه فيؤخذ من هذا التعريف أن الوصى ينقسم الى قسمين الاول من أقامه الشخص حال حياته الثانى من أقامه القاضى فالاول يسمى وصيا مختارا والثانى يسمى وصى القاضى

﴿ الوصى المختار ﴾

اذا أقام شخص وصيا فهذا الشخص المقام لايخلو حاله من أحد أمور ثلاثة اما أن يقبل فى حياة الموصى واما أن يرد واما أن يسكت فان كان الاول وعلم الموصى بقبوله واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى لزمته

هذه الوصاية فليس له أن يخرج نفسه منها بعد موت الموصى الا اذا كان هناك شرط يجوز ذلك كما اذا اقامه وصيا على أن يخرج نفسه منها متى شاء أو قبل هو بهذا الشرط ورضى به الموصى

والسبب فى ذلك أنه اذا قبل فى حياة الموصى واستمر على هذا القبول الى موته فقد فارق الموصى الحياة الدنيا وهو معتمد عليه فليس له أن يخرج نفسه بعد موته للتغرير به ربورثته ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك فلا يكون التغرير حاصلا لعلم الموصى بأن اخراجه نفسه فى أى وقت أراد جائز بمقتضى الشرط فكان يمكنه اقامة غيره اقامة خالية عن هذا الشرط. ولما ذكر لو قبل الموصى له الوصية فى حياة الموصى ثم ردها بعد موته يصح رده لانتفاء التغرير اذ أن النفع بالوصية عائد اليه بخلاف مامعنا فان النفع عائد لغيره — انظر مادة (٤٣٥) وتأمل

وان كان الثانى وهو ما اذا ردّ الوصى الوصاية فى حياة الموصى فاما أن يكون هذا الرد بغير علم الموصى أو بعلمه فان كان الرد بغير علم الموصى بعد ماقبل بعلمه فلايصح بل يكون الموصى اليه ملزما بتأدية وظيفته بعد موت الموصى للتغرير من جهة الوصى اذ كان يلزمه والحالة هذه أن يخبر الموصى بأنه رجع عن قبول الوصاية فيختار من يثق به من الاصدقاء الامناء فيعينه وصيا (انظر وتأمل)

وان كان الرد بعلم الموصى صح فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصى لانتفاء

(مادة ٤٣٥) من أوصى اليه فقبل الوصاية فى حياة الموصى لزمته وليس له الخروج عنها بعد موت الموصى ما لم يكن جعله وصياً على أن يخرج نفسه منها متى شاء

التغرير اذ يمكنه والحالة هذه أن يوصى الى غيره وليس للموصى فى هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصى لانه بالرد لم يبق للايجاب أثر فلا يصح ترتب القبول على شيء غير موجود — أنظر مادتى (٤٣٦و٤٣٧)

وان كان الثالث وهو ما اذا سكت الموصى اليه بان لم يصرح بالقبول ولا عدمه يكون مخيرا بعد موت الموصى بين أمرين الاول ان يقبل الوصاية وحينئذ تجرى عليه أحكامها الثانى أن يردها وحينئذ لا يلزم بشيء لان التغرير والحالة هذه يكون منتفيا اذ كان فى امكان الموصى قبل وفاته أن يتثبت من الموصى اليه بأخذ رأيه فى القبول أو عدمه

فاذا لم يفعل واعتمد على أن يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره فقد قصر فى أمره فصار مغترا من جهته لا مغرورا من جهة الوصى فان قبل الوصى بعد مارد فى هذه الحالة صح هذا القبول ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت فاذا انضم اخراج القاضى له لعدم قبوله بطل الايصاء فلا يصح القبول وهذا هو المعول عليه — أنظر مادة (٤٣٨)

واقامة الوصى لا تتقيد بلفظ مخصوص بل يصح هذا التفويض بكل

(مادة ٤٣٦) من أوصى اليه فرد الوصاية فى حياة الموصى فان ردها بعلمه صح الرد وان ردها بغير علمه لا يصح

(مادة ٤٣٧) من أوصى اليه فلم يقبل الوصاية فى حياة الموصى بل ردها بعلمه ثم قبل بعد موته لا يصح قبوله

(مادة ٤٣٨) من أوصى اليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصى فله الخيار ان شاء رد الوصاية وان شاء قبلها

لفظ يدل على أن الشخص فوّض لغيره النظر فى شؤون تركته وأولاده بعد وفاته كأنت وكيلى بعد موتى . أنت وصيي . أسلمت اليك الاولاد بعد موتى . تعهد أولادى بعد وفاتى: قم بلوازمهم بعد موتى وهكذا من الالفاظ التى تفيد هذا التفويض وكما أنه لايشترط فى الايجاب لفظ مخصوص كذلك لايشترط فى القبول لفظ مخصوص بل الشرط ان يأتى الموصى اليه بلفظ يدل على قبوله مافوض اليه لان العبرة بالمعانى لا بالالفاظ بل اللفظ غير شرط اذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة — فاذا أقام شخص غيره مقامه وسكت هذا المقام حتى مات المقيم فباع شيئا من تركته أو اشترى للورثة شيئا من لوازمهم أو قضى دينا على الميت من تركته أو أخذ دينا كان للميت عند غيره كان هذا التصرف رضا بالوصاية فيعتبر وصيا بأحد هذه التصرفات أو غيرها مما يدل على رضاه بها وقد نص الفقهاء على أن الوصاية تلزم الوصى بتصرفه فى التركة وان لم يعلم بالايصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لان التوكيل انابة فى حال قيام ولاية الموكل وهذا لايصح من غير علم أما الايصاء فبخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كالوراثة كذا قالوا فتأمل

فقد ظهر لك مما تقدم أن الموصى اليه مخير فى أول الامر بين القبول والرد لانه متبرع فى الاعمال التى يتولاها ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله اذ الموصى ليس له ولاية الزامه ليتصرف ولا الزام بلا التزام — أنظر مادة (٤٣٩)

(مادة ٤٣٩) قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة فاذا تصرف الموصي اليه ببيع

واقامة الوصى اما أن تكون غير مقيدة بشيء مخصوص أو مقيدة فأن كان الاول كما اذا قال له أقمتك وصيا فى جميع شئون التركة أو أقمتك وصيا أو أنت وصيي فلا خلاف فى أنه يتصرف فى جميع أموال التركة بما يخوله حق الايصاء له .

وان كان الثانى بأن أقامه وصيا ليتصرف فى مال مخصوص أو يتولى إجارة الاموال أو الزراعة أو التجارة له فاما أن يكون المقيم هو القاضى أو الاب فان كان الاول فلا خلاف فى أنه يتخصص بما خصص به فاذا أقام القاضى وصيا ليقضى دين الميت أو يقتضيه أى يأخذ دين الميت الذى على الغير أو جعله وصيا فى ماله بمصر مثلا تخصص هذا المأمور بما أمر به فليس له ان يتعداه الى غيره وان كان الثانى وهو الوصى المختار فقال أبو حنيفة لايتخصص بل يكون وصيا عاما فاذا قيده بشيء مما ذكر فلا يتقيد وقال أبو يوسف يتخصص الوصى المختار كوصى القاضى

وقالوا فى الفرق بينهما على قول أبى حنيفة إن تنصيب القاضى من ولاّه قضاء والقضاء قابل للتخصيص ووصى الاب لايقبله لقيامه مقامه أو لان وصى القاضى كالوكيل فيتخصص بخلاف وصى الاب

وبالتأمل نجد أن فى النفس شيئا من هذا الفرق بل الظاهر التسوية بينهما كما قال أبو يوسف اذ مبنى هذا الفرق على مايظهر من قولهم لقيامه

شيء من تركة الموصى أو بشراء شيء يصلح للورثة أو بقضاء دين أو اقتضائه كان تصرفه قبولا للوصاية وصحيحا

مقامه ان وصى القاضى لو تصرف فيما أمر به يتصرف القاضى فى الباقى أو يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصى الميت فان الموصى غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص اليه بالتصرف فيه لان الموصى رضيه متصرفا فى بعض الامور ولم يرض بتصرف غيره فى شىء أصلا فيكون من رضى بتصرفه فى البعض أولى من غيره ولكن لم لا يقال إنّ القاضى يتصرف فى الباقى أو يأمر غيره بالتصرف فيه اذ الموصى قد يكون له غرض صحيح مُسَلَّم لايقبل النقض لان الناس يختلفون فى التصرفات اذ بعضهم قد تكون له دارية بمعرفة شىء ولا يدرى فى غيره كالتاجر والمزارع فيكون الموصى قد أقام هذا فيما يصلح له وأراد اختيار غيره للشىء الآخر فأدركته منيته قبل الاختيار هذا اذا كان المقام وصيا واحدا فان أقام وصيين كل منهما فى شىء مخصص يكون قد أقام كلا فيما يعرفه فاذا أطلقنا الموصى اليه بشىء مخصص التصرف فى جميع شؤون التركة فات غرض الموصى وربما يجاب عما ورد على التعليل الذى قالوه للفرق عند الامام الاعظم بأنه اذا أقام وصيين كل منهما فى شىء مخصوص فليس لأحدهما أن يتصرف الا بملاحظة الآخر وأخذ رأيه كما هو رأى الامام وحينئذ لا يفوت غرض الموصى ولكن هذا لا يصلح جوابا فيما لو أقام وصيا واحدا فى شىء مخصوص ولذا كان الظاهر قول أبى يوسف وان كان بعض الكتب يقول الفتوى على قول الامام — أنظر مادة (٤٤٠)

(مادة ٤٤٠) وصى الميت لا يقبل التخصيص فاذا أوصى اليه فى نوع خاص صار وصيا عاما وكذلك لو أوصى الى أحد بقضاء دينه والى آخر باقتضائه فهما وصيان عاما فى كل ماله

ولما كان للشخص أن يتصرف فى ماله حال حياته كان له أن يعطى هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن أراد مادامت الشروط متوفرة فيه فلا يلزم باقامة شخص مخصوص بل له أن يقيم زوجته وصية على أولاده سواء كانوا منها أو من غيرها وسواء كان هذا المقام وارثا أو غير وارث فاذا كان للموصى أخ شقيق أو أخ لاب وله ابن وأقام أخاه وصيا صح هذا الايصاء وان كان الاخ فى هذه الحالة غير وارث لانه محجوب بابن الموصى واذا كانت له بنت والمسئلة بحالها صح الايصاء أيضا والاخ فى هذه الحالة وارث لان البنت تأخذ النصف بطريق الفرض والاخ يأخذ الباقى بطريق التعصيب ومثل ذلك ما اذا كانت له أولاد وفيهم صغار وكبار فأقام أحد الكبار وصيا على الصغار فانه يصح وهو وارث معهم

والوصى هو الذى يتصرف فى التركة بدون مراقبة أحد عليه الا من له الولاية العامة وهذا اذا لم يقم الموصى ناظرا مع الوصى فان فعل كان له حق المراقبة فليس للوصى أن يتصرف فى التركة الا باطلاع الناظر ورأيه — أنظر مادة (٤٤١)

ومتى أقام الاب وصيا فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جد الاولاد أى يكون أبا للميت اذ ولاية التصرف للجد فى مال أولاد ابنه مؤخرة عن ولاية وصى الاب — فاذا لم يوص الاب الى أحد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشؤون التركة بأن كانت شروط الولاية متوفرة

(مادة ٤٤١) تجوز الوصاية الى الزوجة والام وغيرهما من النساء والى أحد الورثة أو غيرهم ويجوز جعل الام أو غيرها مشرفة أى ناظرة على اولاده مع وجود الوصى

فيه فالولاية له ولامراقبة لاحد عليه الا ممن له الولاية العامة لان الولاية على اموال الصغار تثبت أوّلا للاب ثم وصيه ثم وصى وصيه وان بعد ثم الجد الصحيح ثم وصيه الخ ثم القاضى ووصيه

وقد تقدم لنا قريبا فى شرح مادة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعى ودليله فى تقديم الجد على وصى الاب وعارضناه بدليلنا — أنظر مادة (٤٤٢)

ويشترط فى الوصى شروط ستة لابد من وجودها وهى الاسلام والحرية والعقل والامانة وحسن التصرف والبلوغ لان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصى لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى من لم تكن متوفرة فيه هذه الشروط لايتم هذا النظر

وبيانه ان الايصاء لغير المسلم مخالف لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولا شك فى أن الايصاء من باب التولية والشارع حكيم يضع الاشياء فى محلها والايصاء لغير الحر مضر بالورثة أو فيه قلب للمشروع لانه اما أن يكون مملوكا لغير الموصى أو له فان كان الاول فلاشتغاله بخدمة مولاه لايتمكن من مراعاة صالح الورثة وان كان الثانى ففيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب للمشروع وماذكر فى الثانى على عمومه قول الصاحبين ولكن فرق أبو حنيفة بين ماذا كانت الورثة كباراً أو صغاراً فوافقهما فى الاول لا الثانى مستدلا بأن الرقيق

(مادة ٤٤٢) وصي أبي الصغير أولى من الجد فاذا أقام الرجل زوجته أوغيرها وصيا من بعده على ولده الصغير ومات مصراً على ذلك فليس للجد حق فى الولاية على مال الصغير فاذا مات أبو الصغير ولم يوص الى أحد وللصغير جد صحيح قادر أمين فالولاية له

مكلف مستقل بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية لان الصغار وان كانوا مُلاّكا له لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستقلا بالتصرف مثله بلا ولاية منع لهم بخلاف الكبار فان لهم ولاية المنع وقد يقال على هذا اذا لم يكن للورثة الصغار ولاية المنع فللقاضى أن يبيعه فيتحقق المنع والجواب عن ذلك أنه اذا ثبت الايصاء فلا تثبت ولاية المنع للقاضى — وفى الايصاء لغير العاقل ضرر بالورثة لعدم اهتدائه الى التصرف النافع لهم — وفى الايصاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة أيضا لقصور نظره فى التصرف النافع لهم ولان فى الايصاء للخائن وللذى لايحسن التصرف فى المال ضياع حق الورثة . ولأنه لاولاية للملوك والصغير وغير العاقل ومن لا يحسن التصرف فى ماله على نفسهم فاولى أن لاتكون لهم الولاية فى مال غيرهم

فان كان الوصى متصفا بكل هذه الاوصاف فيها وان فقد واحدا منها بأن أوصى الى صغير أو خائن أومبذر فى المال بَدَّلهم القاضى بغيرهم لانه نصب ناظرا لمصالح العامة ومصلحة الورثة تقتضى تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة بأن بلغ الصغير وزال وصف الخيانة وارتفعت صفة التبذير فحصل الرشد لم يتعرض لهم القاضى - أنظر مادة (٤٤٣)

وبما أن الوصى لم يستفد هذه الولاية الا من قبل الموصى فللموصى عزله من الوصاية واخراجه عنها فى أى وقت شاء سواء كان قبل قبوله أو

(مادة ٤٤٣) يكون الوصى مسلما حرا عاقلا بالغا أمينا حسن التصرف فاذا أوصى الميت لغير ذلك فالقاضى يعزله ويستبدله

بعده وسواء كان الوصى حاضرا أو غائبا وان لم يعلم وهذا قول الامام الاعظم وقال أبو يوسف يبقى الوصى وصيا فتنفذ جميع تصرفاته الا اذا علم بالعزل وينبنى على هذا الخلاف أن الموصى اذا عزل الوصى حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصى بذلك وتصرف قبل علمه فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الامام وتنفذ على قول أبى يوسف وبالتأمل نجد ان قول أبى يوسف هو الظاهر لانه يترتب على قول الامام ان الوصى ينعزل وان لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة وفى ذلك من التغرير بالغير مالايخفى اذ الناس عرفوه وصياً وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ما ينفى هذا الوصف فاذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الامام فيتضرر هو ومن تعامل معه وهذا غير حاصل على قول أبى يوسف لنفاذ تصرفه قبل علمه بالعزل — انظر مادة (٤٤٤)

والاوصياء ثلاثة الاول عدل كاف والثانى عدل غير كاف والثالث فاسق يخاف منه على المال

فان كان الوصى الذى اختاره الشخص قبل وفاته عدلا كافيا بان كان قادرا على القيام بالوصاية فليس للقاضى عزله فان عزله قال بعضهم ينعزل ويكون القاضى جائرا لان للقاضى سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضى كعزل الميت لو كان حيا — وقال بعضهم لا ينعزل لانه متى كان متصفا بما ذكر يكون فى ابقائه مراعاة الحقين حق

(مادة ٤٤٤) يجوز للموصى أن يعزل الوصى من الوصاية ويخرجه عنها بعد قبوله ولو فى غيبته

الموصى له وحق الورثة وهو الغرض من الايصاء الشرعى واختلفت عبارتهم فى المختار من هذين القولين والظاهر الثانى لان سطوة القاضى وولايته لايستعملهما فى الجور

وان كان عدلا غير كاف بأن كان مأمونا على الاموال ولكن لايمكنه القيام بجميع شئون التركة وحده فلا يعزله القاضى أيضا بل يضم اليه غيره فأبقاؤه لاعتماد الموصى عليه لامانته وصيانته وضم غيره اليه ليزول ضرر عدم كفايته ففى هذه الطريقة مراعاة الحقين ولكن لابد أن يكون عاجزا عن القيام بجميع شئون التركة حقيقة بأن يثبت ذلك بالبينة لا بمجرد اخباره لانه قد يخبر بذلك تخفيفا على نفسه فلو ضم اليه غيره فى هذه الحالة كان فيه اضرار بالورثة لزيارة الاجر عليهم اللهم الا اذا وجد متبرع وأين هو. ولا يقال ذلك عند اقامة البينة بل يكون الضرر فى عدم ضم غيره اليه ـ فان كان عدلا ولكن لايمكنه ان يقوم بشىء من شئون التركة أصلا استبدله القاضى بغيره لان المصلحة فى ذلك فان عادت قدرته على القيام بالاعمال أعاده وصيا مراعاة لحق الميت والورثة

وان كان الوصى الذى اختاره الميت فاسقا ويخاف منه على المال عزله القاضى ونصب آخر بدله لان فى ابقائه على الوصية اضرارا بالورثة والميت لايقدر على عزله فيقوم القاضى مقامه لانه نصب ناظرا لمصالح العامة

فأن استمر وصفه العدالة بالنسبة للوصى فلا يعزله القاضى ولو اشتكى منه بعض الورثة الا أن يثبت القاضى من صحة الشكوى وتظهر خيانته وحينئذ يكون له عزله لانه استفاد الولاية من الميت وحيث ظهرت الخيانة

فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها فليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها ولو كان الموصى حيا لاخراجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأن الميت مات ولم يقم وصيا - أنظر مادة (٤٤٥)

(وصى القاضى)

فقد بان لك من هذا انه اذا أقام الاب وصيا متوفرة فيه الشروط ولم يظهر عليه مايوجب عزله فهو الذى له الولاية على أموال الصغار فان مات الاب ولم يقم وصيا فان كان له أب متوفرة فيه الشروط ثبتت له الولاية فان لم يكن الاب وهو جد الاولاد موجودا أو كان ولكنه غير أهل للولاية انتقلت الى القاضى فله ان يتصرف بنفسه فى أموال الصغار وله أن يقيم وصيا لانه نصب ناظرا للمصالح الدينية والدنيوية ولاشك ان مصلحة الصغار فى إقامة شخص ينظر فى شؤونهم لانهم لقصر عقولهم لايهتدون الى ما فيه صلاح أحوالهم وهذا الشخص يسمى وصى القاضى

وبما ان اقامة القاضى وصيا منوطة بالاحتياج للمصلحة فليس له ان يقيم وصيا فى كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الاب ولم يقم وصيا أو كان موجودا ولكنه غير صالح للولاية فله أن يقيم وصيا فى المسائل الآتية :

أولا - اذا كان على الميت دين ولم يوجد وارث يخاصمه الدائن فى

(مادة ٤٤٥) اذا كان الوصى الذى اختاره الميت عدلا قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضى عزله وان كان عاجزاً عن القيام بها حقيقة يضم اليه غيره وان ظهر للقاضي عجزه أصلا يستبدله وان قدر بعد ذلك يعيده وصياً كما كان . ولا يعزل الوصى بمجرد شكاية الورثة منه أو بعضهم وانما يعزل اذا ظهرت خيانته

اثبات دينه وأخذه منه لانه لو لم يقم القاضى وصيا لتضرر الدائن

ثانيا - اذا كان للميت دين على شخص ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدين ويستوفيه لانه لو لم يقم وصيا لتضرر مستحق التركة

ثالثا — اذا أوصى الميت بشيء من أمواله لشخص ولم يجد الموصى له وارثا يثبت الوصية فى وجهه اذ بعدم اقامة وصي يتضرر الموصى له فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة فى جميع هذه المسائل فلا حاجة الى إقامة الوصى

رابعا — اذا كان فى الورثة صغير فيقيم القاضى وصيا يقوم مقامه مع الورثة الكبار ومن باب أولى ما اذا كانت كل الورثة صغارا

خامسا — اذا كان للصغير مال ورثه عن أمه مثلا وله أب ولكنه غير أهل للولاية بأن كان مسرفا مبذرا للمال مثلا لان مصلحة الصغير فى اقامة شخص لحفظ أمواله من الضياع

سادسا — اذا غاب أبو الصغير غيبة منقطعة بأن لم يعرف مكانه ولا حياته ولا وفاته واحتيج الى اثبات حق من الحقوق أو حفظ الاموال لان المصلحة فى اقامة الوصى

سابعا — اذا كانت التركة مدينة وكانت الورثة كبارا وأمروا ببيع شيء من التركة لقضاء الدين أو بتسديده من مالهم فلم يمتثلوا لانه لو لم يخول هذا الحق للقاضى فى هذه الحالة لتضرر الدائنون — أنظر مادة (٤٤٦)

(مادة ٤٤٦) اذا لم يكن للميت وصى مختار وكان عليه او له دين أو فى تركته وصية لم يوجد وارث لاثبات ذلك وايفائه الدين واستيفائه وتنفيذ الوصية أو كان أحد الورثة صغيرا فللحاكم ان ينصب وصيا . وله ذلك ايضا اذا كان ابو الصغير

وقد نص الفقهاء على أن القاضى له أن يقيم شخصا مقام غيره فى مسائل وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر . فمن هذه المسائل ما اذا كان شخص مدينا لآخر فطالبه بالدين فحلف له أن يعطيه هذا المبلغ فى الوقت الفلانى وجاءه به فى الوقت المعين فاختفى الدائن ليوقع عليه اليمين لان فى عدم اقامة الغير اضرارا بالمدين لوقوع اليمين عليه

ومنها مالو كان شخص مدينا فطالبه الدائن بالدين فضمن شخص آخر إحضاره له فى وقت معين وشرط انه ان لم يحضره اليه فيه يكون ملزما بدفع الدين ثم أحضره فى الوقت المتفق عليه فاختفى الدائن حتى يفوت الوقت لانه لو لم يقم الغير لتضرر الكفيل بالنفس لالزامه بالدين المعلق على عدم التسليم فى الوقت المعين

ومنها ما لو كان المدعى عليه أخرس أصم ولا ولى له

ومنها ما لو أسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ليقضى عليه بالفرقة لانه لو لم يقم شخصا عنه لتضررت الزوجة التى أسلمت بانتظارها وقيا غير معلوم لشفاء زوجها المجنون

ومنها ما لو ادعى الوصى دينا على الميت فينصب القاضى وصيا فى مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصى فى اثباته

والفروع التى من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها ولكن متى عرفنا السبب فى ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر استغنينا عن سردها

مسرفا مبذراً لماله أو احتيج الى اثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة أو تعنتت الورثة فى بيع التركة لقضاء ما عليها من الديون

فقد بان لك أنه متى أقام الأب وصيا واحدا وكان مستوفيا لكل الشروط وقادرا على القيام بجميع شئون التركة فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره اتفاقا فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقف على اجازة غيره وأما اذا أقام وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة. الاول أن ينص الموصى على الانفراد بأن يقول أقمتكما وصيين ولكل منكما أن ينفرد بالتصرف. الثانى أن ينص على الاجتماع بأن يقول أقمتكما وصيين ولا يتصرف أحدكما وحده. الثالث أن يطلق بأن يقول أقمتكما وصيين فان كان الاول أو الثانى اتبع مانص عليه وان كان الثالث فقال أبو يوسف ينفرد أحدهما بالتصرف وقال الامام الاعظم ومحمد لاينفرد

وينبنى على هذا انه اذا تصرف أحدهما بدون أخذ رأى الآخر كان تصرفه نافذا عند أبى يوسف وموقوفا عندهما فان أجازه الوصى الآخر نفذ وان رده بطل. والمختار أن هذا الخلاف جار بينهم سواء كان ايصاؤه لهما بعقد واحد كما اذا قال لهما أقمتكما وصيين أو بعقدين كما اذا قال لواحد قم بلوازم أولادى بعد موتى وقال لآخر بعد ذلك أقمتك وصيا وقال بعضهم الخلاف بينهم فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع وقال بعضهم الخلاف انما هو فيما اذا أوصى اليهما بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل منهما بعقد على حدته فينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع. واختلفت عبارات الفقهاء فى الارجح من هذه الاقوال والظاهر من كلامهم الاول واستدل أبو يوسف بأن الايصاء من باب الولاية وهى اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالاخوين

فى مسئلة الزواج فان لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقا وسبب ذلك أن الايصاء خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب أوالجد لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزله قرابة كل واحد منهما. واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن الولاية ثبتت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين ولم يرض الموصى الا باثنين فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب هناك القرابة وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد

وقد استثنى أبو حنيفة ومحمد من قولهما هذا مسائل لو باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذاً بلا توقف على إجازة الآخر ومن تتبع هذه المسائل وجدها لا تخرج عن أصلين الاول المسائل التى يخشى من تأخيرها الضرر الثانى المسائل التى لا يحتاج فيها الى الرأى وينبنى على ذلك أن لاحد الوصيين الانفراد اجماعا في المسائل الآتية

أولا — تجهيز الميت لان فى التأخير ضررا ولا يحتاج فيه الى الرأى لان الكفن المسنون والامور الجائزة شرعا فى هذه الحالة معلومة بل عند التأمل نرى ان التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصى ولذا يملكه الجيران فى الحضر والرفقة فى السفر

ثانيا — الخصومة التى فى حقوق الموصى على الغير ولكن الظاهر أن المراد بالخصومة التى ينفرد بها أحدهما حضوره فى مجلس القضاء لارفعه

الدعوى والسير فيها بدون أخذ رأى الآخر اذهذا مما يحتاج فيه الى الرأى وانما كان الظاهر ماذكر بدليل أنهم عللوا الانفراد فى الخصومة بقولهم لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين فالمتعذر انما هو الاجتماع على ماقالوا لا أخذ الرأى وبدليل أنهم نصوا على أنه اذا وكل شخص اثنين بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالتصرف الا فى مسائل منها الخصومة وقالوا فى تعليل الانفراد لان هذه الاشياء لايحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما فى التكلم فى مجلس القاضى متعذر لانه يؤدى الى التشويش على القاضى والى الشغب والرأى يحتاج اليه سابقا على الخصومة . ولما خالف زفر فى مسئلة الخصومة وقال لاينفرد أحدهما فيها معللا ذلك بانها محتاجة الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون كرأى الواحد ردوا عليه بقولهم إن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب إذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفى الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لايفوت فائدة توكيلهما وهذا يكون بان يتناوبا الامر برأيهما وانما ينفرد أحدهما بالتكلم

فيؤخذ من صريح هذا ماقلناه لما يترتب على غيره من الضرر لان الغائب ربما يكون أقوى حجة من الحاضر وقد يكون عنده من الادلة فى هذه المسئلة ماليس موجودا عند الحاضر فاذاقلنا بصحة الانفراد فى هذه المسئلة وأنه لايؤخذ رأى الآخر وأقام الخصم الحجة على الحاضر ولم يبد ماعند الغائب لعدم علمه به وحكم بمقتضى هذه الحجة فلاتسمع عليه دعوى

بعد ذلك بخصوص هذه المسئلة وفيه من الاضرار بالورثة مالايخفى على أحد

ثالثا — طلب الديون التى للموصى لانه غير محتاج الى الرأى ولكن لايجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعده الى الحفظ وهو محتاج الى الرأى وقد يقال اذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب اللهم الا ان يقال فائدته الاتفاق مع المدين على احضار الدين فى وقت معين ويخبر صاحبه ليشترك معه فى استلامه وفى محل حفظه

رابعا — قضاء الديون الثابتة المطلوبة من الوصى لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ماعليه بان يكون عليه مائة جنيه فيدفع له مثلها فلو أراد أن يعطيه شيئا آخر فى مقابلة هذا الدين فلا بد من أخذ رأى شريكه فى الولاية لعدم احتياج الاول الى الرأى وللاحتياج اليه فى الثاني

خامسا — تنفيذ وصية معينة لفقير معين أو لغير فقير فاذا قال أوصيت لفلان بهذا البيت وكانت الوصية نافذة ومستوفية كل الشروط جاز لاحدهما أن يدفع الموصى به الى الموصى له لعدم احتياجه الى الرأى

سادسا — شراء مالا بد منه للأيتام كالطعام والكسوة لان فى التأخير لحوق ضرر بهم وأى ضرر أعظم من هذا اذ ربما يموتون جوعا أو عريا

سابعا — قبول الهبة للموصى عليه لان فى تأخيره خشية الفوات ولعدم احتياجه الى الرأى ولان القبول يملكه من كان الطفل فى حجره وان لم يكن وليا ولا وصيا فليس من باب الولاية

ثامنا — اجارة ماله والاجارة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن ربما يكون فى تأخيرها خشية الفوات ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحققه

ومثله يقال فى تأجير الطفل لعمل - والظاهر أن الاجارة من المسائل التى يحتاج فيها الى الرأى فلا ينفرد احدهما بها لان الوصيين كناظرى الوقف وقد نص فى الاسعاف على أنه لاينفرد احد الناظرين بالاجارة الا اذا وكل احدهما الآخر

تاسعا — رد العارية والودائع المعينة فاذا استعار شخص شيئا لينتفع به ومات قبل رده الى صاحبه أو أودع شخص عنده شيئا ومات قبل رده وكان له وصيان ملك أحدهما اعطاء الوديعة والعارية الى صاحبهما لانه لايحتاج فيه الى الرأى فلو احتيج الى الرأى بان كانت الودائع غير معينة اشترط اجتماعهما

عاشرا — رد ما اغتصبه الموصى أى أخذه قهرا عن صاحبه ورد ماشتراه شراء فاسدا لان كلا منهما غير محتاج الى الرأى

حادى عشر — قسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى لعدم التفاوت بين آحادها فلا تحتاج الا الرأى ولذلك لو كانت الشركة فى القيميات احتيجت القسمة اليه فلا ينفرد أحدهما بها

ثانى عشر — بيع كل مايخشى عليه التلف لان فيه ضرورة لاتخفى

ثالث عشر — جمع الاموال الضائعة لان فى التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من يقع فى يده فلم يكن من باب الولاية . والفروع فى هذا المقام كثيرة ولكن متى عرفنا الأصلين المتقدمين فى أول شرح المادة سهل علينا التفريع عليهما

فظهر من ذلك ان الموصى اما أن ينص على الانفراد او الاجتماع أو

يطلق فان كان الاول أو الثانى اتبع شرطه اتفاقا كما مر وان كان الثالث ففى المسائل التى لايحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر ينفرد احدهما اتفاقا أيضا وفى غيرها لا ينفرد عند الامام الاعظم ومحمد وينفرد عند أبى يوسف هذا محصل مانصوا عليه

وبقى أن يقال اذا نص على الاجتماع فهل لاحدهما أن ينفرد بالتصرف فى المسائل التى لايحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر والظاهر ان له ذلك لان مواضع الضرورة مستثناة ولان الشرط لايعمل به الا اذا كان مفيدا ومراعاته ممكنة ولم أر ذلك منصوصا فان وجدت نصاً صريحا فاعمل به

وكل الاحكام المتقدمة بالنسبة للوصيين تسرى على ناظرى الوقف — أنظر مادة (٤٤٧)

وهذا اذا قبل الوصيان الايصاء فى حياة الموصى فما داما حيين فتصرفهما على الاختلاف المتقدم ثم ان حضرت الوفاة احدهما فان أوصى الى الآخر فله التصرف فى التركة وحده ولايحتاج الى نصب القاضى وصيا آخر لان رأى

(مادة ٤٤٧) اذا أقام الميت وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف وان تصرف فلا ينفذ تصرفه الا بأذن صاحبه ماعدا الاحوال الآتية . وهى تجهيز الميت والخصومة فى حقوقه التى على الغير . وطلب الديون المطلوبة له لا قبضها . وقضاء الديون المطلوبة منه بجنس حقه . وتنفيذ وصية معينة لفقير معين . وشراء مالا بد منه للطفل . وقبول الهبة له . وتأديب الطفل لعمل . واجارة ماله . ورد العارية والودائع المعينة . ورد ما اغتصبه الميت وما اشتراه شراء فاسداً . وقسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى . وبيع ما يخشى عليه من التلف . وجمع الاموال الضائعة — وان نص الموصى على لانفراد أو الاجتماع يتبع ما نص عليه

الميت باق حكما برأى من يخلفه وان أوصى الى غيره وجب اجتماعهما وان لم يوص الى الحى ولا الى غيره نظر القاضى فى المسئلة لما له من الولاية العامة فان وجد الباقى قادرا على إدارة جميع شئون التركة وحده فوض اليه النظر كله وان رآه محتاجا الى من يعاونه ويساعده ضم اليه آخر . وكثير من الفقهاء يقول لابد من ضم آخر الى الحى عند الكل أما عند من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر لان الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم اليه القاضى وصيا نظرا للميت عند عجزه وأما عند القائل بصحة انفراد أحدهما بالتصرف وهو أبو يوسف فلان الحى منهما وان كان يقدر على التصرف ولكن الموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر . وبعضهم يقول متى كان الباقى منهما قادرا على ادارة جميع التركة فلا حاجة الى اقامة آخر عند أبى يوسف وهو الظاهر للاستغناء عنه بقدرة الباقى خصوصا اذا كان يترتب على اقامة آخر زيادة الاجر التى نحن فى غنى عنها نظرا لحق الورثة

ومثل هذا ما اذا أوصى الى اثنين ولم يقبلا فى حياته وبعد موته قبل أحدهما ولم يقبل الآخر فان القاضى ينظر فان رأى أن القابل كاف وحده أطلق اليه التصرف والا ضم اليه غيره - والوصى هو الذى يحفظ المال دون غيره ولو كان مشرفا أى ناظرا أقامه الموصى مع الوصى ولكن ليس للوصى أن يتصرف الا بعد اخبار المشرف بما يريده من التصرفات وأخذ رأيه فيها — أنظر مادة (٤٤٨)

(مادة ٤٤٨) اذا أوصى الميت الى اثنين ومات فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر

وما دام الوصى موجودا فهو الذى يتصرف اذا لم يطرأ مايستوجب عزله فان مات فاذا لم يوص الى غيره أقام القاضى وصيا وان أوصى الى غيره كان الموصى اليه وصيا فى التركتين أى تركته وتركة موصيه وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه لايكون وصيا فى تركة موصيه واستدل بأن الموصى الاول فوض الى وصيه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلايملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره فصار كوصى الوكيل فانه يكون وصيا فى مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لايقتضى مثله الا ترى ان الوكيل ليس له أن يوكل فكذا الوصى ليس له أن يوصى فى مال من أوصى اليه

ودليلنا أن الوصى تصرف بوصية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فى التركتين ولا نسلم أنه لم يرض برأى من أوصى اليه الوصى بل وجد مايدل عليه لانه لما استعان به فى ذلك مع علمه بأنه لايعيش أبدا بل تعتريه المنية صار راضيا باضافته الى غيره لاسيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو مافوض اليه بخلاف الوكيل لان الموكل يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بالتوكيل ولكن هذا الحكم وهو جعل وصى الوصى وصيا فى التركتين

ضم القاضى اليه غيره ان شاء وان شاء أطلق القابل التصرف ولو جعل الموصى مع الوصى مشرفا يكون الوصي أولى بامساك المال انما لا يجوز له التصرف فى شيء بدون علم المشرف ورأيه

ليس على اطلاقه فى كل الصور عندنا بل فى بعضها ـ وبيانه أن الوصى عند إقامته وصياً آخر اما أن يبهم بان يقول أقمتك وصياً أو يبين بأن يقول أقمتك وصياً فى التركتين أو فى تركة موصى أو فى تركتى فان أبهم أو بين فقال فى التركتين فهو وصى فيهما اجماعا وان بين فقال فى تركة موصى كان وصياً بالنسبة اليها بالاجماع أيضا وان قال أقمتك وصياً فى تركتى فقال ابو حنيفة يكون وصياً فيهما أيضا لان تركة موصيه تركته اذ هو يملك التصرف فيها كما كان يملكه فى أمواله الخاصة به قال كل تركة له لان اللفظ يتناول التركتين وقال الصاحبان يكون وصيا فى تركته خاصة وهو الظاهر لتبادره الى الذهن عند سماع هذه العبارة لان تركة موصيه ليست تركته اذ لا يملك فيها الا التصرف وقد انتهى بموته

وما تقدم انما هو بالنسبة للوصى المختار وأما وصى القاضى فلا يكون وصيه وصيًّا فى التركتين الا اذا كانت الوصاية عامة — أنظر مادة (٤٤٩)

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى تصرفات الوصى)

اعلم أن الوصى مطالب أمام الله وأمام القاضى بالمحافظة على أموال الأيتام وتنميتها بقدر الامكان لانهم عاجزون عن معرفة ما فيه مصلحتهم فيلزمه أن يراعى ما هو مطالب به امام الذى يعلم سره ونجواه فلا يلبس على القاضى بشئ لا يرضاه الله ليتخلص من العقاب الدنيوى لان الله لا تخفى عليه خافية

(مادة ٤٤٩) وصى الوصى المختار وصى فى التركتين ولو خصصه بتركته ووصى وصى القاضى وصى فى التركتين أيضاً ان كانت الوصاية عامة

فهو وان نجا فى الدنيا فالعقاب الاخروى أشد فيكون دائما على ذكر مما ورد فى الآية القرآنية (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديداً) يعنى يا معاشر الاوصياء إن أخاكم الذى كان معكم فى هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها الى الدار الباقية وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعز شئ عنده فاسلكوا معهم السبيل الذى تودون أن يسلكه هو مع اولادكم لو فارقتم انتم الدنيا ووُلِّى هو أمور اولادكم فاتقوا الله وراقبوه فى جميع اعمالكم ولا تقولوا الا الاقوال السديدة الحقة التى تنجيكم عند ى فان خالفتم ذلك عاقبتكم عقابا شديدا فى الدنيا والآخرة (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) فقد بينت لكم الطريق المستقيم لتتبعوه فمن شاء فليتبع ومن شاء فليخالف فكل له جزاء أعددته له يوم أقول (لمن الملك اليوم لله الواحد القهار اليوم تجزى كل نفس بما كسبت لا ظلم اليوم)

ويلزمه ان يراعى ما هو مطالب به أمام القاضى من الامور الظاهرية التى تبنى عليها الاحكام فلا يرتكب أمرا مخالفا للشرع الشريف بل يجعل أعماله دائما دائرة على محور ما سنه الفقهاء من التصرفات التى وان كانت كثيرة جدا ولكن من تأمل بعين البصيرة وجدها كلها ترمى لغرض واحد وهو المحافظة على الاموال وتنميتها بقدر الاستطاعة كى يكون ناجيا فى الدارين فمن هذه التصرفات بيع أموالهم فلابد من مراعاة صالح القصر عند مايريد الوصى بيع شئ من التركة وهو يختلف باختلاف الشئ المبيع والسبب الحامل على بيعه ومال الورثة ـ وبيانه أن التركة اما أن تكون خالية من الدين والوصية أو مشغولة بهما

أو بأحدهما وعلى كل فاما أن يكون كل الورثة صغارا أو كلهم كبارا أو بعضهم صغيرا وبعضهم كبيرا وان كان فيهم كبير فاما ان يكون حاضرا أو غائبا ولكل من هذه الاحوال حكم يخصه . واليك البيان

فان كانت التركة خالية من الدين والوصية والورثة كلهم صغار فاما أن يكون الشيء المراد بيعه منقولا أو عقارا فان كان الاول جاز للوصى ان يبيعه بمثل القيمة مراعيا المصلحة فى ذلك قال تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن) سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أولا لأن حفظ ثمنه أيسر وأبقى اذ المنقول يتسارع اليه الفساد غالبا بخلاف النقود فيكون بيعه من باب النظر الى الصغير بما فيه المصلحة فيجوز . هذا اذا كان البيع بمثل القيمة فان كان فى البيع غبن بان كان الثمن أنقص من القيمة فان كان الغبن يسيرا وهو الذى يدخل تحت تقويم المقوّمين صح البيع ايضاً وان كان فاحشا وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يصح ومثل البيع الشراء فان اشترى شيئا للأيتام فان كان بمثل القيمة او بغبن يسير بان كانت هناك زيادة يسيرة فى الثمن صح وان كان بغبن فاحش فلا يصح الشراء بالنسبة لهم لان ولايته نظرية ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد باب التصرفات

وان كان الثانى وهو ما اذا كان المبيع عقارا فاما ان لا يكون هناك مسوغ للبيع أولا فان لم يكن هناك مسوغ فلا يجوز بيعه اصلا لان العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع وان كان هناك مسوغ له جاز بيعه والمسوغ ينحصر فى وجود منفعة للصغير او اضطرار الوصى لبيعه لقضاء دين مثلا .

والمسوغات هى الآتية

أولا – أن يكون فى بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد فى مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بيته الى الشارع العمومى مثلا أو يجعله طريقا لارضه أو ممر مياه لها أو فضاء أمام بيته فالبيع فى هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصغير اذ يمكن الوصى بعد بيعه العقار بضعف قيمته للراغب فيه أن يشترى للصغير عقارا أنفع من المبيع

ثانياً – أن يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمنه فيبيع الوصى فى هذه الحالة من العقار بقدر ما يفى ثمنه بالدين المطلوب فان كان فى التركة منقول يفى ثمنه بالدين فلا يجوز للوصى بيع العقار

ثالثا – اذا كان فى التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيبيع الوصى فى هذه الحالة من العقار بقدر ما ينفذ الوصية والوصية المرسلة هى المطلقة وهى التى لم تقيد بشىء من المال كالربع أو الثلث مثلا بأن يقول شخص أوصيت لفلان بألف جنيه من مالى فان الوصية والحالة هذه مطلقة لانها لم تقيد بجزء من المال ففى هذه الحالة ان كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المال ولم يكن فى التركة نقود يدفع الوصى منها الموصى به ولم تكن هناك عروض تباع ويدفع المبلغ من ثمنها جاز للوصى أن يبيع من العقار ما يساوى ثمنه المبلغ الموصى به ويدفع الثمن الى الموصى له لان الوصى مضطر الى البيع والحالة هذه بخلاف ما اذا كانت الوصية مقيدة بجزء من المال فليست له ولاية بيع العقار لان الموصى له فى هذه الحالة شريك الورثة والوصى هو المتصرف فيقاسمه فى أعيان التركة ويعطيه ما يستحقه منها سواء كان أقل من الثلث

أو الثلث . وهذا المسوغ والذى قبله وان كانا خارجين من أصل الموضوع اذ هو خلو التركة عن الدين والوصية الا أنه قصد الاتيان بالمسوغات فى حد ذاتها

رابعا – أن يكون اليتيم محتاجا الى النفقة وليس فى التركة نقود يشترى له منها ما ينفقه عليه وليس فيها عروض أيضا حتى تباع ويشترى بثمنها ماهو محتاج اليه للنفقة ففى هذه الحالة ببيع الوصى من العقار بقدر ماينفق على الصغير من ثمنه ويتجدد البيع بتجدد الاحتياج لان الوصى مضطر الى البيع للانفاق الذى فيه حياة الصغير

خامسا – أن تكون مؤنة وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصى يباشر زراعة أرض للصغير ويصرف عليها ماتحتاج اليه الزراعة وبعد حصد الزرع لايفى ثمن محصوله بالمصاريف التى صرفت عليه والخراج الذى يؤخذ على الارض أو كان لايباشر زراعتها ولكنه يؤجرها وأجرتها لاتفى بخراجها ومايطلب من الضرائب الاخرى وليس هناك من يسمع شكواه فى معاينة الارض وتقدير الخراج المناسب لها فله حينئذ ولاية البيع لمنفعة الصغير اذ فى ابقاء العقار بهذه الحالة ضرر

سادسا – أن يكون العقار دارا أو حانوتا آيلا الى الخراب فان المصلحة فى هذه الحالة تكون فى بيعه خوفا من أن ينقض ولكن يظهر أن هذا مقيد بما اذا لم يكن عند الوصى نقود للصغير تمكنه من ترميم الدار أو الحانوت واستغلالهما فان أمكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم إن ولايته نظرية والنظر فى ابقاء العقار بهذه الكيفية لا فى بيعه لانه من أنفس الاموال

سابعا – أن يخاف الوصى على العقار من متسلط جائر ذى شوكة عليه

ونزعه من تحت يده ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأى طريقة كانت والظاهر ان مجرد الخوف بل ولا التحقق من أخذه لايكون مسوغا للبيع ولا يشترط فى غير المسوغ الاول أن يكون الثمن أزيد من القيمة فيصح بمثل القيمة بل وباامين اليسير

فقد ظهر أن بيع الوصى عقار الصغير بمسوغ جائز فان باعه بدون مسوغ فالبيع باطل أصلا فاذا بلغ الصغير وأجازه فلا تصح هذه الاجازة بل يرد البيع لان الاجازة لاتلحق الباطل وانما تلحق العقد الموقوف . وحيث إن العقار هو مالا يمكن نقله وتحويله من محل الى آخر والمنقول بخلافه فحينئذ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الارض القائم عليها من المنقولات فيجوز للوصى بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة — والذى يظهر ان هذا ليس على اطلاقه اذ كيف يسوغ للوصى اذا كان للصغير بيت يستغله وبناؤه متين أن يبيع البناء ويترك الارض بدونه أو يبنيها من مال الصغير بعد هدم المشترى البناء وأخذ أنقاضه أو كيف يسوغ له اذا كانت له أشجار مثمرة ذات ايراد بيعها اذ المقبول والمعقول ان البيع فى مثل هذه الاحوال لايجوز لان ولاية الوصى نظرية ولا نظر فى مثلها فلا بد من مراعاة الظروف والاحوال . وهذا اذا كان البيع والشراء لغير الوصى وكان ذلك الغير أجنبيا منه ومن الموصى فان كان لنفسه أو لغير أجنبى منه فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى شرح مادة (٤٥٦) وما بعدها — انظر مادة (٤٥٠)

(مادة ٤٥٠) اذا كانت التركة خالية عن الدين والوصية والورثة كلهم صغار يجوز

وان كانت التركة غير مشغولة بالدين أو بالوصية أيضا بأن كانت خالية منهما والورثة كلهم كبار فاما أن يكون الكل حضورا أو الكل غُيَّبا أو بعضهم حاضرا وبعضهم غائبا فان كانوا كلهم حاضرين فليس للوصى ولاية بيع شيء من التركة الا بأمرهم ورضاهم لانهم والحالة هذه تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم فان أذنوه فى تصرف من التصرفات جاز وإلا فلا وإنما له طلب ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة لان هذا من باب إعانتهم على ايصال الحقوق اليهم — والظاهر أن هذا لايكون الا برضاهم أيضا فلو نهوه عن ذلك فليس له قبض حقوقهم . وان كانوا كلهم غائبين فللوصى أن يبيع العروض ويحفظ ثمنها وأما العقار فليست له ولاية بيعه لان الوصى قائم مقام الاب والاب لايملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك

للوصى أن يتصرف فى كل المنقولات يبيعها ولو بيسير الغبن وان لم يكن للايتام حاجة لثمنها . وليس له ان يبيع عقار الصغير الا بمسوغ من المسوغات الشرعية الآتية وهى ان يكون فى بيعه خير لليتيم بأن يبيعه لرغبة فيه بضعف قيمته . أو يكون على الميت دين لاوفاء له الا من ثمنه فيباع منه بقدر الدين . أو يكون فى التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيباع من العقار بقدر ماينفذ الوصية أو يكون اليتيم محتاجا الى ثمنه للنفقة عليه فيباع ولو بمثل القيمة أو بيسير الغبن . أو تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته . أو يكون العقار دارا أو حانوتا آيلا الى الخراب فيباع خوفا من أن ينقض أو يخاف عليه من تسلط جائر ذى شوكة عليه. فان باع الوصي عقار الصغير بدون مسوغ من هذه المسوغات فالبيع باطل ولا تلحقه الاجازة بعد بلوغ اليتيم * والشجر والنخيل والبناء دون العرصة معدودة من المنقولات لا من العقارات فللوصى بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة

من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصى لانه مأمور بحفظ التركة وبيع المنقول من باب الحفظ لانه مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر وأبقى بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لايخشى عليه التلف فمن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه فى شراء العقار ولذا قالوا لو تحقق الوصى من هلاك عقار الغائب جاز له بيعه لانه من باب الحفظ وهذا هو الظاهر من كلامهم وان كانت الآراء متشعبة فى هذا الموضوع

وان كان بعضهم حاضرا وبعضهم غائبا فما عليك الا مراعاة الأحكام التى تقدمت فأجر حكم ما اذا كان الكل حضورا على البعض الحاضر وحكم ما اذا كان الكل غيبا على البعض الغائب — أنظر مادة (٤٥١)

وان كانت التركة خالية عن الدين والوصية ولكن كان بعض الورثة صغارا وبعضهم كباراً فاتبع الاحكام التى تقدمت فى المادتين السابقتين وأجر حكم ما اذا كانت كل الورثة صغارا على البعض الصغير وحكم ما اذا كانت كل الورثة كبارا على البعض الكبير سواء كان حاضرا أو غائبا أو البعض حاضرا والبعض غائبا فان الاحكام لاتختلف — أنظر مادة (٤٥٢)

(مادة ٤٥١) اذا كانت التركة غير مشغولة بالدين أو الوصية وكان الورثة كلهم كبارا حضورا فليس للوصى بيع شىء من التركة بلا أمرهم وانما له اقتضاء ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة . فان كان الورثة كلهم كبارا غيبا فللوصى أن يبيع العروض ويحفظ ثمنها دون العقار وكذلك ان كانوا كلهم كباراً وبعضهم حاضر والبعض الآخر غائب فليس له الا بيع نصيب الغائب من العروض وأما العقار فلا يباع الا لدين

(مادة ٤٥٢) اذا لم يكن على الميت دين ولا وصية وكان بعض الورثة صغيرا

واذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية والورثة كلهم صغار فان كان الدين مستغرقا لجميع التركة ثبتت له ولاية بيعها كلها من منقول وعقار ولو بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقا لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا به من جهة الموصى ولان وجود الدين من مسوغات بيع العقار . وان كان الدين غير مستغرق للتركة ثبتت له ولاية بيع المنقول ولو زاد ثمنه عن الدين وأما العقار فلا يبيع منه الا المقدار المشغول بالدين عند الصاحبين لان جواز البيع هنا للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز وقال أبو حنيفة له أن يبيع كل العقار فى هذه الحالة أيضا لان الولاية هنا بسبب الوصاية وهى لا تتجزأ فمن ثبتت له الولاية فى بيع البعض ثبتت له فى الباقى — والمعول عليه مذهب الصاحبين

ومثل الدين الوصية فله أن يبيع من العقار بقدر النافذ منها ان لم تكن هناك نقود ولا منقول تنفذ الوصية من ثمنه . وهـذا اذا كانت الوصية مرسلة فان كانت مقيدة بشىء كثلث أرض كذا أو البيت الفلانى وكان يخرج من ثلث التركة سلم الوصى الموصى له الموصى به بلا حاجة الى البيع لاجل الوصية

وان كان بعض الورثة صغيرا وبعضهم كبيرا ولـكنه غائب أو كان الـكل كبارا وهم غائبون كان الحـكم كما تقدم بالنسبة لبيع المنقول والعقار

وان كان كل الورثة كبارا ولـكنهم حضور رُشد كانت ولاية تسديد الدين وتنفيذ الوصية لهم لا للوصى فان امتثلوا وقاموا بهذا الواجب فبها

والبعض كبارا فللوصى ولاية بيع العروض والعقار على الصغار بأحد المسوغات دون الكبار الا اذا كانوا غيباً فله بيع حصتهم من العروض دون العقار

سواء كان ذلك من التركة أو من مالهم وان امتنعوا ثبتت هـذه الولاية للوصى فله أن يبيع الكل أو البعض على حسب الحاجة

وان كان الكل كبارا ولكن بعضهم حاضر والبعض غائب كان الحكم بالنسبة لكل منهم ماتقدم وفى كل موضع تثبت فيه ولاية البيع للوصى لايبيع من العقار شيئا الا اذا كانت النقود الموجودة أو ثمن المنقول لايفى بالمطلوب لان المصلحة فى ذلك ومع هذا فلايبيع كل العقار بل بقدر ماشغل بالدين أو بالوصية — أنظر مادة (٤٥٣)

وعند ماتثبت الولاية للجد الصحيح على أولاد ابنه فلا يملك مايملكه وصى الاب لان وصى الاب يملك بيع المنقول مطلقا أى سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أولا وسواء كان هناك دين أو لا ويملك بيع العقار لقضاء الدين عن الميت أو عن الأيتام وأما الجد فليس له أن يبيع المنقول أو العقار لقضاء الدين عن الميت وانما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدين عن الايتام ومثل الجد وصيه ولكن يقال اذا كان شخص دائنا للميت أو كان الميت أوصى لشخص

(مادة ٤٥٣) اذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية ولا نقود فيها ولم تنفذ الورثة الوصية ولم يقضوا الدين من مالهم يجوز للوصى ان كانت التركة مستغرقة بالدين أن يبيعها كلها من منقول وعقار وان لم تكن التركة مستغرقة بالدين ولا نقود فيها لقضائه أو لتنفيذ الوصية فله أن يبيع منها فى الدين بقدر أدائه كله وفى الوصية بقدر النافذ منها سواء شاءت الورثة أو أبوا . ينبغى للوصى أن يبتدىء ببيع المنقول ويؤدى الدين وينفذ الوصية من ثمنه فان لم يف ثمنه بذلك يبيع من العقار بقدر الباقى وليس له أن يبيع مازاد على الدين او الوصية

بشيء من أمواله وكان الجد هو المتولى أمور التركة فما يصنع الدائن والموصى له تقول يرفع كل منهم الامر الى القاضى ليبيع لهم أو يأمر من يبيع من التركة بقدر قضاء الديون وتنفيذ الوصية وهذا قول الامام الاعظم وقال محمد الجد قائم مقام الاب فيما يملكه من التصرفات فقد جعل أبو حنيفة الجد الصحيح أنزل من وصى الاب بالنسبة للتصرفات وجعله محمد أرقى منه لان الاب يملك مالا يملك وصيه ولم أر توجيه كل من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب وكلما أردت توجيه قول الامام بشيء وجدته معترضا ولكن قول محمد يمكن توجيهه لان كلا من وصى الاب والجد يشتركان فى ثبوت الولاية على أموال الأيتام والجد عنده من الشفقة على أولاد ابنه ماليس موجودا عند الوصى فيكون أرقى منه فى التصرفات نعم إن وصى الاب وان كان مقدما على الجد ولكن ليس الكلام فى التصرف عند اجتماعهما لان الجد لا يتصرف أصلا فى هذه الحالة بل الكلام عند ثبوت الولاية للجد ـ فانظر لعلك تأتى بتوجيه لا يعترض عليه وبعضهم يقول يفتى بقول الامام ولكن الظاهر مذهب محمد — انظر مادة(٤٥٤)

والوصى الذى له ولاية بيع أموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصى الاب وأما وصى الام فله أحكام تخصه ـ وبيانها أن الاموال المملوكة للصغير إما أن تكون موروثة له عن أمه أو لا وعلى كل فاما أن يكون للصغير أب أو جد

(مادة ٤٥٤) ليس للجد الصحيح ولا لوصيه بيع العقار ولا العروض لقضاء الدين عن الميت ولا لتنفيذ الوصية وانما له بيعها لقضاء الدين عن الايتام ويرفع الغرماء أمرهم الى القاضى ليبيع لهم من التركة بقدر ديونهم وكذا الموصى لهم

أو وصى من قبل واحد منهما أولا واليك أحكام كل . فاذا ماتت الام وأقامت وصيا على أولادها فليس له أن يتصرف فى أموالهم التى ليست موروثة لهم عن أمهم مطلقا أى سواء كان لهم أب أو جد أو وصى من قبل واحد منهما أو لا بل ان كان أحدهم موجودا فهو الذى يتصرف وان لم يكن موجودا فالولاية للقاضى فان شاء باشر التصرفات بنفسه وان شاء أقام وصيا

وأما الاموال الموروثة لهم من قبل أمهم فان كان واحد من المذكورين موجودا فليس لوصى الام أن يتصرف أيضا وان لم يكن موجودا ثبتت له ولاية بيع المنقول لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ لان الغالب عليه الهلاك وحفظ ثمنه أيسر وأبقى فيملك بيعه وأما العقار فليست له ولاية بيعه الا اذا كان على الام دين أو أوصت بوصية ولا نقود فى التركة لسداد الدين وتنفيذ الوصية وليس فيها منقول أيضا لبياع ويسدد الدين وتنفذ الوصية من ثمنه فله فى هذه الحالة أن يبيع من العقار بقدر مايسدد الدين وينفذ الوصية ومثل البيع الشراء ولكن لايشترى لهم الا الاشياء الضرورية التى لايمكنهم الاستغناء عنها ـ ومثل وصى الام فى جميع ماذكر وصى الاخ والعم وغيرهما من الاقارب غير الاب والجد والفرق بين وصى الاب ووصى الام ان الاب له الولاية على أموال أولاده فكذا من قام مقامه وهو وصيه ووصى الام قائم مقامها وهى حال حياتها لاتملك بيع مايملكه الصغير سواء كان عقارا أو منقولا وسواء كان خاليا عن الدين والوصية أو مشغولا بهما أو بأحدهما فكذلك وصيها ـ وهذا ظاهر بالنسبة للاموال التى ملكها الصغير من غير أمه وأما ماورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول اذا لم يكن

هناك أب أو جد أو وصى من قبل واحد منهما لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ فيملكه وأما العقار فهو محفوظ بنفسه فلا تثبت له ولاية بيعه اذا لم يكن على التركة دين أو فيها وصية أما اذا كان دين ولم يوجد من يسدده فان كان مستغرقا فله ولاية بيع الكل وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين وبقدر النافذ من الوصية ويدخل بيع العقار تحت ولايته فى هذه الحالة لانه طريق قضاء الدين وتنفيذ الوصية وكل منهما داخل تحت ولايته وهذا السبب بعينه هو السبب بالنسبة لوصى الاخ والعم لأنه كما لا ولاية للام على الصغير فى المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه فيه (تأمل)

وأما من يعول الصغير ويكفله بأن مات شخص له أولاد ولم يقم وصيا ولم يرفع الامر الى القاضى ليقيم وصيا فتولى أمورهم شخص بلا ولاية شرعية فهذا الشخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية لبيعه وكذلك بيع المنقول فليس له أن يبيع منه الا ما هو محتاج لثمنه ليشترى به الاشياء الضرورية لهم — انظر مادة (٤٥٥)

وبما أن تصرفات الوصى فى مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله أن يتجر بمال اليتيم لليتيم لان هذا أصلح له اذ لا فائدة فى ابقاء الاموال بدون استثمار فله استثمارها بالتجارة بأن يتجر فيها بنفسه أو يعطيها لغيره مضاربة أو بضاعة أو يشارك غيره ويدفع رأس مال الشركة من أموال اليتيم لان هذه

(مادة ٤٥٥) ليس لوصي الام أن يتصرف فى شيء مما ورثه الصغير من تركة غير تركة أمه سواء كان عقاراً أو منقولا مشغولا بالدين أو خالياً عنه كما لا يتصرف فيما ورثه الصغير من أمه اذا كان له أب أو جد حاضر أو وصى من قبلهما فاذا لم يكن

التصرفات وما يماثلها فيها خير للصغير والوصى له أن يفعل كل مافيه خير بالنسبة له ولكن ليس له أن يتجر فى أموال اليتيم لنفسه والمعول عليه فى هذا الزمان أن الوصى ليس له أن يأخذ أموال الصغير مضاربة فان فعل وربح ضمن المال الذى أخذه فقط ولا يطيب له الربح فيتصدق به عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق بشىء وهو ظاهر — انظر مادة (٤٥٦) وتأمل

وعند ما يبيع الوصى مال اليتيم لايخلو الحال من أحد أمرين الاول أن يبيعه لغيره الثانى أن يبيعه لنفسه وعلى كل فاما أن يكون المبيع عقارا أو منقولا فان كان لغيره فاما أن يكون ذلك الغير أجنبيا من الوصى والموصى أو ليس أجنبيا منهما والمراد بكونه أجنبيا من الموصى ان يكون غير وارث له وبكونه أجنبيا من الوصى ألا تقبل شهادته له وعلى كل من هذه الاحوال فاما أن يكون الوصى وصيا مختارا أو وصى القاضى وكل من الوصيين له أحكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الاحوال — وبيانه أنه ان باع الوصى المختار لغيره وكان ذلك الغير أجنبيا منه ومن الموصى وكان المبيع منقولا جاز البيع

للصغير أب ولا جد ولا وصى من جهتهما جاز تصرف وصى الام فى تركتها ببيع المنقول وحفظ ثمنه وشراء مالا بد للصغير منه خاصة وليس له بيع العقار ما لم يكن عليها ديون أو أوصت بوصية فان وصيها يملك بيع العقار المشغول بالدين أو الوصية لاداء الدين وتنفيذ الوصية ومثل وصى الام من يعول الصغير ويكفله فليس له بيع عقاره ولو مع وجود احد المسوغات الشرعية وانما له بيع ما لا بد منه لحاجته من المنقولات وشراء مالا بد له منه

(مادة ٤٥٦) يجوز للوصي ان يتجر بمال اليتيم لليتيم تنمية له وتكثيراً وان يعمل كل ما فيه خير له وليس له ان يتجر لنفسه بمال اليتيم

اتفاقا سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير لانه لايستغنى عنه فى المعاملات فى اعتباره سد لباب التصرفات وان كان الغبن فاحشا فلا يصح البيع لان ولاية الوصى نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش . وان كان المبيع عقارا فلا يصح البيع الا اذا كان هناك مسوغ من المسوغات الشرعية المذكورة فى مادة (٤٥٠)

وان باع لغير أجنبى منه ومن الموصى بأن باع لابيه أو ابنه مثلا أو لوارث الموصى قال الامام الاعظم لايصح هذا البيع الا بالخيرية فلو كان بمثل القيمة لم يصح وقال الصاحبان يصح البيع اذا كان بمثل القيمة لان الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهى تنتفى بما ذكر فالغبن اليسير لايتفر هنا بالاجماع . وهذا بالنسبة للمنقول وأما العقار فلا بد من مسوغ شرعى لبيعه . ومثل البيع فيما ذكر من الاحكام الشراء فللوصى المختار أن يشترى للصغير شيئا من أجنبى سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير فلو كان فيه غبن فاحش لم ينفذ على الصغير فان اشترى من غير أجنبى منه ومن الموصى فعلى الخلاف المتقدم بين الامام وصاحبيه فى البيع — ولا يخفى أن الغبن فى حالة الشراء يكون زيادة فى الثمن وفى البيع يكون نقصا منه والفرق بين الغبن اليسير والفاحش أن الغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش

وكل هذه الاحكام بالنسبة للوصى المختار أما وصى القاضى فلايجوز له أن يبيع شيئا من أموال اليتيم لمن لاتقبل شهادته له لانه وكيل القاضى ففعله كفعل الموكل وفعل للوكل قضاء وهو لايقضى لمن لاتقبل شهادته له

ومثل البيع الشراء — انظر مادة — (٤٥٧)

وان باع الوصى المختار لنفسه شيئا من أموال اليتيم صح هذا البيع عند الامام ولكن تشترط الخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما أن يكون عقارا أو منقولا فان كان عقارا فالخيرية التضعيف فلا بد أن يشترى مايساوى خمسين بمائة وان كان منقولا فالخيرية فيه زيادة الثلث بالنسبة للكل فلو كان يساوى عشرة واشتراه بخمسة عشر فبها والا فلا يصح

ومثل البيع فى الاحكام المذكورة الشراء لليتيم من أمواله فاذا اشترى الوصى المختار لليتيم شيئا من أموال نفسه فلا يصح هذا الشراء الا بالخيرية وهى هنا تكون نقصا فى الثمن وهى بالنسبة للعقار أن يبيعه له بنصف القيمة وفى المنقول بثلثى قيمته فلو كان يساوى خمسة عشر وباعه له بعشرة فبها والا فلا يصح (انظر وتأمل)

وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وان لم تكن على الثلثين والثلث فاذا اشترى مايساوى ثمانية بعشرة أو باع مايساوى عشرة بثمانية كان هذا العقد صحيحا نافذا وهو وجيه اذ الغرض من وجود الخيرية فى هذا العقد نفى الشبهة عن الوصى وهى تحصل بما ذكر فلا يشترط فيها نقص الثلث أو زيادته

(مادة ٤٥٧) يصح بيع الوصى مال اليتيم غير العقار لاجنبى منه ومن الميت بمثل القيمة وبيسير الغبن لا بفاحشه وكذا شراؤه مال الاجنبى منهما عقاراً أو منقولا لليتيم بما ذكر لا بفاحشه . ولا يصح بيع وصى الاب لمن لا تقبل شهادته له ولا لوارث الميت الا بالخيرية الآتى بيانها فى العقار وغيره فلو كان وصى القاضى لم يجز لمن لا تقبل شهادته له كما لا يجوز لنفسه

وان كان وصى القاضى فلا يجوز بيعه شيئا من أموال اليتيم لنفسه ولا شراؤه شيئا من أمواله لليتيم ولو بالخيرية لانه وكيل عن القاضى ففعله كفعله وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لنفسه – انظر مادة (٤٥٨)

وعند ما يبيع الوصى مال اليتيم لا يشترط أن يكون الثمن معجلا بل يجوز أن يكون نسيئة أى مؤجلا الى وقت معلوم ولكن يشترط أن لا يكون الاجل طويلا لان فيه تضييع فائدة أموال اليتيم فى هذه المدة بخلاف المدة القصيرة فان التجارة لا تستغنى عنها ويشترط ايضا أن يكون المشترى قادرا على دفع الثمن ولا يخشى منه الانكار والامتناع عن الدفع عند حلول الاجل لان تصرفات الولى نظرية والنظر فيما ذكر لا فى غيره – انظر مادة (٤٥٩)

واذا كان على الوصى دين فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم فان فعل يكون ضامنا بلا شك واذا حضر اليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئا من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعى بأن يأخذ منه شيئا من المثليات يستهلكه فى حاجته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له اعطاؤه شيئا منه لان فيه

(مادة ٤٥٨) يجوز لوصى الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم وان يشترى لنفسه مال اليتيم ان كان فيه خير والخيرية فى العقار فى الشراء التضعيف وفى البيع التنصيف وفى غير العقار ان يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير — ولا يجوز لوصى القاضى ان يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم مطلقا

(مادة ٤٥٩) يجوز للوصى ان يبيع مال اليتيم من أجنبى نسيئة بشرط أن لا يكون الاجل فاحشا وان يكون المشترى لا يخشى منه الجحود والامتناع عن الدفع عند حلول الاجل

تعطيلا للاموال بدون استثمار والوصى مأمور بتنمية أموال اليتيم ولكن لما كان القرض لايكون الا لمحتاج لان الظاهر أن الشخص لايطلب من غيره شيئا الا اذا كان محتاجا اليه حث الشارع عليه فى مواضع كثيرة ولذا قال الفقهاء إنّ الوصى وان كان لايجوز له اقراض مال اليتيم لكنه لوفعل ذلك لايعد خائنا فلا يعزل من الوصاية ويكون ضامنا لما أقرضه

وأما القاضى فيجوز له ذلك لانه قادر على تخليص مثله فى أى وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقا بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئا موافقا يشتريه لليتيم بهذا المال ويستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أى يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذا لم يمكنه استثمار المال بأى طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضمونا عليه ويرده فى الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضى أخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملك الاقراض والمعول عليه أن الاب كالوصى لا كالقاضى فلا يجوز له اقراض مال ولده وكما لايجوز للوصى إقراض مال اليتيم لغيره كذلك لايجوز له أخذه قرضا فلو أخذه كان ضامنا لما أخذ لانه صار مستهلكا للاموال فيضمن مثلها لصاحبها وقال محمد أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء فلا بأس به (انظر)

واذا كان على الوصى دين لليتيم بأن اشترى شيئا من أموال اليتيم لنفسه وكان فى هذا الشراء نفع للصغير أو استهلك شيئا من أمواله فلا يصح أن يرهن شيئا من أموال نفسه عند اليتيم بالدين الذى عليه وينبنى على ذلك أنه

لو فعل وهلك الشيء الذى رهنه لم يسقط شيء من دين اليتيم بل هو باق على الوصى فيطالب به

ومثل هذا مااذا كان على اليتيم دين للوصى بأن باع له الوصى شيئا من أملاكه وكان فى البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه أو اشترى له شيئا من أجنبى ودفع الثمن من مال نفسه وأشهد على الرجوع فلا يصح أن يأخذ شيئا من أموال اليتيم يرتهنه عنده بهذا الدين وليس الاب كالوصى فى ذلك فله أن يرهن ماله عند ولده بدين عليه له وله أن يرتهن مال ولده اذا كان على الولد دين له وقالوا فى الفرق بينهما إن الاصل ان الواحد لايتولى طرفى العقد فى الرهن أى لايكون راهنا ومرتهنا لكنا تركنا ذلك فى الاب لوفور شفقته فنزل منزلة شخصين ونزلت عبارته منزلة عبارتين بخلاف الوصى فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة (تأمل)

وبما أن المانع من رهن مال اليتيم عند الوصى عدم جواز تعدد العاقد فحينئذ يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره سواء كان هذا الدين على الميت أو على اليتيم أو على الوصى فاذا مات شخص مدين لغيره وأقام وصيا على أولاده فلهذا الوصى أن يرهن شيئا من أموال الأيتام عند دائن الموصى

وكذلك لو اتجر لليتيم أو أذن له بالتجارة فركبته ديون أو اشترى الوصى له شيئا ولم يدفع ثمنه كان الدين على اليتيم وان كان الوصى هو المطالب به فله أن يرهن شيئا عند الدائن من مال اليتيم لان الاولى له التجارة فى مال اليتيم تثميرا له فلم يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء وكل منهما جائز وكذلك لو استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه

فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز

وكما يجوز للوصى أن يرهن مال اليتيم بدين على الميت أو اليتيم يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو عند الامام الاعظم ومحمد لانه يملك ايداعه عند غيره والرهن أنظر منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضمونا عليه والوديعة أمانة وقال أبو يوسف وزفر لايجوز وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء يعنى أنه لايجوز للوصى أن يقضى دينه من مال اليتيم فلا يجوز له أن يرهنه به وأجاب الامام ومحمد عن هذا بأن هناك فرقا بين حقيقة الايفاء والرهن لان فى الاول ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الثانى نَصْبُ حافظ لمال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه فوضح الفرق وقالوا إن الظاهر مذهب الامام وان الخلاف فى هذه المسئلة مبنى على خلاف آخر وهو أنه اذا باع الوصى مال الصغير من دائنه تقع المقاصة ويضمنه للصبى عندهما وعند أبى يوسف لاتقع المقاصة فيأخذ الوصى الثمن من المشترى ويأخذ المشترى دينه من الوصى وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باع الشىء الموكل ببيعه من دائنه فعندهما تقع المقاصة بنفس العقد ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لاتحصل المقاصة لانه اذا كان لايملك قضاء دين نفسه من مال الصبى بطريق البيع فكذلك لايملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشترى والخلاف المتقدم بالنسبة للوصى جار فى الاب

ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيها لان هناك فرقا بين ايداع مال اليتيم ورهنه اذ المودع له أن يسترد الوديعة في أي وقت شاء بدون أن يلزم بشيء بخلاف الراهن فليس له أن يسترد الرهن من المرتهن الا بعد سداد الدين فلو رهن الوصي مال اليتيم عند دائنه وأراد استرداده كان للمرتهن الحق في أنه لا يسلمه له الا بعد أن يستوفي دينه وربما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين فتتعطل منفعة هذا الشيء على الصغير. وهذا لا يلزم على قول أبي يوسف اذ الوصي لا يملك هذا فيسترد من المرتهن بدون أن يكون له حق في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه وما معنى عدم تجويز قضاء دينه من مال اليتيم وحصول المقاصة عند البيع أليس في هذا قضاء دينه وتكون حيلة وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصة عند ما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين اللهم الا اذا كان جواز الرهن وحصول المقاصة مقيدين بما اذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقييدهم جواز اقراض القاضي مال اليتيم بما اذا لم يمكن استثماره في الوقت الذي يبقى فيه عند المستقرض ولكني لم أر هذا القيد

ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجودا عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن هلك بالاقل من الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا أن الوصي رهن شيئا من أموال اليتيم قيمته خمسون جنيها وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الوصي ويلزمه دفع هذا المبلغ الى الصغير لانه صار قاضيا دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين اكثر من خمسين جنيها سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها أقل من الدين ويضمنها الى الصبي ويدفع الزائد الى الدائن

وان كان الدين أربعين جنيها فقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين أقل من القيمة فى هذه الحالة ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين الى الراهن لان الزائد أمانة وهى لا تضمن الا بالتعدى والموضوع أنه هلك من غير تعد فلا يضمنه ويلزم الوصى أن يعطى للصغير قدر الدين لا الزيادة

وكما يجوز للوصى أن يعطى رهنا بالدين المطلوب من الميت واليتيم يجوز له أن يأخذ رهنا بالدين المطلوب لواحد منهما وأن يأخذ كفيلا أى ضامنا به لان فى كل منهما منفعة عائدة على الصغير والوصى له أن يعمل كل مافيه خير بالنسبة له — أنظر مادة (٤٦٠)

وبما أن الوصى له الولاية على أموال اليتيم فله أن يتولى التصرفات الجائزة له شرعا بنفسه وله أن يوكل غيره ليباشرها اذ التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه ولا شك فى أن الوصى مالك لهذه التصرفات فله ان يملكها لغيره ويتصرف هذا الغير بالنيابة عنه واذا مات الموكل انعزل الوكيل فالشخص الذى وكله الوصى ينعزل بموت الوصى أو اليتيم لانه فى الحقيقه نائب عنهما — أنظر مادة (٤٦١)

وينبنى ان على تصرفات الوصى فى مال اليتيم مقيدة بالمصلحة أنه اذا

(مادة ٤٦٠) لايجوز للوصى قضاء دينه من مال اليتيم ولا اقراضه ولا اقتراضه لنفسه ولا رهن ماله عند اليتيم ولا ارتهان مال اليتيم وله رهنه من أجنبى بدين على اليتيم أو على الميت أو على نفسه وأخذ رهن وكفيل بالدين المطلوب لليتيم وللميت

(مادة ٤٦١) يجوز للوصى أن يوكل غيره بكل ما يجوز له أن يعمله بنفسه فى مال اليتيم . وينعزل الوكيل بموت الوصى أو الصبى

كان شخص فى ذمته دين لليتيم مستحق للدفع فى الحال أو بعد زمن مخصوص فليس له أن يبرئه من كل الدين أو بعضه ولا أن يؤجل الدين المستحق الدفع فوراً الى زمن سواء كان طويلا أو قصيراً لانه لامصلحة فى ترك كل الدين أو بعضه بدون عوض ولا فى تأجيله لان فيه تعطيل المال مدة الأجل فلو حصل من الوصى ذلك فلا يصح ويطالب المدين بكل الدين فى صورتى اسقاط الوصى كله أو بعضه ويدفعه فى الحال فى صورة التأجيل وليس للمدين ان يمتنع عن ذلك محتجا بما صدر من الوصى لانه غير صحيح فلا يحتج به ولكن محل هذا اذا كان الدين ثابتا بغير عقد الوصى بأن باع الموصى قبل وفاته شيئا لشخص ومات ولم يقبض الثمن أو استهلك شخص شيئا من أموال الصغير وألزم ببدله فان الدين مستحق لليتيم ووجوبه بغير عقد الوصى فلا يجوز له التصرف فيه الا بما يعود بالنفع على اليتيم وهذا بالاتفاق

أما اذا كان الدين واجبا بعقد الوصى كما اذا باع شيئا من أملاك اليتيم لغيره بثمن مستحق الدفع فى الحال أو كان الموصى قبل وفاته وكّلَ الوصى ببيع شىء من أملاكه فباعه ولم يقبض الثمن من المشترى حتى مات الموصى فقال أبو يوسف هو كالاول فى الحكم وقال الامام الاعظم ومحمد يصح ابراء الوصى المدين من كل الدين أو بعضه وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمة المدين من كل الدين أو بعضه ولا يطالب بالدين الا عند حلول الاجل ولكن الدين لا يضيع على اليتيم بل يلزم الوصى دفعه فى الحال — وتأمل فى كل من القولين وانظر ما يوافق مصلحة الصغير لما تقدم لك فى شرح مادة (٤٦٠) أنظر مادة (٤٦٢)

---

(٤٦٢) لا يملك الوصى ابراء غريم الميت عن الدين ولا أن يحط منه شيئا

ومما ينبنى على أن تصرفات الوصى ان كان فيها مصلحة للصغير نفذت والا بطلت صلح الوصى عن الدين المدعى به للموصى أو لليتيم أو عليهما فان كان فى الصلح منفعة للصغير جاز والافلا ـ وبيانه انه اذا كان للموصى على آخر الف جنيه مثلا ومات قبل أخذها منه فاما ان يكون اثبات هذا الدين ممكنا لو رفعت الدعوى على المدين أو غير ممكن

فان كان الاول بان وجدت بينة عادلة لاثباته أو لم توجد ولكن المدين مقر بالدين أو انتفى الامران ولكن الدين مقضى به عليه فاما ان يصالح الوصى المدين على شىء من حنس الدين أو من غير جنسه فان صالحه على جنسه بان قال له صالحتك عن الالف التى عليك لموصى على تسعمائة جنيه مثلا كان هذا الصلح لاغيا لانه فى هذه الحالة يكون آخذاً لبعض الحق وتاركا للبعض الآخر ويترتب على الغائه ان الوصى له مطالبة المدين بكل الدين ويلزم بدفعه غير محتج بالصلح الذى حصل لانه غير معول عليه . وان صالحه على غير جنسه بأن قال له صالحتك عن الالف التى عليك على بيتك الفلانى مثلا فاما أن يكون البيت يساوى هذا المبلغ او اكثر منه أو أقل فان كان الاول او الثانى فلا كلام فى صحته لان الصلح فى هذه الحالة معاوضة اذ الوصى اشترى البيت من المدين بالدين الذى عليه وهو يملك ذلك خصوصا فى الحالة الثانية لظهور النفع لليتيم وان كان الثالث فاما أن يكون الغبن يسيرا أو فاحشا فان كان يسيرا صح أيضا اذ الغبن اليسير مغتفر لانه لا يمكن التحرز عنه ففى

ولا أن يؤجله اذا لم يكن ذلك الدين واجبا بعقده فان كان واجبا بعقده صح الحط والتأجيل والابراء ويكون ضامنا

اعتباره سد باب التصرفات وان كان الغبن فاحشا فلا ينفذ على اليتيم لان الوصى وان كان يملك الشراء له الا أنه مقيد بعدم الضرر والضرر هنا موجود فيلغو بالنسبة لليتيم

وان كان الثانى وهو ما اذا كان اثبات الدين غير ممكن بأن لم يكن هناك طريق من طرق الاثبات المتقدمة جاز للوصى أن يصالح عن الدين على أقل منه سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لان منفعة الصغير والحالة هذه فى الصلح اذ أخذ بعض الحق وترك البعض الآخر أصلح ولا شك من ضياع الكل

وكل ماقيل بالنسبة للدين الذى ثبت للموصى ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للدين الذى ثبت أولا لليتيم فاذا تعدى شخص على شىء من أموال اليتيم وأهلكه صار بدله دينا فى ذمته له والوصى هو المطالب به فاذا صالحه الوصى عن هذا الدين على شىء فالتفصيل والاحكام المتقدمة تجرى هنا أيضا بلا خلاف ولكن هذا اذا وجب الدين بغير عقد الوصى فان وجب بعقده فقال الامام ومحمد يجوز الصلح ولو كان المصالح عليه أقل من الدين وكان الدين ثابتا ويضمن الوصى النقص وقال أبو يوسف لايصح أصلا — ومثل ماقيل فى الدين المدعى به للميت أو لليتيم يقال فى الدين المدعى به على واحد منهما فاذا ادعى شخص أن له فى ذمة الميت مبلغ كذا أو أن اليتيم استهلك له كذا وطالب الوصى بالدين أو ببدل المستهلك فان كان غير ثابت فلا يجوز للوصى مصالحة المدعى ولو بأقل مما ادعى به للحوق الضرر بالصغير وان كان ثابتا جاز له الصلح سواء كان المصالح عليه أقل من المدعى به أو مساويا له

ومحل سريان هذه الاحكام فى الصلح اذا كان بدل الصلح من مال اليتيم فان كان من مال الوصى صح الصلح مطلقا أى سواء كان الدين ثابتا أو غير ثابت وسواء كان بدل الصلح أقل من الدين أومسايا له أو أكثر لان الوصى له أن يتصرف فى ملكه بما شاء لمن أراد

واعلم أن طرق اثبات الدين المدعى به للميت أو لليتيم ثلاث البينة وقضاء القاضى واقرار المدعى عليه وأما طرق اثبات الدين المدعى به على الميت أو على اليتيم فاثنان البينة وقضاء القاضى أما الاقرار فلا يثبت به هذا الدين

والسبب فى ذلك أن الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره والمدعى عليه فى الاول من أهل الاقرار فاذا أقر بشىء لزمه بخلافه فى الثانى لان الميت غير موجود والصغير ليس من أهل الاقرار والوصى وان كان قائما مقام الموصى وله الولاية على أموال اليتيم الا أنه لايصح اقراره عليهما لما عرفته من ان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى المقر الى غيره ولذا لايصح اقرار الوصى بدين أو عين أو وصية على الميت فاذا قال ان فلانا يستحق عند موصى مائة جنيه مثلا فلا يثبت المقر به بهذا الاقرار ولوكان فى التركة بيت فقال ان هذا البيت الذى تعهدون أنه من تركة موصى ليس له وانما هو لفلان لم يصح هذا الاقرار أيضا وكذا اذا قال إن موصى أوصى لفلان بربع أمواله كان هذا الاقرار لاغيا للسبب المذكور فلا يثبت كل ذلك الا بحجة غير اقرار الوصى — أنظر مادتى (٤٦٣ و٤٦٤)

(مادة ٤٦٣) للوصى أن يصالح عن دين الميت ودين اليتيم اذا لم يكن لهما بينة والغريم منكر وليس له أن يصالح على أقل من الحق اذا كان بينة عادلة أو كان الغريم

هذا حكم اقرار الوصى على الميت وأما اقرار الوارث على المورث فانه يؤاخذ به لو كان من أهل الاقرار فاذا أقرت الورثة بدين أو بوصية على مورثهم وكان الكل من أهل الاقرار نفذ عليهم فان أقر أحدهم وهو من أهله فان صدقه الباقى فى هذا الاقرار نفذ عليهم أيضا وان لم يصدقوه فلا خلاف فى أن اقراره يسرى عليه فقط اذ الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره الا بتصديق منه وانما الخلاف فى أنه هل يأخذ المقر له بالدين جميع المقر به من نصيب المقر ان كان يفى به أو يأخذ منه بقدر مايخصه وبنبنى على هـذا أنه اذا ترك شخص ثلاث بنين وتركته تساوى أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فادعى شخص أن له دينا على مورثهم وقدره الف وخمسمائة جنيه فان صدقه الكل وهم من أهل التصديق أخذ كل الدين من التركة وبعد ذلك يقتسمون الباقى بينهم لان الارث مؤخر عن قضاء الدين وان صدق المدعى أحدهم ولم يوافقه الباقى قال بعضهم يأخذ المقر له جميع نصيب المقر ان كان يفى بدينه وان كان نصيبه أقل من المقر به كما اذا كانت التركة فى هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه أخذ جميع نصيبه فقط وقال بعضهم يأخذ المقر له من نصيب المقر مايخصه فى هذا الدين وهو فى هذا المثال خمسمائة جنيه — واحتج الاول بأن المقر مؤاخذ باقراره فيعمل به فى حق نفسه وقد تضمن اقراره أنه لايستحق شيئا من تركة مورثه الا بعد قضاء الديون

مقراً به أو كان مقضياً به عليه . وان ادعى على الميت أو اليتيم حق ولمدعيه بينة عليه أو كان مقضياً له جاز صلح الوصى بقدر قيمة المدعى به

(مادة ٤٦٤) لايصح اقرار الوصى بدين أو عين أو وصية على الميت

فيؤخذ منه كل مايستحقه فى التركة ان وفى بالدين وان لم يوف فلايؤخذ منه الباقى لان الشخص اذا توفى وعليه ديون لاتفى تركته بها فلا يلزم الوارث بسداد الباقى بعد التركة - ووجه الثانى كلامه بأن قولهم المقر مؤاخذ باقراره مقيد بما اذا كان هذا الاقرار على نفسه فان كان على الغير فلايسرى عليه الا بقدر مايخصه وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه بل أقر بدين على المورث ليؤخذ من كل التركة وبما أنه أخذ جزأ منها فقط فيؤخذ منه بقدر مايخص ذلك الجزء من الدين ويلزم على أخذ الكل من حصته الاضرار به فيؤدى ذلك الى انكاره الدين ان كان يعلم به لان اقراره يعود عليه بالضرر والذى يؤخذ من كلامهم ترجيح الاول ولكن من تأمل وجد القول الثانى أرفق وأعدل وأبعد عن الضرر فليكن المعول عليه - وعمل هذا اذا لم يعلم هذا الدين الا بطريق اقرار أحد الورثة فان علم بالبينة ولو كان المقر أحد الشاهدين قبل القضاء عليه بالاقرار لزم الدين كل الورثة لان البينة حجة متعدية أما لو كان بعد القضاء عليه فلا تقبل شهادته لان فيها فائدة له بالزامه ببعض الدين بعد ان كان ملزما بالكل على القول الاول ولو أراد المدعى أن يقيم بينة على المقر يقبل منه ذلك لان فى اقامتها فائدة له وهى الزام الكل بالدين فهذا من المواضع التى تسمع البينة فيها على المقر

وهذا الخلاف انما هو بالنسبة للاقرار بالدين فاذا كان الاقرار بالوصية فاتفقوا على ان مدعى الوصية لايأخذ من نصيب المقر الا بقدر مايخصه فاذا توفى شخص وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف جنيه وأخذ كل ابن الفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فقط يؤخذ

منه ثلث مافى يده لان المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان اقرارا فيما فى يده قبل وما كان اقرارا فيما فى يد غيره لايقبل فيجب ان يسلم الى الموصى له ثلث مافى يده وهو حسن — أنظر مادة (٤٦٥)

وبما أن كل شخص يمدح شرعا وعرفا اذا اعتدل فى النفقة بلا إسراف ولا تقتير لقوله تعالى (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) فلو خالف ذلك ترتب عليه ما أوعده الله تعالى به (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) والوصى هو القائم بأمور اليتيم فينفق عليه لا على وجه الاسراف ولا على وجه التضييق بل يراعى الحال وذلك متفاوت بقلة مال الصغير وكثرته واختلاف حاله فينظر فيها وينفق عليه قدر مايليق به ولو فرض تقدير النفقة لليتيم بشىء ورأى الوصى أنه لايكفيه فله أن يزيد على قدر الكفاية وهو ظاهر — أنظر مادة (٤٦٦)

والصغير لايخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة أحوال. الاول أن يكون

(مادة ٤٦٥) اذا أقر أحد الورثة بدين على الميت صح اقراره فى حصته لا فى حصة غيره من بقية الورثة ويأخذ المقر له منها بقدر ما يخصه وهو الارفق وكذا ان أقر له بالوصية بالثلث لزمته فى ثلث حصته

(مادة ٤٦٦) ينبغى للوصى أن لا يقتر ولا يسرف فى النفقة على اليتيم بل يوسع عليه فيها بحسب ماله وحاله ليكون بين ذلك قواما وله أن يزيد فى النفقة المفروضة ان كانت غير كافية

له مال حاضر عنـد الوصى . الثانى ان يكون له مال غائب . الثالث ان لايكون له مال أصلا . فان كان الاول أنفق عليه الوصى مراعيا ماذكر من اعتبار ماله وحاله . وان كان الثانى واشترى له الوصى شيئا ودفع ثمنه من مال نفسه ثم أراد أخذه من مال الصغير بعد حضوره فان كان الشيء الذى اشتراه له ضروريا كالطعام والـكسوة قال بعضهم لايكون متطوعا فله أن يرجع بهذا الحق أشهد على ذلك أو لم يشهد وقال بعضهم يكون متطوعا فى الانفاق الا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لان قول الوصى لايقبل فى الرجوع فيشهد لذلك — وان كان الشيء الذى اشتراه له غير ضرورى كبيت أو فرس ثبت له الرجوع أشهد أو لم يشهد — وان كان الثالث وهو ما اذا لم يكن له مال أصلا فان كانت نفقة الصغير واجبة على الوصى كأن يكون عما أو خالا للصغير واشترى له شيئا من لوازمه الضرورية كالطعام والـكسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد أن يصير ذا مال لانه واجب عليه وان لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه ففيه الخلاف المتقدم وأما اذا كان الشيء الذى اشتراه له ليس ضروريا كعشرة أفدنة مثلا ثبت له الرجوع على الصغير سواء كانت نفقته واجبة عليه أو غير واجبة

هذا بالنسبة للوصى أما الاب فقال بعضهم هو كالوصى وقال بعضهم إنه يخالفه فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه فى كل صورة من الصور الا اذا أشهد ولم يكن الشيء المشترى واجبا عليه وعن أبى حنيفة ان الاب اذا اشترى لابنه شيئا ليس بواجب عليه ولم يكن له مال أصلا فليس له حق فى الرجوع عليه بثمنه عند مايصير ذا مال وان أشهد . والأم فى ذلك كالاب وقالوا ان

هذه الاحكام بالنسبة للقضاء وأما الديانة فيكفى كلا منهما النية وبالجملة فقد اضطربت الاقوال وتشعبت الآراء واختلفت النقول فى هذا الموضوع والذى يظهر أن الشىء المشترى إما ان يكون واجبا على الأب والوصى أولا فان كان الاول فلا رجوع لكل منهما وان أشهد وان كان الثانى ثبت هذا الحق للوصى وان لم يشهد وأما الأب فلا يثبت له الا اذا أشهد لان الغالب من شفقة الوالد الانفاق على الأولاد وتمليكهم شيئا للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصى الاجنبى فلا يحتاج فى الرجوع الى الاشهاد — أنظر مادة (٤٦٧)

وبما ان الوصى قائم مقام الموصى فيما له وعليه يكون هو المطالب بما على الموصى فاذا ادعى شخص على الميت دينا فالخصم فى هذه الدعوى هو الوصى فله أن يقضيه من التركة لما له من الولاية عليها ولا يلزم برد بدله الى التركة ولكن على التفصيل الآتى

وبيان ذلك أن الدين المدعى به على الميت إما ان يكون ثابتا أو غير ثابت فان كان ثابتا وقضاه من التركة فلا يضمنه من ماله وثبوته يكون بأحد أمور ثلاثة أولا اذا أقيمت بينة عادلة لاشبهة فيها فى وجه الوصى وألزمه القاضى بدفعه . ثانيا اذا كان مقضيا به على الموصى قبل وفاته ولم يدفعه ثالثا اذا صدقت الورثة المدعى بالدين فى دعواه وهم من أهل التصديق ففى هذه الاحوال اذا قضى الوصى الدين من التركة فلا يضمن بدله من ماله بالاتفاق

(مادة ٤٦٧) اذا احتاج اليتيم للنفقة وله مال غائب أو لا مال له ولم يكن لوصى ممن تجب نفقة الصغير عليه فى صورة كونه لا مال له أصلا وأنفق عليه الوصى من مال نفسه فى لوازمه الضرورية فليس له الرجوع عليه الا اذا أشهد أنه أنفق ليرجع

وان كان غير ثابت بأحد هذه الثلاثة ولو كان الوصى يعلم به كأن أقر الموصى قبل وفاته بين يدى الوصى بأن فلانا يستحق عنده كذا أو عاين الوصى أن الموصى استهلك مال انسان ولم يدفع بدله حتى مات فقال بعضهم له أن يقضى ذلك الدين وقال البعض الآخر ينبغى للوصى أن لا يقضيه ويظهر ان هذا الخلاف بالنسبة للقضاء اما بالنسبة للديانة فله ذلك اتفاقا كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلع على كتب الفقه ويتفرع على ذلك ان الوصى لو قضى هذا الدين ولم ترفع المسئلة للقاضى فلا يلزم الوصى بردمثل الدين الى التركة ويكون ناجيا عند الله تعالى اتفاقا لانه قضى دينا واجبا على الموصى قصر فى أدائه . أما اذا رفعت المسئلة الى القاضى ألزمه بدفع بدله متبعا قول من لا يُجَوِّز له قضاء الدين فى هذه الحالة لانه المعول عليه ومحل ذلك اذا لم يكن للوصى بينة على ثبوت الدين فاذا أراد اقامة البينة أجيب الى طلبه لأنه يدفع عن نفسه الضمان فان لم تكن له بينة وادعى ان الورثة يعلمون هذا الدين سئلوا فان صدقوه وهم من أهل التصديق فبها وأن أنكروا فله تحليفهم على نفى العلم بهذا الدين لا على نفى ثبوته دفعاً للضرر عنهم فان حلفوا أنهم لا يعلمون بأن هذا الدين على مورثهم ضمنه الوصى وان امتنعوا عن اليمين حكم القاضى ببراءة ذمته لان امتناعهم بذل أو اقرار — أنظر مادة (٤٦٨)

(مادة ٤٦٨) اذا قضى الوصى دينا على الميت بلا بينة من الغريم وقضاء القاضى ولا تصديق من الورثة فعليه الضمان ان لم يكن للوصى بينة أيضا على ثبوت الدين وحلف الوارث على عدم علمه بالدين

ومن حيث ان الوصى يصرف زمنا من عمره فى شؤون الصغير ولو صرفه فى شؤون نفسه لازدادت ثروته فهو يستحق أجرة على هذا العمل ولكن هذا ليس متفقا عليه لأن بعضهم يفصل قائلا الوصى إما ان يكون محتاجا أو غير محتاج فان كان الأول فله طلب الاجرة وان كان الثانى فليس له ذلك مستدلا بقوله تعالى (ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) وبعضهم يقول له الأجر مطلقا أى سواء كان محتاجا أو غير محتاج اذا طلب ذلك لانه اذا امتنع عن القيام بالوصية الا بأجر فلا يجبر على العمل لانه متبرع ولا جبر على المتبرع وهذا هو الظاهر والأجر لا يقدر بشىء معين بل يكون على قدر عمله — أنظر مادة (٤٦٩)

وبما أن أموال الصغار تحت يد الوصى فهو الذى يقوم بجميع لوازمهم من هذه الاموال الى أن يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الاموال لان المانع قد زال . ولما كانت الاموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ماهى عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص او الزيادة لانه قائم مقامهم والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون فى مالهم لا فى مال الوصى لانها فى فائدتهم وكل شىء يدعيه الوصى حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه لان الاموال ملكهم فلهم أن يقروا على مايدعيه وان كذبوه ورفعوا الامر الى القاضى أحضره وسأله عن مقدار المال الذى صرفه فى مدة صغرهم

(مادة ٤٦٩) للوصي اذا عمل أجرة مثل عمله ان كان محتاجا والا فلا أجر له

فعند جوابه إما أن يُجمل أو يفصل فان كان الاول بأن قال صرفت عليهم خمسمائة جنيه مثلا فاما أن يكون معروفا بالامانة أولا فان كان معروفا بها وكان الظاهر لا يكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعيه يزيد عن لوازمهم فى تلك المدة فان ادعى سببا مقبولا كأن قال اشتريت لهم طعاما فسرق أو كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ماذكر صدق أيضا ان لم يدع تكرار ذلك مرارا

وان كان غير معروف بالامانة فلا يكتفى منه بالاجمال بل يجبر على التفصيل بالطرق التى يراها القاضى مؤدية لذلك ولكن لا يحبسه فان بين لكل جهة مقدارا من المال فاما ان يكون مسلطا شرعا على الصرف فى تلك الجهات أولا يكون فان كان الاول صدق ان لم يكذبه الظاهر كما اذا قال صرفت فى سنة كذا مائة وخمسين جنيها ثمانون منها للنفقة وعشرون للتعليم والاولاد صالحة له وثلاثون لخراج الارض وعشرون لعوائد الاملاك وكان الظاهر لا يكذبه فى كل ذلك صدق أيضا لانه مسلط شرعا على مثل هذه التصرفات — أنظر المواد (٤٧٠) و (٤٧٢) و (٤٧٤)

(مادة ٤٧٠) اذا كبر الصغار فلهم محاسبة الوصى ومصاريفها عليهم لكن لو امتنع عن التفصيل لا يجبر عليه والقول قول بيمينه فيما أنفق هذا ان عرف بالامانة والا أجبر على التفصيل باحضاره يومين او ثلاثة وتخويفه بلا حبس ان لم يفصل بل يكتفى بيمينه فيما لا يكذبه الظاهر مما هو مسلط عليه شرعا

(مادة ٤٧٢) يصدق الوصي بيمينه فيما هو مسلط عليه شرعا من التصرفات

(مادة ٤٧٤) لا يقبل قول الوصى فيما يكذبه الظاهر

وان كان الثانى وهو مااذا ادعى شيئا لم يكن مسلطا عليه شرعا فلا يقبل قوله ولو حلف الا اذا أقام بينة وهذا يتحقق فى مسائل كثيرة

منها مااذا ادعى انه قضى دين الميت بلا أمر قاض فانه فى هذه الحالة يكون ضامنا الا اذا أقام بينة على ذلك ولكن لابد من أن يقيمها على ان الدين ثابت ودفعه من مال الصغير أما مجرد اقامة البينة على قضاء الدين فليس كافيا فى عدم الضمان وقد تقدم لك هذا المبحث بما لامزيد عليه فى شرح مادة (٤٦٨) فارجع اليه ان شئت

ومنها ما اذا ادعى انه قضى دينا على اليتيم من مال نفسه ويريد أخذه من مال الصغير الآن فلايصدق فى ذلك الا اذا أقام بينة على أدائه من ماله ليرجع به فى مال الصغير وقد تقدم هذا أيضا فى شرح مادة (٤٦٧) ومافيه من الخلاف والظاهر من كلامهم فيه فراجعه

ومنها مالو قال الوصى لليتيم إنك استهلكت مالا لفلان فى صغرك فأديت بدله من مالك فقال الصغير لم أستهلك شيئا فلا يصدق الوصى الا اذا أقام بينة على استهلاكه للمال ودفع بدله لمالكه وكذا لو ادعى فى هذه الحالة انه دفع بدله من مال نفسه وأراد أخذه من مال الصغير فلا بد من إقامة البينة على الاستهلاك وعلى انه دفع من ماله ليرجع على ماتقدم من الخلاف فى هذه المسئلة

ومنها ما اذا قال الوصى فرض القاضى لأخيك الذى يستحق النفقة فى مالك كل شهر كذا فأديت له منذ خمس سنين مثلا وهو ينكر ففى هذه المسئلة لايقبل قول الوصى فيكون ضامنا مالم يقم البينة على فرض القاضى

واعطاء المفروض للأخ لان هذا ليس من حوائج اليتيم والوصى انما يقبل قوله فيما كان من حوائجه

ومنها ماإذا ادعى انه اذن له فى التجارة فخسر وصار مدينا فقضى الديون التى لزمته من ماله فان لم يقره الصغير على ذلك فلا يصدق الا اذا أقام بينة

ومنها ماإذا ادعى انه أدى خراج الارض ولكن هذا ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان ادعاؤه فى وقت لاتصلح الارض للزراعة أما لو كانت الارض صالحة لها كان القول له بلا اقامة بينة لان الحال شاهد له بخلاف الاول ويظهر ان هذا مقيد بما اذا كان الاختلاف فى دفع خراج هذه السنة لانها لو كانت صالحة الآن وكانت الدعوى بعدم صلاحيتها للزراعة قبل هذا التاريخ والوصى يدعى دفع الخراج فى الوقت الذى كانت غير صالحة فيه فمتى أثبت ذلك بالبينة قبلت ولكن بعد اثباته انه بذل كل مافى وسعه لرفع الظلم ولم يرتفع بأن قرر من عاين الاطيان من قبل الحكومة انها تستغل فيدفع عنها الخراج فعارض فى ذلك ولم تسمع شكواه فانه والحالة هذه يكون مضطرا فى الدفع فيقبل قوله متى أثبته وما على الصغير بعد بلوغه رشده الا أن يرفع ظلامته الى محل الاختصاص ليرد اليه ماأخذ من أمواله ظلما . فالظاهر انه لاينظر الى أن الارض صالحة للزراعة أو غير صالحة وقت الخصومة بل ينظر اليها فى الوقت المدعى دفع الخراج فيه وظروف الدعوى وأحوالها واثباتها وعدمه

ومنها ماإذا ادعى انه زوجه امرأة فى صغره ودفع له المهر ولكن ان

كانت المرأة حية صدق لان وجودها أقوى شاهد على مايدعيه فان كانت المرأة ميتة فلا يقبل قوله الا اذا أقام بينة

وانظر هذا مع ماتقدم لك فى مادة (٣٨) من أن الوصى لايجوز له أن يزوج اليتيم واليتيمة ولو أوصى اليه الاب بذلك اللهم الا أن يكون هذا جاريا على الرواية القائلة بان الوصى يملك التزويج ان اوصى اليه الاب به أو تكون المسئلة مفروضة فى وصى له الولاية على النفس من جهة القرابة كالاخ والعم

ومنها مااذا ادعى الوصى انه يستحق فى مال الصغير خمسين جنيها لانه اتجر فى خمسمائة جنيه منها فربح مائة وأن هذه التجارة لم تكن للصغير خاصة بل الوصى له نصف الربح لانه كان مضاربا أى آخذا مال الصغير يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين فاذا لم يصدقه الصغير فى ذلك فلا يصدق قوله ولو حلف فان أقام بينة قبلت واستحق نصف الربح. ولا بد من تخريج هذه المسئلة على قول من يُجَوِّز أخذ الوصى مال اليتيم مضاربة أما على رأى من لايجوز ذلك وهو المعول عليه فى هذا الزمان كما نص عليه الفقهاء فى مواضع كثيرة فلا يستحق من الربح شيئا ولو أقام البينة على أنه كان مضاربا

ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار فى الجزء الخامس صحيفة (٧٠٤) وما بعدها والفتاوى الهندية فى الجزء السادس صحيفة (١٥٥) وما بعدها — انظر مادتى (٤٧٢) و(٤٧٥)

(مادة ٤٧٢) لايصدق الوصى بيمينه فى التصرفات التى لم يكن مسلطا عليها شرعا ولا يقبل قوله الا ببينة

(مادة ٤٧٥) يقبل قول الوصى فيما يدعيه من الصرف فيما يتعلق باليتيم أو

ومحل هذه الاحكام ان كان الوصى حيا وحوسب على الاموال فان مات قبل المحاسبة فاما أن يبين أموال الصغير أو يجهلها فان كان الاول بأن بيّن كل مايستحقه الصغير عنده من نقود وغيرها فاما أن توجد كل الاشياء التى بينها أو لا فان وجدت كانت كلها مملوكة للصغير وان لم توجد أخذ بدلها من تركته وان كان الثانى بأن لم يبين فالاشياء التى توجد من أموال الصغير يستحقها والتى لم توجد لاتكون مضمونة فى تركته — وانظر هذا مع قولهم إن الوصى أمين وقولهم الامين يضمن بموته مجهلا الامانة كما اذا أودع شخص عند غيره شيئا ومات المودع ولم يبين الوديعة ولم توجد فى تركته أو استأجر شخص من آخر شيئا أو استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجر والمستعار ولم يوجد فى الاشياء التى تركها فان هذه الاشياء تكون مضمونة فى تركة المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الديون مقدم على استحقاق الورثة

وقد يجاب عنه بأن الوصى وان اشترك مع من ذكروا فى أن كلا منهم أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو أن الوصى له أن يتصرف فى أموال

مورثه الا فى مسائل منها ما اذا ادعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاض . أو ادعى انه قضاه من ماله . أو أن اليتيم استهلك فى صغره مالا لآخر فأداه عنه من مال نفسه أو مال اليتيم . أو أنه أنفق على محرم لليتيم أو ادعى أنه أدى خراج أرضه وكان ادعاؤه فى وقت لا تصلح الارض للزراعة . أو أنه أذن له فى التجارة فركبته ديون فقضاها عنه . أو أنه زوجه امرأة ودفع له مهرها من مال نفسه والمرأة ميتة أو اتجر فى مال اليتيم وربح وادعى أنه كان مضاربا ففى هذه الصور كلها اذا أنكر اليتيم بعد بلوغه ضمن الوصى ما لم يقم بالبينة على دعواه

الصغير بما يراه صالحا بخلاف من ذكروا فيحمل على أنه تصرف فيها وهلك ثمنها أو ضاعت بدون تعدمنه ولم أر خلافا فى هذا الموضوع - انظر مادة (٤٧١)

وبما أن أموال الصغير ماسامت للوصى لحفظها وتنميتها واستثمارها الا لكون الصغير عاجزا عن ذلك لانه لايهتدى الى مافيه نفعه فلا يحسن التصرف فيها فاذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن كان قادرا على ادارة شؤون أمواله بنفسه محسنا للتصرف فيها فقد انتهت مأمورية الوصى ومتى كان هذا الوصف موجودا فولايته مستمرة سواء كان بعد البلوغ أو قبله وينبنى على ذلك المسائل الآتية :

أولا اذا بلغ الصغير رشيدا أى محسنا للتصرف فى ماله فما على الوصى إلا تسليمه اليه ولما كان ظهور الرشد لايعلم الا بالتجربة والاختبار فالواجب على الوصى ألا يدفع له المال الا بعدهما بأن يدفع اليه شيئا من ماله ويأذن له بالتجارة فيه فان أحسن التصرف فيه سلم اليه الباقى والافلا لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فمتى بلغ الولد متصفا بهذا الوصف وباشر أى عقد من العقود فانه يكون نافذا بلا توقف على اجازة الولى أو الوصى فاذا باع شيئا من أملاكه أو اشترى شيئا من آخر وامتنع من له الولاية على أمواله سواء كان الوصى أو غيره من تسليم المبيع للمشترى أو تسليم الثمن الى البائع من أموال الصغير مدعيا أنه محجور عليه فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على

(مادة ٤٧١) اذا مات الوصى مجهلا مال اليتيم فلا ضمان فى تركته فان مات غير مجهل مال اليتيم وكان المال موجوداً فله أخذه بعينه وان لم يوجد بعينه بأن كان مستهلكا فله أخذ بدله من تركة الوصى

اجازته فلا يقبل قوله بل يجبر على تسليم ماذكر الا اذا كان محجورا عليه بأمر الحاكم — انظر مادتى (٤٧٦)و(٤٧٧)

ثانيا اذا بلغ الصغير غير رشيد فلا يسلم الوصى المال اليه الا اذا ظهر رشده ولواستمر عدم الرشد طول عمره ولكن هذا ليس متفقا عليه بل هو مذهب الصاحبين وقال الامام الاعظم رضى الله تعالى عنه اذا بلغ غير رشيد فلا يسلم اليه المال فى الحال بل ينتظر فان صار رشيداً بعد البلوغ قبل أن يصير عمره خمسا وعشرين سنة سلم اليه والا فلا فان بلغ هذا السن سلم اليه المال وان كان غير رشيد (والرشد هنا حسن التصرف فى المال)واستدل الصاحبان بقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها وا كسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » وبقوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم» فانه نهانا عن الدفع اليه مادام سفيها وأمرنا بالدفع اذا وجد منه الرشد فلا يجوز تسليم المال اليه قبل وجوده — ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع مابقيت العلة لان الحكم يدور معها وجودا وعدما . واستدل أبو حنيفة

(مادة ٤٧٦) ينبغى للوصي أن لايدفع للصبي ولا للصبية مالهما بعد البلوغ الا بعد تجربتهما واختبارهما فى التصرفات فان آنس منهما رشداً وصلاحا دفع اليهما المال والافلا

(مادة ٤٧٧) اذا بلغ الولد عاقلا فجميع تصرفاته نافذة ويلزمه أحكامها ولا يقبل قول وليه أو وصيه انه محجور عليه اذا كان الحجر بأمر الحاكم

بقوله تعالى (وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب) والمراد به بعد البلوغ وانما سمى يتيما لقربه منه — ولان أول أحوال البلوغ قد لايفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لقول أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سنا يتصور أن يكون فيه جدا — ولان منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده وهذا مبنى على الخلاف فى جواز الحجر على السفيه وعدمه فالصاحبان يقولان بالحجر عليه والامام لايراه والظاهر والمفتى به مذهب الصاحبين وسيأتى لك هذا المقام بما لامزيد عليه فى شرح مادة (٤٧٩)

وينبنى على ذلك أنه اذا بلغ الولد غير رشيد وسلم اليه الوصى المال قبل بلوغه خمسا وعشرين سنة أو قبل أن يظهر رشده فضاع المال عنده ضمن الوصى مثل ماسلمه له اذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد أعطاه لغير من هو أهل لحفظه فيكون متعديا فيضمن فان كان التسليم بعد بلوغه هذه السن مع استمرار عدم الرشد ضمن المال اذا ضاع عند الصاحبين وهو المعول عليه لاعند الامام — أنظر مادتى (٤٧٨) و(٤٧٩)

(مادة (٤٧٨) اذا بلغ الولد غير رشيد فلايسلم المال اليه حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها

(مادة ٤٧٩) اذا بلغ الولد مفسدا لماله وهو فى حجر وصيه فدفع اليه المال عالما بفساده عند البلوغ وضاع المال ضمنه الوصى وكما يضمن بالدفع اليه وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد البلوغ حيث علم عدم رشده قبل البلوغ

ثالثا اذا ظهر رشد الولد قبل البلوغ فسلم الوصى اليه المال فضاع عنده فلا ضمان عليه لانه سلمه الى مالكه بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم « وهو عدم الاهتداء الى التصرف فيه » بظهور الرشد وهو حسن التصرف فى المال » — انظر مادة (٤٨٠)

فقد ظهر من هذا أنّه متى وجد حسن تصرف الولد فى ماله سلم اليه سواء كان قبل البلوغ أو بعده ومتى لم يوجد فلا يسلم اليه وان صار شيخا على ماهو المعول عليه ولما كان الرشد غير محسوس بل يستدل عليه بالتصرفات كان لابد من اثباته بحجة شرعية فاذا ادعاه الولد بعد بلوغه رشيداً أخذ ماله والوصى ينكره فلا يلزم بالتسليم الا بعد ثبوته وينبنى على هذا أن الوصى لا يؤمر بتسليم المال اليه قبل اثبات الرشد فان ثبت وحكم به القاضى وطلب الولد ماله من الوصى أجبر على التسليم فان هلك منه شىء بعد المنع فان كان قادرا على التسليم بأن كان المال حاضرا وهو متمكن من اعطائه له ضمن ماهلك لانه متعد فى المنع وان كان غير قادر بأن كان المال غير حاضر وجَدَّ فى فى احضاره ليسلمه ولكن قبل حضوره هلك من غير تعديه فلا يضمن انظر مادة (٤٨١)

(مادة ٤٨٠) اذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ ودفع اليه الوصى المال فضاع عنده فلا ضمان على الوصى

(مادة ٤٨١) اذا ادعى الصبى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصى فلا يؤمر بتسليم المال اليه ما لم يثبت رشده بحجة شرعية واذا ثبت الرشد وحكم له به وطلب من الوصى ماله فمنعه مع تمكنه من دفعه وهلك فى يده ضمنه

﴿ الباب الثانى ﴾

(فى الحجر والمراهقة والبلوغ)

« الفصل الاول فى الحجر »

واعلم أن الله تعالى خلق بنى آدم على أشرف خلقة وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يتمازون به عن الأنعام وهو العقل وبه يسعد من سعد فمن منّ الله عليه بكماله أدرك نتيجة أعماله فيتبصر ويتدبر قبل الشروع فى أى عمل يريده فان كانت النتيجة محمودة أقدم والا أحجم وهذا لاينازعه أحد فى تصرفاته أما من كان فاقد العقل أو ناقصه فانه من غير شك لايهتدى الى النافع والضار واذا لم يتركه الشارع وشأنه بل حجر عليه فمنعه من التصرفات على الطريقة التى ستلقى عليك وجعل كامل العقل قوّاما عليه رحمة به اذ لولا ذلك لاستنفد من يعامله جميع ماله باحتياله الكامل اذن نعرف لك معنى الحجر وأسبابه فنقول

(معنى الحجر)

الحجر له معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح فمعناه فى اللغة المنع مطلقا أى سواء كان منعا عن التصرفات أو غيرها ومن هذا المعنى سمى العقل حجرا لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح قال الله تعالى « هل فى ذلك قسم لذى حجر » أى لذى عقل ومعناه فى اصطلاح الفقهاء منع مخصوص

لشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه ـ وبيانه أنه بالنسبة للمجنون والصبي الغير المميز منع عن أصل التصرفات القولية مطلقا وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن أصل التصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة وعن نفاذ التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء وبالنسبة للسفيه منع عن نفاذ التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والاجارة وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضر بحقوق الدائنين وستعرف كل ذلك مفصلا عند التكلم على أسبابه

(أسباب الحجر)

أسباب الحجر على ماذكره هنا ستة وهي الصغر والجنون والعته والغفلة والسفه والدَّين فكل شخص متصف بوصف من هذه الاوصاف يحجر عليه وحينئذ يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه والمديون ولكن الثلاثة الاول متفق على الحجر بوجودها والباقي مختلف فيه ومع ذلك فليسوا سواء في المنع من التصرفات بل هم مختلفون بحسب الصفات واليك البيان ـ انظر مادة (٤٠٢)

(الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه)

ليس الغرض المقصود من الحجر على الاشخاص المذكورين واحدا اذ بعضهم تكون فائدة الحجر عائدة اليه كالصغير والمعتوه وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون. والصغير إما أن يكون مميزا أو غير مميز والمميز اما أن

(مادة ٤٨٢) يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذي الغفلة والسفيه والمديون

يكون غير مأذون له فى التجارة أو مأذونا له فيها والتصرفات تنقسم الى ثلاثه أقسام الاول تصرفات نافعة نفعا محضا كقبول الهبة والوصية. والثانى تصرفات ضارة ضررا محضا كاعطاء شىء من ماله بلا مقابل والطلاق والعتاق والقرض . الثالث تصرفات متر ددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والصلح فاذا كان الصبى غير مميز فجميع تصرفاته باطلة ومثله المجنون الذى لايفيق لان صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما فان كان المجنون يفيق فى بعض الاحايين فتصرفاته وقت الافاقة كتصرفات العقلاء — أنظر مادة (٤٨٣)

واذا كان الصبى مميزا غير مأذون له فى التجارة فتصرفاته المضرة له ضررا محضا غير جائزة وان أجازها من له الولاية على ماله لان تصرفات الولى منوطة بالمصلحة ولا مصلحة فى الاجازة فتلغو وتصرفاته النافعة له نفعا محضا جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصى وأما تصرفاته المتر ددة بين النفع والضرر فهى موقوفة على اجازة من له الولاية على ماله فان أجازها وكانت قابلة للاجازة « بأن لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشترى موجودين والثمن أيضا ان كان من الاعيان » نفذت وان لم يجزها أو أجازها وكانت غير قابلة للاجازة بأن فقد شرط من هـذه الشروط لغت لان التصرفات ان كانت بهذه الصفة يحتمل ان يكون فى عقده مصلحة وان يكون فيه ضرر والذى يدرك أحد هذين الشيئين هو الولى فيرى رأيه فيه فان رأى النفع فى

(مادة ٤٨٣) الصغير الذى لا يعقل تصرفاته القولية كلها باطلة ومثله المجنون المطبق الذى لا يفيق بحال واما من يجن ويفيق فتصرفاته فى حال افاقته حكمها حكم تصرفات العاقل

الاجازة أجاز والا نقض والمعتوه مثل هذ الصبى فى جميع التصرفات المتقدمة

والصبى المميز هو الذى يعقل معنى العقود بأن يعرف أن البيع سالب لملك المبيع وجالب لملك الثمن والشراء بالعكس ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة واختلفوا فى تفسير المعتوه اختلافا كثيرا وقالوا أحسن ماقيل فى تعريفه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون – أنظر المواد (٤٨٤) و (٤٨٥) و(٤٨٦)

والحجر على المذكورين انما يتأتى فى الاقوال لا الافعال اذ الحجر فى التصرفات القولية المتقدمة ممكن وذلك بعدم اجازتها فتلغو ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع فى البيع الى المشترى وتملك المستأجر منفعة المؤجر فى الاجارة وأما الافعال فلا يتأتى فيها ذلك اذ الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه وينبنى على ذلك أن كلا من الصبى والمجنون والمعتوه مؤاخذ بأفعاله فأذا أتلف واحد منهم مال غيره أو أتلف عضوا من أعضائه أخذ البدل أو الارش من ماله فى الحال والذى يطالب بدفعه هو

(مادة ٤٨٤) تصرفات الصبى المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلا اذا كانت مضرة لهما ضرراً محضاً وان أجازها الولى أو الوصي

(مادة ٤٨٥) التصرفات التى تصدر من الصبى المميز والمعتوه وتكون نافعة لهما نفعا محضا جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصي

(مادة ٤٨٦) المحجور عليه صبياً مميزا كان أو كبيرا معتوها اذا عقد عقدا من العقود القولية الدائرة بين النفع والضرر توقف نفاذه على اجازة الولى أو الوصى فان أجازه وكان قابلا للاجازة نفذ وان لم يجزه أو أجازه و كان غير قابل للاجازة فلا ينفذ أصلا

المتصرف فيها – أنظر مادة (٤٨٧)

ولكن محل ضمانهم لما أتلفوه من مال الغير اذا لم يكونوا مسلطين على الشيء الذي أهلكوه من قبل مالكه فان كان كذلك فلا ضمان وينبني على ذلك أنه اذا أعطى شخص للصغير أو المعتوه مبلغا من النقود أو كمية من المكيلات أو الموزونات على سبيل القرض الشرعي (السلفة) أو اعطاه شيئا ليحفظه له «وهي الوديعة» أو سلمه شيئا لينتفع به ويرده اليه «وهي العارية» أو باع له شيئا وكان كل من هذه التصرفات بلا اذن الولي أو الوصي فاتلف كل منهما الاشياء المذكورة فلا ضمان عليه لأن اتلافه ما حصل الا بعد التسليط من المالك والمسلَّط غير أهل للحفظ فيكون التقصير من جهة المالك فلا ضمان فلو انتفى التقصير بأن لم يعامل كلا منهما بشيء مما ذكر الا بعد التصريح له من ولي أمره ثبت الضمان أنظر مادة (٤٨٨)

وان كان الصبي المميز مأذونا له في الاتجار فكل تصرف تحتاج اليه التجارة يجوز له توليته وينبني على ذلك أن له البيع والشراء لكن اذا كان كل منهما بمثل القيمة أو بغبن يسير وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين جاز اتفاقا أما لو كان بغبن فاحش وهو الذي لا يدخل تحت التقويم بأن باع شيئا

(مادة ٤٨٧) الصبي مؤاخذ بافعاله فاذا جنى جناية مالية أو نفسية أدى ضمانها من ماله بلا تأخير الى البلوغ والمعتوه كالصبي

(مادة ٤٨٨) اذا استقرض الصبي أو المعتوه بلا اذن وليه أو وصيه مالا فاتلفه أو أتلف ما أودع عنده أو ما أعير اليه أو ما بيع له بلا اذن الولي أو الوصي فلا ضمان عليه ما لم تكن لوديعة نفساً فعليه ضمانها. فان قبل الوديعة بأذن وليه أو وصيه فاتلفها فهو ضامن لها

من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئا من غيره بأزيد من قيمته وكان كل من النقص والزيادة فاحشا ففيه خلاف فالصاحبان يقولان بعدم الجواز والامام الاعظم يخالفهما واستدل الصاحبان بأن الغبن الفاحش جار مجرى التبرع بدليل ان المريض مرض الموت اذا باع أو اشترى بغبن فاحش اعتبر من ثلث المال وأيضا لايجوز لكل من الاب والوصى والقاضى أن يبيع شيئا من أملاك الصغير أو يشترى له شيئا بغبن فاحش والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف . واستدل الامام بأنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلاله — على انا لانسلم خلوه من الغرض فان التاجر فى العادة كما يباشر العقد على وجه لاغبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لاطريق له الا بيع ماعنده وربما لايشترى ماعنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن مايريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ماعنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار — وبالتأمل فى الدليلين نرى دليل الصاحبين ظاهر المراد اللهم الا اذا فرضت مسئلة يتحقق فيها ماقاله الامام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليله . ومن حيث ان له أن يتولى البيع والشراء بنفسه فله أن يوكل بهما من شاء لانه من توابع التجارة اذ ربما لايتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين وليس هذا خاصا بالبيع والشراء بل كل تصرف له أن يتولاه بنفسه يصح أن يوكل فيه لان التوكيل هو اقامة الغير مقام

نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه

وكما انه يملك البيع والشراء يملك الرهن والارتهان فله أن يرهن شيئا من أملاكه بدين عليه وأن يأخذ شيئا من مدينه ليكون رهنا عنده حتى يستوفى دينه لأن كلا منهما من توابع التجارة اذ الرهن ايفاء للدين والارتهان استيفاء له وان كان ذلك لايتقرر الا بهلاك المرهون وكما يملك الرهن يملك الاعارة فله أن يعير غيره شيئا من أملاكه بأن يعطيه له لينتفع به زمنا طويلا بلا مقابل لان التجار لايستغنون عن ذلك عادة وله أن يأخذ أرض غيره اجارة بأن يزرعها ويكون كل المحصول له ويدفع له عن كل فدان مبلغا معلوما من النقود لكل سنة وله أن يأخذ الكرم مساقاة بأن يقوم بجميع لوازمه حتى يدرك ثمره ويكون له جزء معلوم منه على حسب الشرط وله أن يأخذ أرض غيره مزارعة بأن يزرعها ويقوم عاملا على الزرع حتى يدرك فيقسم المحصول بينهما حسب الاتفاق وله أن يعطى أرضه لغيره بالاجارة ويؤجر نفسه أيضا لان ذلك يراد به تحصيل المال وهو من صنيع التجارة واذا أقر بأن لفلان عنده كذا وديعة أو دينا صح اقراره لان الاقرار من توابع التجارة لانه متى ملك التجارة ملك ماهو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشترى فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى أن يقر بذلك لان من ملك شيئا ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه بثمن مؤجل خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدى الى انقطاع تجارته فوجب أن يملكه ضرورة مالكيته التجارة وهذا ظاهر فى ديون التجارة أوماهو فى معناها كالغصب والاستهلاك لانه فى معنى دين التجارة اذ هو دين يلزمه

بعوض فلو كان اقراره بغير هـذه الديون كما اذا أقر بشيء من تركة أبيه لانسان ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يقبل هذا الاقرار لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجاره وفي ظاهر الرواية يقبل لان فك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال ورواية الحسن هي الظاهرة

ولـكن يقال اذا كان الولي لا يملك الاقرار عليه فـكيف يملـكه هو مع أن ولايته مستفادة منه وأجابوا عن ذلك بأنه لما انفك الحجر عنه بالاذن صار كأنه انفك بالبلوغ فيقبل اقراره على نفسه بخلاف اقرار الولي لانه اقرار على غيره فلا يقبل (تأمل)

واذا باع الوصي المـأذون له في التجارة شيئا ووجده المشتري معيبا وأراد رده فللصبي أن يسقط من الثمن بقدر النقص الذي يحدثه العيب في المبيع لانه من صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فلو كان الحط من غير عيب أو أكثر من العادة لم يجز لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجارة فلا ضرورة اليه واذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر بمحاباة أي بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع وبأزيد منها بالنسبة للشراء وبنقص في الاجرة عند الايجار وبزيادة فيها عند الاستئجار جاز له ذلك ان كان الغبن يسيرا اتفاقا لان هذا لا يمكن التحرز منه فلو كان الغبن فاحشا فالامام يجيزه والصاحبان يلغيانه وقد تقدم دليل كل عند الـكلام على البيع والشراء . واذا كان له دين مستحق الدفع في الحال جاز له ان يؤجل أخذه الى زمن معلوم. ويجوز له أن يصالح عن دين له بأن يسقط منه جزءا ويأخذ الباقي لان كلا من التأجيل والصلح من عادات التجار وكل

تصرف هـذا شأنه ينفذ ان باشره — فان كانت التصرفات لاتحتاج اليها التجارة فلا تجوز له مباشرتها وينبنى على ذلك أن الصبي المـأذون له فى التجارة ليس له أن يقرض بأن يعطى شخصا شيئا من المثليات ينتفع به ويرد اليه مثله بعد زمن معلوم لانه تبرع ابتداء وهو لايملكه ولا أن يهب بأن يعطى شيئا من أمواله بلا عوض لانه تبرع محض فلو كانت الهبة بعوض لم يجز ذلك أيضا كماقالوا وينبغى أن يجوز على قول من يجعل الهبة بعوض مشروط فى العقد معاوضة ابتداء وانتهاء وهو الظاهر كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٢٨) واذا كان شخص مدينا لآخر فليس للمأذون له أن يضمن ذلك الدين بأن يتعهد للدائن بدفعه لان هذا لافائدة فيه اذ لو صح ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون ويجبر على دفعه اذا امتنع وربما يكون المدين معسرا فلا يتمكن من أخذه منه فيعود عليه بالضرر فألغوا الـكفالة وكـذا ن تزوج لم ينفذ بل يكون موقوفا على اجازة من له ولاية التزويج لان عقد الزواج ليس كغيره من باقى العقود اذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فلا بد أن يكون الاختيار مصادفا محله حتى يعيشا آمنين وهـذا لابد له من نظر تام فى العواقب ولا يقدر على ذلك الا صاحب العقل الـكامل وهو الولى

والذى يملك الاذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف فى المال وهو الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه فغير هؤلاء كالعم والاخ والام ووصى كل لايملك الاذن والسبب فى ذلك أنه ليس لهم ان يتصرفوا فى ماله بالتجارة فكذلك لايملكون الاذن فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله بها فكذا يملكون الاذن فيها فان قام كل من الاب

أو الجد أو الوصى بالاذن بعد صلاحية الصبى للتجارة فيها والا فللقاضى أن يأذن له وان كانت ولايته مؤخرة عن ولايتهم والسبب فى ذلك أن الاذن فى التجارة حق الصبى قِبَلَ الولى لانه مما ينتفع به اذ يهتدى به الى التجارب فاذا امتنع عن الاذن من له الولاية على أمواله صار مانعا له من حقه فتنتقل الولاية الى القاضى ومثل هذا الولى فى باب النكاح فانه اذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول انتقلت الولاية الى القاضى وينبنى على ذلك أنه لو حجر عليه أحد من هؤلاء بعد اذن القاضى له فحجره باطل لان الحجر فسخ للاذن والاذن صح من القاضى فلا يبطل بحجر غيره فان حجر عليه القاضى الذى أذن له بعد عزله يكون هذا الحجر لاغيا لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا انتفت هذه الولاية انتفت ولاية الحجر فان حجر القاضى الذى قام مقامه صح حجره لان الثانى نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر منه يصح من الذى قام مقامه

فالذى علم أن الاذن للصبى إما أن يكون غير القاضى أو القاضى فان كان الاول يبطل الاذن بموته فيصير الصبى محجورا عليه لانه يتصرف بولايته ورأيه وقد زالت تلك الولاية بالموت وان كان الثانى فلا يلغو الاذن لان اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا ولو كان الاذن حيا ومنع الصبى من التصرفات صار محجوراً عليه اذا كان أهلا للولاية على أمواله

ومن له الولاية على الصبى له أن يتصرف فى ماله ولو فى حال الاذن له لان ولايته لا تنقطع بالاذن والمعتوه والمأذون له كالصبى فى جميع هذه الاحكام

فالذى علم مما تقدم بالنسبة للحجر على الصغير والمجنون والمعتوه أن التصرفات تنقسم الى ثلاثة أقسام القسم الاول تصرفات ضارة ضررا محضا كالهبة والصدقة والعتاق والطلاق . الثانى نافعة نفعا محضا كقبول الهبة والوصية . الثالث مترددة بين النفع والضرر. والصبى اما أن يكون غير مميز أو مميزا والمميز اما أن يكون مأذونا له فى التجارة أولا فالصبى الغير المميز لا تصح منه التصرفات بجميع أقسامها ومثله المجنون المطبق لان صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما والصبى المميز اذا كان غير مأذون له فى التجارة تصح تصرفاته النافعة له نفعا محضا ولو لم يجزها الولى وتلغو الضارة له ضررا محضا وان أجازها الولى وأما المترددة بين النفع والضرر فانها تكون موقوفة على اجازة من له الولاية على أمواله ومثله المعتوه والصبى المميز المأذون له فى التجارة تنفذ تصرفاته التى هى من صنيع التجار ومثله المعتوه المأذون له والسبب فى ذلك أن الصبى المميز يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذى لا يميز من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ فى التصرف النافع وبالمجنون فى الضار وفى المتردد بالمعتوه قبل الاذن وبالعاقل البالغ بعده - انظر مادتى (٤٩٢)و(٤٩٣)

(مادة ٤٩٢) يجوز للوصى أن يأذن للصبى بالتجارة اذا جربه فرآه يعقل از البيع للملك سالب وأن الشراء له جالب وأنه يعرف الغبن اليسير من الفاحش وهو ظاهر غير خاف على من يعقل

(مادة ٤٩٣) يجوز للصبى المأذون له فى التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن والتوكيل بهما والرهن والارتهان والاعارة وأخذ الارض اجارة ومساقاة ومزارعة

(الحجر على السفيه)

ولما كان السفه يؤدى بصاحبه يوما من الايام الى سوء العاقبة فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) رتب الفقهاء عليه حكما لمصلحة من اتصف به وهو الحجر — وعرفوا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو كان فى سبل الخير كبناء المساجد والاوقاف والقناطر فالسفيه يعمل بخلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك مايدل عليه الحجى فهو يتصرف تصرفا لالغرض أو لغرض لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا مثل دفع المال الى المغنى واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش فى التجارة من غير محمدة وغير ذلك من التصرفات الفاشية فى هذا الزمان ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحجر على السفه بل القائل به أبو يوسف ومحمد وغيرهما من الأئمة وأما أبو حنيفة فلا يرتب عليه حجرا ولكل أدلة. أما الصاحبان ومن يوافقهما فقد استدلوا بأدله نقلية وعقلية فمن النقلية قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم) فهذه الآية تفيد صريحا اثبات الحجر على السفيه بطريق النظر له فانه أثبت فيها للولى مباشرة التصرف فى مال السفيه ولا يكون هذا الا

والايجار والاقرار بالوديعة وبالدين والحط من الثمن بعيب والمحاباة والتأجيل والصلح وليس للمأذون ان يقرض ولا يهب ولا يكفل ولا يتزوج الا بأذن وليه فى النكاح ولا يمنع الولى والوصى من التصرف فى حاله

بعد منعه من التصرفات وليس هذا سوى الحجر وقوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فهذه الآية تفيد أيضا اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه وذلك لا يكون الا بعد الحجر . وما روى أن عبد الله بن جعفر كان يفنى ماله فى الجهاد والضيافات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك سيدنا على بن أبى طالب كرم الله وجهه فقال لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير وأخبره بذلك فقال أشركنى فيها فأشركه ثم جاء الى عثمان رضى الله عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة فى التجارة فاستدل برغبته فى الشركة على أنه لا غبن فى تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب

ومن الادلة العقلية أن النظر لهذا واجب خوفا عليه من سوء المنقلب وليس من النظر أن يمكن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له ولاننا لو قسناه على الصبى لوجدناه مشتركا معه فى علة الحجر بل هى فيه أولى وذلك أن الصبى انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق التبذير منه ولهذا لو بلغ الصبى غير رشيد منع ماله فى الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان مامنع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له

واستدل أبو حنيفة بأن السفيه كامل العقل بدليل انه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبى فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا

يمكن القياس عليهما ولو كان الحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف عنه أولى بذلك مع أن الشارع كلفه فعلم أنه لم ينظر اليه لهذا السبب فلا يسعنا الا اتباع الشارع ولان فى الحجر عليه الحاقا له بالبهائم واهدارا لآدميته وهو أشد ضررا من التبذير ومن الامور المتفق عليها أنه لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لو كان فى الحجر على الشخص دفع ضرر عام حجر عليه كالحجر على المتطبب الجاهل لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح أن نقيس الحجر على السفيه بمنع مال الصبى عنه اذا بلغ غير رشيد لعدم الاستواء لان الحجر أبلغ فى العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لانه أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدى فيها الى الصالح لسلامة قلبه فيغبن فى البياعات فيخسر وبأن يهب أو يتصدق أو يجمع أصحابه من أهل الفسوق والشرور ويطعمهم ويسقيهم ويسرف فى الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لم يتمكن من ذلك وقال ان الآية الاولى وهى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الخ) ليست نصا فى الاحتجاج لهم لان المراد أموالنا لا أموال السفهاء بدليل أنه أضافه الينا لا إليهم وحينئذ يكون المراد من السفهاء الصبيان لان المال اذا سلم اليهم ضيعوه لان المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمها اليهم وكذلك الآية الثانية وهى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا) الخ فانه يحتمل أن يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه فى اللغة هو الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصبى المميز أو بعدمه كالمجنون والصغير الذى له تمييز ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال ـ على أننا لو أردنا بالسفيه ما ارادوا يمكننا أن نقول إن هذه الآية تقتضى نفاذ تصرف السفيه فان

الذى عليه الدين هو الذى لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى فى أول الآية (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) ثم قال (وليملل الذى عليه الحق) يعنى الحق الذى لزمه بتلك المداينة ثم قال (فان كان الذى عليه الحق سفيها) أى الحق الذى لزمه بمداينته (فليملل وليه) وهذا ظاهر فان بعض الاشخاص يستدين ويعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب . أو لقلة ممارسته للاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يملى عنه غيره باخباره هو واقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم فان الذى عليه الحق لا يؤلف كلاما يمله وانما يعلم ماعليه ثم يؤلف غيره من الكتاب ومع هذا فقد قالت العلماء إن المفتى به مذهب الصاحبين ومن وافقهما لقوة ما استدلوا به . ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفيه اختلفا فى وقته فقال ابو يوسف لا يصير محجورا عليه الا بحكم القاضى ولا ينفك حتى يطلقه وقال محمد يحجر عليه من وقت السفه ففساده فى ماله يحجره واصلاحه فيه يطلقه — واستدل أبو يوسف بان السفه ليس بشىء محسوس وانما يستدل عليه بالغبن فى تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين واذا كان مترددا بين هذين الامرين فلا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الصغر والجنون والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر — واستدل محمد بأن العلة فى الحجر هى السفه فمتى تحقق ترتب عليه

موجبه بغير قضاء مثل الصبا والجنون والجامع بين كل أن الحجر لمعنى فى نفسه والقضاء انما يكون عند الخصومه ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لايتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم حتى يمنعوه ولكن القاضى له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرأوه أو أوفاهم حقهم لم يحجر عليه . وينبنى على هذا الخلاف أن تصرفاته التى باشرها قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبى يوسف وموقوفة عند محمد لاحتمال أن يكون فيها مصلحة فاذا رأى القاضى فيها المصلحة نفذها والا ردها كتصرف الصبى والمعتوه ومذهب محمد ظاهر المراد لانهما متفقان على أن الحجر عليه انما هو لفائدة يعود اليه وهى حفظ ماله حتى لايصبح عالة على غيره فاذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه انعدمت تلك الفائدة اذ ربما يتصرف الشخص فى جميع أمواله بيعا بابخس الاثمان وهبة بلا مقابل ويشترى شيئا بأضعاف قيمته ويؤجر شيئا من أملاكه باجر زهيد ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة ويتمادى على هذه التصرفات حتى يرفع الامر الى القاضى الذى يريد أن يستكمل الامور الشرعية لصحة الدعوى والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شك يستغرق زمنا ليس بالقليل فعند الحجر عليه قد لايكون عنده شىء أصلا أو عنده ولكن لايستحق الذكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه وحينئذ تنعدم فائدة الحجر وهذا غير لازم على مذهب محمد فانه يلغى جميع تصرفاته التى من هذا القبيل فتحفظ عليه أملاكه بدون شىء أو يرد ما اخذ من الاثمان القليلة التى يكفى لسدادها بيع شىء واحد مما تصرف

فيه — انظر مادة (٤٨٩)

والسفيه وان اشترك مع الصبي المميز في الحجر على القول المفتى به الا أنه ليس مثله في جميع الاشياء بل يخالفه في بعضها فيكون مثله بالنسبة للتصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان وحينئذ اذا باشر تصرفا من هذه التصرفات يكون موقوفا على اجازة القاضي أو من ولاه عليه لان فائدة الحجر عدم النفاذ فان كانت فيه مصلحة أجازه والا رده . ويخالفه في أشياء . ومنها التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فيجوز له التزوج فان لم يسم شيئا أو سمى وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل واما ان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه انما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال فلا يلزمه وان طلق يقع طلاقه لان الفرض أن السفيه كامل العقل والطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه . ومنها وجوب الأنفاق على نفسه وولده وزوجته ومن يجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ومنها

(مادة ٤٨٩) اذا أقيمت البينة على حر مكلف وثبت لدى الحاكم الشرعى انه سفيه يحجر عليه ويمنعه من جميع التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل فيكون حكمه فيها كحكم الصغير ولا تنفذ عقوده بعد الحجر الا باذن الحاكم واما تصرفاته قبل الحجر فهى جائزة نافذة

زوال ولاية أبيه أو جده على أمواله فليس لواحد منهما أن يبيع عليه مالا ولا يشترى له الا باذن الحاكم وهذا بخلاف الذى لم يبلغ فان كلا من الاب والجد والوصى يملك ذلك. ومنها صحة اقراره بالعقوبات فاذا أقر على نفسه بوجوب القصاص فى نفس أو فيما دونها عوقب بمقتضى اقراره ومنها صحة وصاياه فى سبل الخير ولكن لاتنفذ الوصايا من كل المال بل من الثلث ومحل ذلك إن كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن أو كان وأجاز نفذت من كل المال وستعرف هذا الكلام بنا لامزيد عليه فى الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها بالاستحسان والقياس عدم الصحة لان الوصية تبرع وان كان التمليك لايكون الا بعد الوفاة فكما لايجوز تبرعاته حال حياته كذلك لاتصح بعد وفاته ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لايتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك يكون حال حياته فيما اذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لافيما ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أى حال استغنائه عن ماله خصوصا أن الوصية فى أبواب الخير فيها مافيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل ومنها وجوب العبادات سواء كانت بدنية محضة كالصلاة أو مالية محضة كالزكاة أو مركبة منهما كالحج لانها واجبة بايجاب الله تعالى والسفيه مكلف بخلاف الصبى فالسفه لايبطل حقوق الله تعالى ولا حقوق العباد الا أن القاضى يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الأيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولايحصل ذلك الا بنيته ولكن يأمر القاضى أمينا يراقبه كى لايصرفها فى غير مصرفها بخلاف النفقة الواجبة عليه لغيره فان القاضى يسلمها الى أمينه ليصرفها الى مستحقها اذ لايحتاج فيها الى

النية فاكتفى فيها بفعل الامين — أنظر مادة (٤٩٠)

فالذى علم أن الامام الاعظم لايقول بالحجر على السفيه مستدلا بأن فى الحجر عليه اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهـذا أشد ضررا من التبذير ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لوكان فى منع شخص عما يرتكبه دفع ضرر عام فانه يوافق الصاحبين فى الحجر ولو ترتب عليه الحاق ضرر خاص به وينبنى على ذلك منع الاشخاص الآتية عما يرتكبون اتفاقا فالمفتى الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذى يفتى عن جهل أو يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة. وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حولان الحول بيوم مثلا لمن يثق منه برده اليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذى فرضه الله عليه وهو الزكاة لضرره بالدين . والمتطبب الجاهل يمنع عن تعاطى صناعة الطب لاضراره بالابدان وهو الذى يسقى الناس دواء مهلكا أو اذا قوى عليهم الدواء فلا يقدر على ازالة ضرره . والمكارى المفلس يمنع من تعاطى هذه الصنعة وهو الذى يتقبل الكراء ويؤجر الدواب وأدوات النقل لحمل الأثقال فى زمن مخصوص وليس له دواب يحمل عليها ولا مال له يشترى به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما أخذه منهم فى قضاء حاجته فاذا جاء الوقت المعين لذلك يختفى

(مادة ٤٩٠) لايحجر على السفيه البالغ الحر فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق والانفاق على من تجب عليه نفقتهم وتزول عنه ولاية الاب أو الجد ويصح اقراره على نفسه بوجوب القصاص فى النفس أو فيما دونها ونصح وصاياه فى سبل الخير من ثلث ماله ان كان له

فتذهب أموال الناس وتفوت حاجاتهم واذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو متقن لها أو أراد تعلمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة منع من التعرض لان احتكار الحرف غير جائز ـ وبالتأمل نرى أن هذا ليس من الحجر المصطلح عليه لانه ليس منعا لنفاذ التصرفات وانما هو منع حسى بدليل أن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جازت فتواه وكذلك الطبيب لو باع الادوية نفذ بيعه وحينئذ يكون فى منع هؤلاء المفسدين للاديان والابدان والاموال دفع اضرار بالخاص والعام فهو من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ولذا لايقتصر فى هذا الموضوع على هذه الاشياء بل يكون داخلا فيه ما اذا تعمدوا فى البيع القيمة فان الحاكم ينظر ويمنع الناس من ذلك وكذا المحتكر للطعام والناس فى احتياج اليه وكل ماهو من هذا القبيل ـ أنظر مادة (٤٩١)

الحجر على المدين

اعلم أن الخلاف الجارى بين الامام وصاحبيه فى الحجر على السفيه جار فى الحجر على المدين أيضا فاذا كان شخص مدينا وطلب الدائنون ديونهم وأثبتوها بأى طريق من طرق الاثبات وطلبوا من القاضى الحجر عليه فالامام الاعظم يرى أن القاضى لايجيبهم الى هذا الطلب بل ان كان له مال أمره بأداء ما عليه فأن امتثل فبها وان لم يمتثل حبسه ليتولى هو بيع ماله ويقضى الدين من ثمنه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضى دفعا لظلمه وإيصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على

(مادة ٤٩١) يمنع المفتي الماجن الذى يعلم الناس الحيل الباطلة أو يفتى عن جهل والطبيب الجاهل والمكارى المفلس ومن يحتكر الحرف

البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأى طريق كان ان شاء ببيع أمواله وان شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع عينا واستدل الامام بأن فى الحجر عليه اهدارأهليته والحاقه بالبهائم وهذاضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لان هـذا ليس سوى الحجر عليه وقد منعناه خصوصا وأن البيع لايجوز الا بالتراضى وقال الصاحبان يجيبهم القاضى الى هذا الطلب لما روى أن معاذاً ركبه دين فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه ولان فى الحجر عليه نظرا للغرماء كى لايلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يقر به الأنسان ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه ولذا يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى السُّنَّـة وغيرها ولا يخفى عليك بعد ماتقدم لك من الادلة أن مذهب الصاحبين هو الظاهر

والحجر على السفيه والمدين وان كان الغرض منه حفظ المال الا أنه يختلف بالنسبة للاشياء الآتية . أولا أن الحجر على السفيه مراعى فيه حق الشخص نفسه والحجر على المدين انما هو لحق الغير وهم الدائنون . ثانيا الحجر على السفيه يكون فى كل التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كما عرفته فى مبحثه واما الحجر على المدين فانما يكون بالنسبة للتصرفات التى تضر بصالح الغرماء كالهبة والوقف وبيع شىء من أملاكه بأقل من قيمته وشرائه بأكثر من القيمة. ثالثا الحجر على السفيه يتناول المال الموجود وقت الحجر والمال الذى اكتسبه بعده ولـكن الحجر على المدين لايكون الا بالنسبة لما له الموجود وقت الحجر وينبنى على ذلك أنه اذا أقر بدين فى حالة

الحجر لزمه ذلك لكن لايؤخذ الا بعد قضاء الديون لانه تعلق بالمال الموجود وقت الحجر حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم وهذا بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لان الاستهلاك فعل حسى ولا حجر فى الافعال الحسية لانه لايتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الأقرار لان اعتباره شرعى فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو انتفت بأن كان السبب فى وجوب الدين المقر به ثابتا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود شارك المقر له الغرماء ويؤخذ من هـذا انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم فى يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده

وبعد مايحجر القاضى على المدين يأمره بقضاء دينه بأى طريق كان فان امتثل فبها وان لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضى عليه من أمواله ما يفى بدينه فان كانت أمواله لاتفى بالديون باع القاضى جميعها وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية بأن يأخذ كل من الدائنين من ثمن مايباع بنسبة دينه فاذا فرض أن شخصا مدين بألفى جنيه مثلا لثلاثة أشخاص لاحدهم الف وللآخر ستمائة وللثالث أربعمائة وجميع أمواله لاتساوى الا الف جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك أن تقسم ماعنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فالخارج هو مايخص ذلك الدائن ففى المثال المتقدم بلغ جميع الديون الفى جنيه

وأمواله التى يمتلكها الف فبقسمته على الألفين يكون خارج القسمة نصفا وبضربه فى دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا

١٠٠٠ = ٢٠٠٠ = ٢٠٠ = ٤٠٠ = ١/٢

و ١/٢ × ١٠٠٠ = ١٠٠٠ = ٥٠٠ فيكون هذا نصيب الدائن بألف.

ونصيب الدائن بستمائة وكذا نصيب الدائن باربعمائة ينتج بمثل هذا العمل وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل ولك أن تقول من أول الامر حيث إن جميع أمواله تساوى نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه فان كان يساوى الثلث فكل يأخذ ثلث دينه وهكذا فاتبع مايسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود بأى طريق كان ومن حيث إن القاضى نصب ناظرا فينبغى أن ينظر للمدين كما نظر الى الدائن وينبنى على ذلك أنه يبدأ ببيع ماهو أنظر للمدين فيبيع أولا العروض بادئا بما يخشى عليه التلف ثم بما لايخشى عليه منه لان العروض قد تعد للتقليب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر فى بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة ولكن عند مايبيع القاضى أمواله لقضاء دينه فلا يبيعها كلها ولو كانت مستغرقة بالدين بل يترك له النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة أو غيرها ولا شك فى أن النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته فى الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام مايكفيه الى أن يحصل على شىء آخر

بحسب ماهو مستعد له من الكسب فان كان كسبه يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو سنويا ترك له مايكفيه هذه المدة لانه بعد مضيها يحصل على شيء جديد ينفق منه ولاشك ان كل هذه الاحكام اذا كان المدين عنده مال سواء كان وافيا بديونه أو غير واف بها فان ثبت لدى القاضى أنه لايملك شيئا منع الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته فوجب انظاره لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة)

﴿ الحجر على صاحب الغفلة ﴾

صاحب الغفلة هو الشخص الذى لايهتدى الى التصرفات الرائجة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته وهذا لايحجر عليه أيضا عند الامام الاعظم وقال الصاحبان ومن وافقهما يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له ولانه كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم رجل يسمى منقذ بن عمرو كان يغبن فى البيع فرفع أهله أمره الى النبى طالبين الحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكره عليهم بل أحضره ونهاه عن البيع فقال يانبى الله انى لاأصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك له فبايع وقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثا فلو لم يكن الحجر مشروعا لما أقرهم على هذا الطلب والامام الاعظم يقول ان هذا الحديث لايدل على الحجر بل على عدمه لانه عليه الصلاة والسلام لم يحجبهم الى طلبهم وانما قال له قل لاخلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه ومذهب الصاحبين ظاهر المراد والدليل العقلى يشهد له وكذا الدليل النقلى بعد تأمل اللبيب فى مغزى الحديث

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ فى سن التمييز والمراهقة والبلوغ ﴾

لما كان للصبي والصبية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما وزمن الصبا ليس فى حكم واحد بين الفقهاء أطوار الصبا ليبنوا على كل طور منها الاحكام المناسبة له فجعلوا أدوار الولد سواء كان مذكرا أو مؤنثا قبل البلوغ ثلاثة الدور الاول عدم التمييز — الدور الثانى دور التمييز — الثالث المراهقة فما دام الولد سواء كان مذكرا أو مؤنثا لم يبلغ سبع سنوات يكون فى الدور الاول وفى هذه المدة لا تصح جميع تصرفاته ولو كانت نافعة لها نفعا محضا لان صحة العبارة تبنى على التمييز ولا تمييز عنده فتلغو جميع تصرفاته كالمجنون ولو فرض أن لبعض الصبيان تمييزاً جيدا لم يعتبر أيضا اذ المدار على بلوغ هذا السن لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض عنده ذلك التمييز لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية

وما دام الولد فى هذه المدة لا ينزع من الحاضنة ويسلم للاب لانه فى هذا الدور يحتاج الى من يقوم بخدمته وتربيته ولا شك ان الأم أو غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشؤونه مادام كذلك فتكون مصلحته فى البقاء عندها

فاذا بلغ سبع سنين فقد دخل فى الدور الثانى فيعتبر مميزا وحينئذ تكون له أحكام تخالف أحكامه فى الدور الاول فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعا محضا كقبول الهبة والصدقة وان لم يجزها الولى أو الوصى وتتوقف عقوده الدائرة

بين النفع والضرر كالبيع والشراء على اجازة الولى أو الوصى وتلغو عقوده المضرة له ضررا محضا كالهبة والوصية وكل من البيع والشراء وان وقع فى بعض الاحايين نفعاً محضاً بأن باع شيئا بضعف قيمته أو اشترى شيئا بنصف قيمته مثلا الا ان العبرة بأصل الوضع دون مايعرض باتفاق الحال وكل منهما فى أصل وضعه متردد بين النفع والضرر بخلاف الهبة لانها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر الى مايعرض لها فى بعض الاوقات من أنها قد تكون نفعا محضا بحسب مايترتب عليها لان الفقه انما ينبنى على المظان الكلية

ومتى بلغ الولد هذه السن فان كان مذكرا انتهت مدة حضانته فيؤخذ من الحاضنة ويسلم الى أبيه وان كان مؤنثا تترك عندها الى أن تبلغ تسع سنوات فتنزع منها وتسلم الى الاب والسبب فى ذلك ان الولد له حقوق على الوالدين ومن حقوقه مراعاة مصلحته ومصلحته تقتضى ذلك اذ الولد متى صار مميزا واستغنى عن خدمة النساء دخل فى دور الاستعداد لما يلزمه فى مستقبل الايام فان كان مذكرا سلم الى الاب لينظر فيما هو مستعد له من تعلم علم أو صنعة ويوجهه اليه اذهو أقدر من الحاضنة على ذلك وان كان مؤنثا احتاجت الى تعلم الامور المنزلية التى ستكلف بها فى مستقبل الايام ولاشك أن الحاضنة أقدر على هذه الاشياء من الاب أو غيره من العصبات

ومتى بلغ المذكر اثنتى عشرة سنة والانثى تسع سنين كان كل منهما مراهقا أى مدانيا للحلم فالمراهقة القرب من الشىء يقال رهقه رهقا أى دنا منه ومن هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام «اذا صلى أحدكم الى سترة فليرهقها» فأن ادعى كل منهما البلوغ بالاحتلام وكان الظاهر لايكذبه بأن كان

بحال يحتلم مثله فيها قُبِلَ قوله لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهته فيقبل فيه قوله كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض ولكن عند ما يدعى البلوغ يسأله القاضي ويستفسر منه عن كل شيء يوصله الى الحقيقة احتياطا كما هو الشأن في كل دعوى لانه من الجائز أن يلقن الاقرار لفائدة تعود على الملقن كما هو شأن كثيرين في هذا الزمان ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضي كانت أحكامهما أحكام البالغين — انظر مادة (٤٩٤)

فقد علمت أنه متى بلغ سن الغلام اثنتى عشرة سنة والانثى تسع سنين فقد دخل كل منهما في دور يحتمل أن يبلغ فيه ولذا يقبل قوله اذا ادعاه بالطريقة المتقدمة والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والانوثة فبالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الانزال أو بالانزال بأي سبب كان أو بالاحبال والاصل هو الانزال فان الاحتلام لا يعتبر الا معه والاحبال لا يتأتى الا به وبالنسبة للانثى يعرف بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الانزال فان ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما وان لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما الا بالسن اتفاقا ولكن اختلفوا في مقدار تلك السن فقال الامام الاعظم هو للغلام ثماني عشرة سنة وللانثى سبع عشرة سنة وقدره الصاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما . واستدل الصاحبان بما روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال (عرضت على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع

(مادة ٤٩٤) سن التمييز للولد سبع سنين فاكثر فاذا بلغ سن الغلام سبع سنين ينزع من الحاضنة وتنتهي مدة حضانته وفي الانثى تنتهي ببلوغها حد الشهوة وقدر بتسع سنين وهو سن المراهقة لها وسن المراهقة للغلام اثنتا عشرة سنة

عشرة سنة فلم يجزنى) أى فى المقاتلة (وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فاجازنى) فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بلغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان البلوغ لا يتأخر عن هذه السن عادة وهو احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده) وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قال ابن عباس وقيل أكثر من ذلك فأقل ما قيل هو المذكور فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الاناث نشؤوهن وادراكهن أسرع فزدنا فى حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لامحالة فيقوى فيه وقول الصاحبين هو المفتى به — انظر مادة (٤٩٥)

ومتى ثبت بلوغ الولد سواء كان مذكرا أو مؤنثا باحدى العلامات المتقدمة أو بالسن فاما أن يكون كل منهما غير عاقل أو عاقلا وان كان عاقلا فاما أن يكون رشيدا أى محسنا للتصرف فى ماله أولا . فان كان غير عاقل بأن كان مجنونا أو معتوها فلا تزول عنه الولاية بل يكون صاحب الولاية على النفس والمال متصرفا كما كان قبل البلوغ وان كان عاقلا ولكنه غير محسن للتصرف فى ماله زالت عنه الولاية على النفس من حيث الزواج وبقيت ولاية المال ويترتب على هذا أن الولد له أن يزوج نفسه بدون مدخل للولى ولكن المقام فيه تفصيل

(مادة ٤٩٥) بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الانزال فان لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغهما اذا بلغا من السن خمس عشرة سنة

وبيانه أن الولد ان كان مذكرا فله أن يتزوج من شاء وليس للولى حق الاعتراض وان كان مؤنثا فان زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل نفذ العقد ولزم وليس للولى حق الاعتراض أيضا لانه لايلحقه ضرر فى هذه الحالة وان تزوجت بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل كان للولى العصبة حق الاعتراض على الزوج فاما أن يتمم مهر المثل واما أن يرفع الولى الامر الى القاضى ليفسخ العقد وان تزوجت بغير كفء ولو كان المهر أكثر من مهر المثل كان العقد غير صحيح الا اذا رضى الولى قبل العقد بزواجها منه وقد تقدم لك هذا المقام بما لامزيد عليه فى شرح مادتى (٥١ و ٥٢) فارجع اليه ان شئت — وأما الولاية على المال فلا تزول فى هذه الحالة بل تبقى مستمرة الى أن يظهر رشده ولو بلغ من السن مابلغ عند الصاحبين وقال الامام تستمر الى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة مالم يؤنس رشده قبلها فيسلم اليه ولو كان مبذرا وقد عرفت هذا المقام فى شرح مادة (٤٧٨) وان كان عاقلا محسنا للتصرف فى ماله زالت عنه الولايتان انظر مادة (٤٩٦)

وحيث ان الولد قبل البلوغ لايمكنه أن يميز الضار من النافع له تماما لنقص عقله نظر اليه الشارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم فلم يجعل له تصرفا فى نفسه بل حكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام

(مادة ٤٩٦) اذا بلغ الصبى والصبية رشيدين تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى ويكون لهما التصرف فى شؤون أنفسهما ولا يجبران على النكاح الا اذا كان بهما عته أو جنون ولا تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى فى المال بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد وحسن التصرف فى المال

بلوازمه فى هذا الدور وهى الأم فاذا بلغ سن التمييز وذلك هو الدور الثانى فان كان مذكرا سلم الى الاب ليُعِدَّه الى ماينفعه فى مستقبله وان كان مؤنثا أقام عند الام سنتين لتستعد فيهما الى ماهى مطالبة به فى المستقبل وبعدهما تسلم للاب لقدرته على صيانتها بعد بلوغها حد الشهوة ولهذا لاتخير الولد قبل البلوغ سواء كان مذكرا أو مؤنثا ليقيم عندمن يختاره منهما بل يكون عند كل واحد منهما فى الدور الذى رأى الشارع فيه مصلحته ولو خالف رأيه لان رأيه غير معتد به والشارع حكيم وضع الاشياء فى محلها — انظر مادة (٤٩٧)

فاذا بلغ الغلام فاما أن يكون غير مأمون على نفسه واما أن يكون مأمونا فان كان الاول فلا خيار له أيضا بل يبقى عندالاب اذ هو أقدر على ملاحظته وصيانته وان كان الثانى خُيِّر فى الاقامة وحينئذ تتبع مشيئته فان اختار الاقامة عند أحد أبويه أجيب الى طلبه وان رغب الانفراد اتبعت رغبته — انظر مادة (٤٩٨)

وان بلغت الانثى فاما أن تكون ثيبا واما أن تكون بكرا فان كانت ثيبا فحكمها حكم الغلام وان كانت بكرا فاما أن تكون مأمونة على نفسها أو لا فان لم تكن مأمونة فلا خيار لها بل تلزم بالاقامة عندالاب ان كان موجودا فان لم يكن فالجد ثم العصبات بالترتيب اذا كانوا مأمونين عليها. وان كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخيَّر أيضا بل تلزم بالمقام عند

(مادة ٤٩٧) لا خيار للولد بين أبويه قبل البلوغ ذكراً كان أو أنثى

(مادة ٤٩٨) اذا بلغ الغلام رشيداً وكان مأموناً على نفسه فله الخيار بين أبويه فان شاء أقام عند من يختاره منهما وان شاء انفرد عنهما

من ذكروا وأما اذا صارت مسنة بأن صارت عجوزا شوهاء كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن فى كتب اللغة وكانت عفيفة فلا تجبر على الاقامة عندهم بل يتبع رأيها وانما اختلف حكم البكر والثيب لان العار الذى يلحق الاقارب من وقوع مايشين عرض البكر أسوأ مما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الاعراض فوق كل محافظة — انظر مادة (٤٩٩)

(الباب الثالث)

« فى الهبة »

(الفصل الاول فى أركان الهبة وشرائطها)

اعلم أن العقد وان كانت أقسامه كثيرة الا أنه يمكننا أن نقسمه بحسب المراد هنا الى اربعة أقسام لانه اما أن يكون بعوض أو بغيره وعلى كل فاما أن يكون واردا على تمليك نفس الشىء واما أن يكون واردا على تمليك المنفعة فان ورد على تمليك الشىء وكان بعوض فهو بيع وان ورد على تمليك للمنفعة وكان بعوض أيضا فهو اجارة وان ورد على تمليك الشىء بغير عوض فهو الهبة وان ورد على المنفعة بغير عوض سمى اعارة والموضوع الآن هو الهبة ومن حيث إن كل عقد لابد له من تعريف وأركان وشروط وحكم والهبة عقد فتحتاج الى ذلك

(مادة ٤٩٩) اذا بلغت الانثى مبلغ النساء فان كانت بكرا شابة أو ثيبا غير مأمونة فلا خيار لها ولا بيها أو جدها ضمها اليه وان كانت بكرا ودخلت فى السن واجتمع لها رأى وعفة أو ثيباً مأمونة على نفسها فليس لاحد من أوليائها ضمها اليه

(تعريف الهبة)

الهبة لها معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح فمعناها فى اللغة هو التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا أى سواء كان مالا أو غير مال بدليل قوله تعالى (ووهبنا له اسحق ويعقوب) وقال جل شأنه (يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا واناثا ويجعل من يشاء عقيما انه عليم قدير) ولما كان التفضل على الغير مأخوذا فى مفهومها لغة كانت من صفات الكمل ولذا وصف الله تعالى بها نفسه فقال (أم عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهاب) ومن باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور على الموهوب له وتوثيق عرى المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » والفعل يتعدى بنفسه وباللام وبمن فيقال وهبه كذا ووهب له ومنه كما ورد التصريح بذلك فى أحاديث كثيرة وهى فى الاصل مصدر محذوف الاول عوض عنه هاء التأنيث فأصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها

ومعناها فى اصطلاح الفقهاء تمليك العين فى الحال مجانا ومن القواعد المقررة أن التعريف يجب أن يكون جامعا لجميع أفراد المعرَّف مانعا من دخول الغير فيه وهذا التعريف كذلك فان العقود التى تدخل فى شىء من هذا التعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه اذ الوصية وان كان فيها تمليك العين مجانا لكن ليس التمليك فى الحال بل هو مضاف الى مابعد الموت والاجارة وان كان فيها التمليك الا انه وارد على المنفعة ومع ذلك فهو بعوض وهو الاجرة

والتمليك فى البيع ليس مجانا بل هو فى مقابلة الثمن وليس التمليك فى العارية واردا على العين بل على المنفعة وبهذا ظهر ان التعريف مانع من دخول غير المعرَّف فيه وهو جامع لجميع أفراد المعرف أيضا لان الظاهر ان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٢٨)

﴿ أركان الهبة ﴾

أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول فالايجاب هو ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين والقبول هو ما صدر ثانيا من كلام الآخر ومن حيث إن الهبة عقد فأركانها ماذكر ولايشترط للايجاب فى كل عقد الفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعيين العقد وينبنى على ذلك أنه اذا قال شخص لآخر وهبتك هذا الشيء أو ملكته لك بدون مقابل أو جعلته لك أو أعمرتك كذا أو اطعمتك هذا الطعام وما فى معنى هذه الالفاظ كان كل ذلك هبة لان وهبت صريح فيها وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع الا ان قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفى غيرها ولان اللاّم فى قوله جعلته لك للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ولم يشترط بدلا ولقوله عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده » ولان الاطعام اذا أضيف الى مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يراد به التمليك بغير عوض وليس هذا سوى الهبة بخلاف ما اذا أضيف الى شيء ينتفع به مع بقائه مثل أطعمتك هذه الارض فيكون المراد به ما يستغل منها فيحمل على العارية وكما انه لا يشترط للأيجاب ألفاظ مخصوصة فكذلك القبول فاذا صدر من الموهوب له بعد

الايجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به مثل قبلت أو أخذت أو رضيت اعتبر ذلك قبولا بل اللفظ غير شرط اذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض . ولا يكون القبض معتبرا يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها وهو الملك الا اذا كان باذن المالك والاذن تارة يثبت نصا وصريحا وتارة يثبت دلالة وان كان الحكم ليس واحدا لان الواهب اما أن يأذن الموهوب له بالقبض صريحا كأقبضه أو ينهاه عن قبضه أو يسكت فان كان الاول وقبضه فى المجلس أو بعد الافتراق عنه صح القبض وان كان الثانى فلا يصح سواء كان فى المجلس أو بعده وان كان الثالث فان قبضه فى المجلس صح وبعده لا يصح – والقبض يكون فى كل شىء بما يناسبه فهو يختلف باختلاف الموهوب لانه ان كان منقولا وليس داخل شىء يكون بأحد أمرين وهما المناولة والتخلية وان كان داخل شىء كما اذا كان فى صندوق مثلا يكون بدفع المفتاح الى الموهوب له ان لم يكن مفتوحا وان كان عقارا فلا يتأتى الا بالتخلية وهى أن يخلى الواهب بين الموهوب والموهوب له على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه وبعضهم يقول القبول ليس بركن فى الهبة ولكن الظاهر أنه ركن كباقى العقود فلا تتم بدونه – أنظر مادة (٥٠٠)

﴿ شروط الهبة ﴾

من المعلوم انه لا يتأتى وجود أى عقد الا اذا كان هناك عاقدان

(مادة ٥٠٠) تصح الهبة بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له والقبض يقوم مقام القبول

ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفيا جميع مايلزم لصحته فشروط الهبة أنواع منها مايرجع الى الواهب ومنها مايرجع الى الموهوب ومنها مايرجع الى الموهوب له ومنها مايرجع الى نفس الركن فالشروط التى ترجع الى نفس الواهب هى أن يكون من أهل التبرع ولا يكون كذهب الا اذا كان حرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب لان الرقيق لايملك شيئافلايتأتى ان يُملِّك ولان عبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تنبنى على التمييز وهو غير مميز والمعتوه مثله فى الهبة لانها من التصرفات المضرة له ضررا محضا ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات والصغير ان كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزا فالهبة من العقود الضارة وهى لاتصح منه وانما اشترطوا ملك الواهب للموهوب لان تمليك ما ليس بمملوك له باطل ولكن هذا ليس شرطا للصحة بل هو شرط للنفاذ اذ لو وهب شخص ملك غيره صحت الهبة وكانت موقوفة على اجازة المالك فان شاء ألغاها وان شاء أمضاها — أنظر مادة (٥٠١)

والموهوب له لايملك الا بالقبض وقال الامام مالك وابن أبى ليلى من الحنفية يثبت الملك له قبل القبض كالمشترى فانه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحا نافذا لازما وعلى هذا الخلاف الصدقة .واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام «لاتجوز الهبة الا مقبوضة »والمراد نفى الملك لاأصل الجواز وبقول سيدنا أبى بكر الصديق للسيدة عائشة رضى الله عنهما

(مادة ٥٠١) يشترط فى صحة الهبة أن يكون الواهب حرا عاقلا بالغا مالكا للعين التى يتبرع بها

فى مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا ممالى بالعالية وأنك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولوكانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع بما تبرع به فلا يجوز وفرقوا بين الهبة والوصية اذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع ان كلا منهما عقد تبرع بأن المتبرع فى الوصية قد مات والورثة ليسوا متبرعين بخلاف الهبة فليس فيه الزام المتبرع بما تبرع له ولا يكون القبض معولا عليه الا اذا كان كاملا ولا يكون كذلك الا اذا كان الموهوب متميزا عن غيره بأن يكون غير مشاع اذا كان مما يحتمل القسمة ولا يكون متصلا بغيره كما يأتى لك ايضاحه فى شرح مادة (٥٠٧) ولكن محل اشتراط القبض فى الملك اذا لم يكن الموهوب فى يد الموهوب له فلو كان مقبوضا فى يده قبل الهبة لم يحتج الى قبض جديد سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديعة والاجارة والعارية أو مضمونا سواء كان مضمونا بنفسه كالمغصوب أو بغيره كالمرهون لان القبض ثابت فيها وهو الشرط المطلوب فلا حاجة الى تجديده بعد الهبة والفرق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره ان الاول يجب على من هو تحت يده ان يرده الى مالكه مادام موجودا فاذا هلك أو استهلك تلزم قيمته بالغة ما بلغت وان الثانى اذا هلك بدون تعد لا تلزم قيمته بل شىء آخر وهو بالنسبة للرهن الأقل من قيمته ومن الدين

فقد علمت ان هذا الشرط وهو القبض ليس شرطا لصحة الهبة وانما هو شرط لملك الموهوب له فهو وان كان راجعا الى الموهوب لكنه ليس لصحة الهبة. أمّا الشروط التى يلزم وجودها فى الموهوب لصحة الهبة فهى أن يكون

موجوداً وقت العقد فلو وهب ماتثمر نخيله العام أو ماتلد أغنامه السنة ونحو ذلك لم تصح الهبة . وأن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ماليس بمال أصلا كالميتة والخنزير ولا ماليس بمتقوم كالخمر . وان يكون مملوكا فى ذاته فلا تجوز هبة المباحات لان تمليك ماليس بمملوك باطل

وأما مايلزم وجوده لصحة الهبة فى الموهوب له فهو كونه موجودا وقت الهبة فلو وهب لابنه فلان وليس له ابن كانت لاغية ولو ولد له بعد ذلك

وأما مايلزم وجوده من الشروط لصحة الهبة فى الركن فهو أن يكون منجزا فلا تصح الهبة المعلقة على شرط ولكن هذا فيه تفصيل لان مدلول فعل الشرط ان كان محققا وقت التكلم به صحت الهبة وان كان غير محقق أى تارة يحصل وتارة لايحصل فلا تصح. وان يكون غير مضاف الى زمن مستقبل فلو قال وهبت هذا الشىء لك بعد شهر مثلا لم تصح الهبة — وأما اقتران الهبة بشرط فينظر فيه ان كان الشرط ملائما كما اذا قال وهبتك هذا على أن تعوضنى كذا صحت الهبة والشرط وان كان الشرط غير ملائم صحت الهبة وبطل الشرط

﴿ حكم الهبة ﴾

حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الاثر المترتب عليه فمتى حصل عقد الهبة مستوفيا شرائطه ترتب عليه الحكم وهو أنها لاتفيد الملك قبل القبض وبعده تفيده غير لازم ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها وان كره تحريما كما

ستعرفه فى باب الرجوع فى الهبة وهى مخالفة لباقى العقود كالبيع والاجارة لان كلا منهما متى كان صحيحا نافذا لازما فلا يجوز الرجوع فيه — أنظر مادة (٥٠٢)

فقد علمت من الشروط ان الواهب متى كان أهلا للتبرع بأن يكون حرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب صحت الهبة ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع ماله أو لا تصح الا اذا كان الموهوب بعض المال ولنبين لك ذلك حتى تعرف الاحكام فنقول — الشخص إن كان أهلا للتبرع فاما أن يكون صحيحا وإما أن يكون مريضا مرض الموت فان كان الاول فله أن يهب ماشاء لمن شاء وحينئذ تكون هبته صحيحة ولو استغرقت جميع ماله سواء كان الموهوب له أجنبيا منه أو قريبا له وسواء كان القريب أصلا له أو فرعا أو غيرهما وسواء كان موافقا لدينه أو مخالفا له بشرط جواز بِرِّه فيؤخذ من هذا انه اذا وهب جميع أمواله وهو فى حال الصحة لبعض أولاده تاركا البعض الآخر يندب حظه صح ذلك فلا يعارضه أحد وكل هذا منصوص عليه ولكن فى هذا من الاجحاف ببعض الاولاد مالا يخفى ولذا قالت العلماء إنه يكون آثما بهذا العمل ان قصد به الاضرار فيعاقب عليه فى الآخرة ولا ينقض تصرفه ولما نظر بعضهم الى ان العقاب الاخروى لا يفيد من لم يأخذ شيئا قال يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثا لكل الورثة وهو ظاهر

(مادة ٥٠٢) لا يثبت ملك العين الموهوبة الا بقبضها قبضا كاملا كما هو مبين فى « مادة ٥٠٧ » وان كانت فى يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبض جديد بشرط القبول

المراد فاذا كان هذا حاله بالنسبة لاعطائه بعض الاولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع ان المعطى قريب الشفقة على إخوته فيعطيهم من هذا المال شيئا أو يلزم بنفقتهم ان احتاجوا الى ذلك فما بالك اذا وهب جميع ماله لاجنبي لاشك فى أنه يكون أقوى من هذا فى المنع ولم أر لهم غير هذا للبحث به ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول ان الشخص اذا وهب جميع ماله لغيره وسلمه له وامتنع عن الرجوع فى الكل أو البعض فأصبح بذلك كلا على غيره يتكفف الناس لمعيشته الضرورية فهل يقال انه بهذا الفعل يكون سفيها ويحجر عليه ويكون الحجر من وقت السفه على مذهب الامام محمد فتلغى هذه الهبة وترد له أمواله من الموهوب له أو لايقال ذلك . أنظر فلعلك توافق

وان كان الثانى وهو ما اذا كان مريضا مرض الموت فاما ان تكون الهبة لوارث أو لغير وارث وعلى كل فاما أن تكون بأقل من الثلث أو به أو بأكثر وعلى كل فاما ان تجيزها الورثة أولا فان كانت الهبة لوارث فلا تنفذ الا باجازة بقية الورثة ولو كانت بأقل من الثلث وان كانت لغير وارث فان كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذت وان لم تجز الورثة وان كان أكثر منه فلا تنفذ فى الزائد الا باجازته وسيأتى ذلك مفصلا بأسبابه وحكمه فى تصرفات المريض — أنظر مادة (٥٠٣)

وقد عرفت من الكلام على أركان الهبة أن الايجاب فيها ليس له لفظ

(مادة ٥٠٣) يجوز لكل مالك اذا كان أهلا للتبرع أن يهب فى حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أو فرعا أو قريبا أو أجنبيا منه ولو مخالفا لدينه بشروطه

مخصوص بل الغرض الاتيان بما يدل على معناها وهو التمليك بغير عوض ولذا قال الفقهاء ان العمرى من الالفاظ التى تنعقد بها الهبة بخلاف الرقبى والعمرى فى اللغة بضم العين اسم مصدر من الاعمار يقال أعمرته الدار عمرى أى جعلتها له يسكنها مدة عمره وفى الشريعة جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته اذا مات المعمر له أو المعمر وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية متبعين ما اشترطوه فجاء الشرع الاسلامى وأبطل الرد على المعطى اذا مات الآخذ أو على ورثته اذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته لاترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث » ولان معنى العمرى التمليك فى الحال وجعلها له مدة عمره فاذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لقولهم ان الهبة لاتبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط . والرقبى بضم الراء اسم مصدر من المراقبة وهى فى اصطلاح الفقهاء ان يقول شخص لآخر داري لك رقبى ان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهى لى أى فكأنه قال أرقب حياتى فاذا مت وأنت حى فهى لك فيكون فيها تعليق التمليك بالشرط فلا يصح ولذا كانت غير جائزة بمعنى انها لاتفيد المالك للمرقب له بدليل الحديث المتقدم الذى فيه « لاترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث » أى فطريق الشىء المرقب طريق الميراث عن المرقب بكسر القاف واذا لم تصح الرقبى بهذا المعنى تكون عارية فاذا سلمها اليه جاز له الانتفاع بها فظهر مما تقدم ان الفرق بين العمرى والرقبى هو ان العمرى وجد فيها التمليك فى الحال واشترط الرد فى المآل والرقبى علق فيها التمليك بالشرط وهو موت المرقب والمرقب له حى فتكون

كالوصية وانما لم يجعلوها مثلها لانه لم يعلقها بمطلق موته كالوصية بل بشرط أن يموت والمرقب له حي كذا قالوا وأنت خبير بأن هذا الفرق غير ظاهر لان الموصى به لا يملكه الموصى له الا اذا مات الموصى وهو حي فالشرط موجود وان لم يصرح به اللهم الا اذا كان هناك فرق بين التصريح بالشيء وعدم التصريح به وان كان ثابتا في نفسه وقال أبو يوسف الرقبى صحيحة فتفيد الملك في الحال ويبطل الشرط ولكن قال العلماء ان هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تفسير الرقبى فالامام ومحمد فسراها بما تقدم وهو تعليق الملك على الموت والمرقب له حي وأبو يوسف فسرها بانها تمليك للحال واشترط الاسترداد بعد الموت فتكون كالعمرى فلو نظر كل منهما لما نظر اليه الآخر لقال بما قال فلا خلاف في الحقيقة لان اللفظ صالح للمعنيين — أنظر مادة (٥٠٤)

﴿ الفصل الثاني ﴾

(فيما تجوز هبته ومالا تجوز)

اعلم ان الموهوب اما أن يكون غير مشاع وغير متصل بغيره واما أن يكون مشاعا أو متصلا بغيره والمشاع اما أن يكون غير قابل للقسمة أو قابلا

(مادة ٥٠٤) العمرى جائزة للمعمر له ولورثته من بعده وهي جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر او على ورثته اذا مات المعمر له أو المعمر ونحوه قوله أعمرتك داري هذه حياتك أو وهبتك هذه العين حياتك فاذا مت فهي لورثتي فتصح ويبطل شرط الرد على المعمر أو ورثته والرقبى غير جائزة بمعنى عدم افادتها الملك وهو أن يقول داري لك رقبى ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي ومن أرقب شيئا فهو لورثته واذا لم تصح تكون عارية

لها والمتصل بغيره اما أن يكون اتصالا خلقيا أو اتصال مجاورة وكل له حكم يخصه واليك البيان

فأذا كان الموهوب غير مشاع وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب أو أرض ليست مشغولة بزرع أو غرس مثلا صحت الهبة وملكت بالقبض

واذا كان الموهوب مشاعا فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس أو نصف حمام أو بيت صغيرين كان حكمه كحكم غير المشاع من أنه يفيد الملك بالقبض ولكن لا بد لصحة الهبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف والربع والسدس مثلا فلو كان غير معلوم القدر كما اذا وهبه نصيبه من هذا البيت مثلا وهما لا يعلمان انه لم تكن الهبة صحيحة (تأمل)

واذا كان الموهوب مشاعا فيما يحتمل القسمة كنصف بيت أو حمام كبيرين أو عشرة أفدنة من الارض كانت الهبة صحيحة غير تامة على الصحيح وان كان بعضهم يقول انها فاسدة وعلى كل فلا تفيد هبته الملك بالقبض مشاعا فى غير الموهوب بأن يقبض الكل بل لا بد لذلك من القسمة وافراز الموهوب من غيره وينبنى على ذلك ما يأتى — أولا اذا تصرف فيها الواهب ببيع او غيره نفذ تصرفه ولا يكون للموهوب له حق فى المعارضة — ثانيا للواهب استردادها من الموهوب له وهذا الحق وان كان ثابتا للواهب ولو الهبة صحيحة تامة ويكون ذلك بالرجوع فيها ولكن لا يشترط فى هذه الحالة ما يشترط فى صحة الرجوع من التراضى أو قضاء القاضى فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد وتمكن الموهوب له منه ولم يفعل كان عليه الضمان واذا مات

الواهب قبل الاسترداد ثبت هذا الحق للورثة كما كان ثابتا لمورثهم ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب — ثالثا اذا هلك الموهوب عند الموهوب له أو استهلكه كان للواهب الحق فى أخذ البدل منه — رابعا اذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلا فلا ينفذ تصرفه . وبعضهم يقول الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض ومن باب أولى ما اذا كانت صحيحة غير تامة كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأفتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب لان الموضوع ان القبض باذنه

والفرق بين المشاع الذى لا يحتمل القسمة والذى يحتملها أن الاول هو الذى يضره التبعيض ولا يبقى منتفعا به أصلا بعد القسمة أو لا يبقى منتفعا به بعدها انتفاعا من جنس الانتفاع الذى كان قبلها . وأن الثانى هو الذى لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعا به بعد القسمة انتفاعا من جنس الانتفاع الذى كان قبلها فالشىء الذى لا يبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كالحيوان والذى يكون منتفعا به بعدها انتفاعا يخالف الانتفاع الاول مثل البيت والحمام الصغيرين فان البيت الصغير اذا قسم ربما ينتفع به مخزنا أو مربطا أو حانوتا ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق وكذا الحمام الصغير اذا قسم يمكن أن يجعل بيتا أو حانوتا مثلا ولكن لا يبقى حماما كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمام الكبير الذى يمكن أن يقسم ويجعل له موقدتان فهو مما يقسم واحتياجه الى موقدتان لا يخرجه عن كونه قابلا القسمة حيث أمكن ان يتخذ له كالمقسم الذى يحتاج الى طريق أو مسيل ويمكن فيه ذلك فانه قابل للقسمة

وقال الامام الشافعى ان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها

صحيحة لان الهبة عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعا لاينافى الملك فى الشيوع مثل الوصية وتسليمه ممكن إما بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لايحتمل القسمة

واستدلت الحنفية على أن الموهوب لابد أن يكون مقسوما أو مشاعا فيما لايحتمل القسمة بأن القبض منصوص عليه فى الهبة بقوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز الهبة الا مقبوضة » فلا تتم الا به والقبض انما يكون فى المقسوم وكذا فى المشاع الذى لايقسم لان قبض كل شىء بحسبه والمشاع الذى لايقبل القسمة لايكون قبضه الا مشاعا فاكتفى به وتمت الهبة أما المشاع الذى يقبل القسمة فانه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملا اذ هو المطلوب لان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل فقط والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لأن القبض عبارة عن كون الشىء فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامه لايحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع فما لم تجتمع لايصير محرزا ويكون احرازه ناقصا فلاينهض لافادة الملك . ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل الى أحد المذهبين وبعضهم يقول إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامة فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك ويخصصها بعضهم بغير الشريك مستدلا بتصور قبض الشريك مع الشيوع لان نصيبه فى يده فيمكنه قبض النصيب الثانى مشاعا بخلاف غير الشريك وهو الظاهر ولذا قال بعضهم انه المختار وان كان أكثر الكتب على خلافه

والشيوع المانع من تمام القبض فى الهبة هو الشيوع المقارن للعقد كهبة نصف البيت الكبير أو استحقاق بعض الموهوب أما الشيوع الطارىء فلا يترتب عليه شيء لانه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئا فرجوع الواهب فى بعض الهبة لا يضر لطرو الشيوع ومن الشيوع الطارىء مالو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة بطلت الهبة فى الثلثين وبقيت فى الثلث — أنظر مادتى (٥٠٥و٥٠٦)

واذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب فاما أن يكون شاغلا أو مشغولا وعلى كل حال فاما أن يكون الاتصال خلقيا أو اتصال مجاورة فان كان الاتصال خلقيا فلا تصح الهبة ولا تفيد الملك بالقبض سواء كان الموهوب مشغولا بغيره أو شاغلا له مالم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله الموهوب له ويقبضه بالفعل فاذا كان لشخص أرض وله فيها زرع فلا تصح هبة الارض بدون الزرع ولا

(مادة ٥٠٥) هبة المشاع الذى لا يقبل القسمة صحيحة تفيد الملك بقبضها بشرط أن يكون الموهوب معلوم المقدار والمشاع الذى لا يقبل القسمة هو الذى يضره التبعيض ولا يبقى منتفعا به أصلا بعد القسمة أو لا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى قبلها

(مادة ٥٠٦) هبة المشاع الذى يحتمل القسمة لا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك الا اذا قسم الموهوب وسلم مفرزاً عن غير الموهوب لا متصلا به ولا مشغولا بملك الواهب والمشاع الذى يحتمل القسمة ما لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبله

الزرع بدون الارض الا بالشرط المتقدم لان الارض مشغولة بالزرع وهو شاغل لها والاتصال خلق ومثله الثمر على الشجر والسبب فى ذلك ماتقدم فى هبة المشاع لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال كشىء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبة مشاع فيما يحتمل القسمة

وان كان الاتصال اتصال مجاورة فان كان الموهوب مشغولا بغيره فلا تصح هبته الا بفصل الموهوب من غيره وتسليمه بالفعل وان كان الموهوب شاغلا لغيره جازت هبته وحده اذا قبضه ولو كان القبض بالتخلية فلا يشترط فيه التمييز فاذا كان لشخص بيت فيه متاع له فلا تصح هبة البيت وحده الا بأخلائه وتسليمه الى الموهوب له لانه مشغول بما ليس بموهوب فلا يصح تسليمه الا بالاخلاء من المتاع وان وهب المتاع الموجود فيه صحت الهبة وان لم يفصله من البيت لان المتاع شاغل له بل يكتفى فيه بالتخلية وهى أن يخلى الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكن من قبضه بأن لايكون هناك مانع منه ومن هذا القبيل ما اذا وهب الدابة المسرجة بدون سرجها أو السرج بدونها اذ الدابة مشغولة والسرج شاغل وانما فرقوا هنا بين الشاغل والمشغول لان استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانا فى القبض بخلاف الدابة فانها تستعمل بدونه هكذا قالوا فانظر وتأمل — أنظر مادة (٥٠٧)

(مادة ٥٠٧) اذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب اتصال خلقة وممكنا فصله منه فلا تصح هبته شاغلا كان أو مشغولا مالم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله ويقبضه بالفعل. واذا كان الموهوب متصلا بملك الواهب اتصال

وقد تقدم لك عند الكلام على شروط الهبة أن هبة المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ماهو فى حكمه وذلك كالدقيق فى البر والدهن فى السمسم والسمن فى اللبن لان هذا الموهوب كالمعدوم ولذا لايشار الى الدقيق فى البر والمعدوم ليس بمحل للملك ولا يمكن تمليكه بالعقد فيكون باطلا ولو طحن البر وسلم الدقيق لان الحنطة استحالت وصارت عينا أخرى فلا تملك الا بعقد جديد وكذا غيرها وهذا بخلاف المشاع لانه محل الملك الا أنه لايمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بهذه الاشياء لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والثمر فى النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصل وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين — أنظر مادة (٥٠٨)

ولا تتوهم من كون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتكون تامة باتفاق الحنفية أن هبة اثنين لواحد أو واحد لاثنين ماذكر لاتكون تامة أيضا بل فى ذلك تفصيل وبيانه أن هبة اثنين لواحد مشاعا فيما يحتمل القسمة متفق

مجاورة فان كان مشغولا به فلا تجوز هبته وحده الا بفصله وان كان شاغلا له جازت هبته وحده اذا قبضه ولو بالتخلية بلا فصل . وان قبض الموهوب له العين الموهوبة شائعة بدون فصلها فلا ينفذ فيها تصرفه ويضمنها ان هلكت أو استهلكت ويكون للواهب حق التصرف فيها واستردادها هو أو ورثته ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم منه

(مادة ٥٠٨) كل ما كان فى حكم المعدوم فلا تجوز هبته أصلا كدقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن

على صحتها فتفيد الملك بالقبض لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع وأن هبة واحد لاثنين ماذكر مختلف فيها فالصاحبان يقولان بالجواز والامام الاعظم يقول بعدمه فلا تفيد هذه الهبة الملك بالقبض عنده الا اذا فرز نصيب كل منهما على حدته وسلم اليه واستدل الصاحبان بان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن شيئا عند رجلين بل هذا أولى منه بالحكم لان تأثير الشيوع فى الرهن أقوى منه فى الهبة بدليل أن رهن المشاع فيما لايحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهبة واستدل الامام بان هذا العقد فيه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل انها لو كانت فيما لايقسم وقبل أحدهما جاز ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدته لما جاز ذلك فحينئذ ينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا فلا يصح اذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم . وهذا الخلاف جار فيما اذا لم يبين نصيب كل واحد منهما أما اذا بين بان قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها فلا تجوز عند الامام وأبى يوسف وقال محمد تجوز ان قبضه فالامام ومحمد جريا على أصلهما المتقدم لان هذا هبة لشخصين فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص ولكن أبو يوسف فرق بينهما بان النص على البعض الشائع يدل على ان قصده ثبوت الملك فيه فلا تجوز بخلاف ماذا لم ينص على ذلك صريحا ولا فرق فى هذا الحكم بين ماذا كان الموهوب لهما كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا

ومحل الخلاف المتقدم اذا كان الموهوب لهما غنيين فلو كانا فقيرين

جازت الهبة اتفاقا أما عند الصاحبين فلا كلام لان الحكم عندهما واحد وفرق الامام بأن الهبة للفقيرين صدقة كما أن الصدقة على الغنيين هبة والصدقة يطلب بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه والهبة ليست كذلك فتكون تمليكا من اثنين فلا تجوز ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو واحد ولو أوصى بها لاغنياء غير معينين لم تجز — أنظر مادة (٥٠٩)

والهبة قد تكون تمليكا فقط وهى هبة الاعيان والدين لغير المدين وقد تكون تمليكا من وجه واسقاطا من وجه وهى هبة الدين للمدين فتمليك الدين تارة يكون للمدين وتارة يكون لغيره سواء كان التمليك بالهبة أو بغيرها فان كان التمليك للمدين جاز سواء كان بالهبة أو بغيرها فلو كان بها تمت وان لم يقبل المدين لما فيها من معنى الاسقاط ولكنها ترتد برده لما فيها من معنى التمليك والابراء كالهبة فيما ذكر ولكن محل ذلك اذا لم يكن الدين المبرأ منه بدل صرف أو سلم والا توقف على القبول فاذا وهب الدائن للمدين أحد بدلى الصرف أو أبرأه منه أو أبرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال فلا يصح كل من الهبة والابراء الا بالقبول والفرق بين هذين وغيرهما أن سقوط الدين فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقفت الصحة على القبول فيهما

(مادة ٥٠٩) تصح هبة اثنين لواحد مشاعا محتملا للقسمة بدون قسمته ولا تصح هبته من واحد لاثنين غنيين الا بعد قسمته وفرز نصيب كل منهما سواء كانا كبيرين أو صغيرين او أحدهما كبيرا والآخر صغيرا فان كانا فقيرين صحت هبة المشاع لهما

لافى غيرهما فالتوقف على ذلك لامن حيث إنه هبـة الدين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد وهذالابد فيه من التراضى — أنظر مادة(٥١٠)

واذا كان تمليك الدين لغير المدين فلا يصح لانه غير قادر على تسليمه للموهوب له مادام فى ذمة المـدين ولـكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل

الاولى الحوالة فاذا كان شخص مدينا وله دين عند غـيره فاحال دائنه على مدينه بما عليه صح ذلك وان كان فيه ماذكر ولـكن عند التأمل نرى أن هذه الصورة ليس فيها تمليك لقول الفقهاء إن عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك ويرتبون عليه فروعا كثيرة وينبنى على ذلك أن المحال لم يملك مابذمة المحال عليه من الدين ولـكن لما رضى المحال عليه بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فاذادفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما لانه صار مدينا ودائنا لشخص واحد وحينئذ فليس فى الحوالة سوى التسليط على القبض من المحال عليه لا التمليك

الثانية الوصية فاذاأوصى الدائن لغير المدين بالدين صح لان الموصى له خليفة عن الميت فقدسلطه على قبضه بعد وفاته وبهذا رجع الامر الى التسليط بالقبض فى كل الصور ولو أوصى لشخص بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون ملك الموصى له من الدين بقدر وصيته أى يملك المطالبة به وانما يصير ملـكا حقيقة اذا صار عينا بأن قبضه بالفعل

(مادة ٥١٠) هبة الدين لمن عليه الدين تتم من غير قبوله وكذا ابراءه عنه مالم يرده وهذا اذا لم يكن الدين بدل صرف أو سلم فلو كان أحدهما توقف على القبول

الثالثة اذا وهبه له وسلطه على قبضه وقبضه فعلا لأنه فى هذه الحالة يصير وكيلا فى القبض عن الواهب ثم أصيلا فى القبض لنفسه ولذا كان للدائن عزله عن التسليط قبل القبض فعلم أن مدار الصحة على التسليط فى هذه الصور فلو وجد فى غيرها صح أيضاً — أنظر مادة (٥١١)

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فيمن يجوز له قبض الهبة)

لما كان القبض شرطا فى تمام الهبة احتيج الى بيانه وبيان من يجوز له قبض الهبة حتى تتم بقبضه وقد تقدم الاول عند الكلام على أركانها والموضوع الآن هو الثانى فالموهوب له إما أن يكون بالغاً واما ان يكون غير بالغ وغير البالغ إما أن يكون غير مميز وإما أن يكون مميزا وعلى كل فاما أن يكون الواهب له الولاية عليه أولا وكل له حكم يخصه واليك البيان

فان كان بالغا عاقلا كانت ولاية القبض له ولو كان فى عيال الواهب لانه هو المتصرف فى شؤون نفسه فلا يعتبر القبض الا اذا تولاه هو ومن حيث إن كل من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه فله أن يوكل غيره فى قبض الموهوب وحينئذ تتم الهبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له لانه نائب عنه. وان كان صغيراً غير مميز فان كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الايجاب وقام قبضه مقام قبض الصغير. ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما اذا

(مادة ٥١١) هبة الدين ممن ليس عليه الدين باطلة الا فى حوالة ووصية واذا سلط الموهوب له على قبضه بالتوكيل عنه من المديون وقبضه

كان يملك التصرف فى ماله أو لا فالاول هو الاب والجد الصحيح والقاضى ووصى كل منهم والثانى غيرهم سواء كان أخا أو عما أو أما أو غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله ولو كان ملتقطا الا أنه يشترط فى صحة قبض الثانى أن يكون الصغير فى حجرهم أى كنفهم وتربيتهم وبعضهم يشترط فى صحته أيضا عدم وجود الاول مستدلا بأن تصرف الثانى للضرورة لا بالتفويض ولا ضرورة مع وجود الاول والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصحيح المفتى به لان فيه نفعا للصغير خصوصا وقد وجدت دلالة تفويض الأب مثلا الى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له صحة قبض الصغير بنفسه اذا كان مميزاً ولو كان الأب ونحوه حاضرا — ولكنه يشترط لصحة هذه الهبة وتمامها شروط ثلاثة

الاول أن يكون الموهوب معلوما فلو كان مجهولا كما اذا قال وهبت له شيئا من مالى لم تصح وهذا الشرط عام فى كل هبة — الثانى أن لا يكون مشاعا فيما يحتمل القسمة وقد عرفته فى بحث هبة المشاع وهذا الشرط وان كان عاما فى كل هبة أيضاً الا أن الغرض من الاتيان به فى هذه بخصوصها نفى توهم عدم اشتراطه فيها لانه انما اشترط لاجل تمام القبض وهذا فى يد ولى القبض فلا يفتقر الى ذلك ولا بأس بهذا التوهم لان فيه نفعا للصغير خصوصا وهبة المشاع غير متفق على عدم تمامها

الثالث أن يكون الموهوب فى يد الواهب فلو كان فى يد غيره فاما أن يكون مودعا أو مستعيرا أو مرتهنا أو غاصبا أو مستأجرا فان كان مودعا أو مستعيراً تمت الهبة أيضا وان لم يسترده وان كان مرتهنا أو من بعده

فلا تتم الا باستردادها ممن هى تحت يده والسبب فى ذلك أن القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرا بالنسبة للمرتهن ومن بعده لاننا جعلنا يد الولى فيما يهبه للصغير بمنزلة يده اذا كانت قائمة وههنا اليد المرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للصغير فانعدم قبضها الذى هو متمم للهبة فقلنا بعدم التمام ولذا لو استردت منه انتفى التعذر فتم ومثل المرتهن الغاصب والمستأجر بخلاف ما اذا كان صاحب اليد مودعا أو مستعيرا لان يدهما كيد الواهب فهى موجودة تقديرا فتتم الهبة

وان كان الصغير غير مميز أيضا ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعنى المتقدم فلا تتم الهبة بمجرد الايجاب بل لابد من القبض سواء كان ممن له الولاية على أمواله أولا الا أنه لو كان ممن له الولاية على أمواله تمت بقبضه سواء كان فى كنفه وتربيته أولا لان له ولاية التصرف فى أمواله وقبض الهبة من التصرف فى المال فتتم به مطلقا بخلاف غيره فانه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه لكن لما كان فى كنفه كانت له الولاية فى الجملة ولذا كان له تأديبه وتسليمه الى صنعة فيصح منه قبض ماوهب له لأن فيه نفعا محضا للصغير خصوصا وقد وجدت دلالة التفويض من وليه الى من يعوله ولذا لا يشترط فى صحة قبضه عدم وجود الاب ونحوه ممن له ولاية ماله على ماهو الصحيح المفتى به - أنظر مادة (٥١٢)

(مادة ٥١٢) هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالايجاب وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب أبا أو أما أوغيرهما ممن يعوله عند عدم الاب بشرط كون الموهوب معلوما معينا مفرزا وكونه فى يد الواهب أو فى

وان كان الصغير مميزا فان كانت الهبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهبة بمجرد الايجاب أيضا بالشروط المتقدمة فيما اذا كان الصبى غير مميز وان كانت الهبة من أجنبي فلا تتم الا بالقبض سواء كان بنفسه أو ممن له الولاية عليه فان كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهبة بقبضه وان لم يكن فى كنفه وتربيته بخلاف غيره فانه لابد ان يكون ممن يعوله ويكفله لان لمن هو فى يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فيملك ذلك فليس للواهب أن ينزعه من يده بعده

وانما تمت الهبة بقبضه بنفسه ولو مع وجود الولى لانه فى التصرف النافع الذى لايحتمل غيره ملحق بالبالغ استحسانا وان كان القياس يقتضى عدم الجواز اذ لاعبرة بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبى اذا كان فى عياله ولو اعتبر بعقله وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولوكانت له حاجة اليه ووجه الاستحسان انه انما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لايتم به نظره فى عواقب أموره لعدم كماله فاذا كان التصرف نفعا محضا تعين النظر فى نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد فى التصرف الضار لاجله والتوقف فى المتردد بين النفع والضرر لاجله أيضا فيرده الولى ان لم ير فيه مصلحة وينفذه ان رآها فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعا محضا ويحصل له النفع بطريقين اذليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض مع انه من أهله بالتمييز والاختبار

يد مودعه أو مستعيره لافى يد مرتهنه أو غاصبه وان كانت الهبة لبالغ يشترط قبضه بنفسه أو قبض وكيله عنه ولو كان فى عيال الواهب

وكما يصح قبول الصبي المميز الهبة يصح منه ردها فلا يصح قبوله بعده والظاهر ان الولى ليس له أن يرد ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة فلو قبل الصبي بعد رده صح ذلك ومحصل هذا أن الهبة لا تتم الا بالقبض ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له بل تارة يكون بقبضه بنفسه أو بوكيله اذا كان بالغا عاقلا وتارة يكون بنفسه أو ممن هو فى كنفه وتربيته اذا كان صغيراً مميزاً وتارة يكون ممن يعول الصغير ويكفله فقط اذا كان صغيرا غير مميز — انظر مادة (٥١٣)

ويترتب على هذا أن الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته وان لم تكن له الولاية على أموالها ولكنه مشروط بشرطين الاول أن تكون صغيرة سواء كانت مميزة أو غير مميزة اذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن فى جميع تصرفاتها — الثانى أن يكون ذلك بعد الزفاف فلا تتم الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية لان الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف لان الاب أقامه مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه فيملكه ولو مع وجود الأب ولا شك ان الاب اذا قبضها بنفسه تمت لان النائب اذا كان يملك فالاصيل من باب أولى — انظر مادة (٥١٤)

(مادة ٥١٣) اذا وهب أجنبى هبة لصبى جاز لكل من هو فى حجره قبضها والصبى اذا كان مميزا فقبضه معتبر ولو مع وجود الاب

(مادة ٥١٤) زوج المرأة الصغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها ولو مع حضرة أبيها وليس له ذلك قبل زفافها ولا بعد بلوغها

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى الرجوع فى الهبـة)

اعلم انه بعد تمام الهبة واستيفاء جميع شرائطها قد اختلفوا فى صحة الرجوع فيها فقال الامام الشافعى ومن وافقه بعدم صحة الرجوع الا للوالد فيما يهب لولده وقالت الحنفية بصحته مطلقا واستدل الامام الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام (لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده) وبأن الهبـة ما خرجت عن كونها عقـد تمليك كالبيع فوجب أن تلزم مثله وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لايقتضى ضده وانما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده لان اخراجه عن ملكه لم يتم اذ الولد من كسب أبيـه قال عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لابيك ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا) واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام (الواهب أحق بهبته مالم يثب منها) أى مالم يعوض عنها وبعضهم يروى هذا على أنه من كلام سيدنا على كرم الله تعالى وجهه والمراد به بعـد التسليم لانها لا تـكون هبة حقيقة قبـله وحينئذ تـكون اضافتها الى الواهب باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادى قروض وتأيد ذلك بالشروع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضى الفعل من الجانبين فاذا لم يحصل مقصوده ثبت له الرجوع وهذا مثل المشترى فانه اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن

لفوات مقصوده وهو صفة السلامة فى المبيع وأجابت الحنفية عن الحديث الذى استدل به الشافعى بأن المراد منه أن الواهب لاينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ للانفاق وسمى ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائبا فلو لم يحتج لم يجز له الاخذ وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة فى تخصيص الهبة بهذا الحكم أو المراد انه لايحل له الرجوع بطريق الديانة والمروءة فيكون كقوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو » أى لايليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزا فى الحكم على انا لانسلم ان الحديث الذى رواه الشافعى ينافى الرجوع لانه خبر عن قبحه فيكون معناه ان الواهب لايليق به ان يرجع فيما وهب الا الوالد فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام (المؤمن لايكذب) وقوله أيضا (الزانى لايزني وهو مؤمن) أى لايليق به أن يكذب أو يزنى وهو مؤمن فليس المراد انه ينافى صفة الايمان بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا مانحن بصدده أى انه قبيح من حيث العادة لا الشرع لان الشرع مكّنه من الرجوع وأنت بعد ايراد الدليلين لايخفى عليك ظهور أحدهما والرجوع فى الهبة ثابت ولو صرح الواهب باسقاطه فيعلم من هذا ان الاسقاط لايكون فى كل حق اذ بعض الحقوق لايسقط وان أسقطها صاحبها كهذا والميراث والاستحقاق فى الوقف ولكنهم قالوا فى الاخيرين لايسقط كل منهما لثبوته جبرا فانظر وجه الاول ولعله لكونه من مقتضيات العقد

فلايسقط بالاسقاط ومع ذلك فالرجوع عند القائلين به قبيح ومر تكبه دنيء كما علم من تقرير دليلهم — أنظر مادة (٥١٥)

وانما يصح الرجوع فى الهبة اذا لم يكن هناك مانع منه والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم فى قوله

منع الرجوع من المواهب سبعة ... فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له ... زوجية قرب هلاك قد عرض

واختصر هذا آخر بقوله

ويمنع الرجوع فى فصل الهبة ... ياصاحبي حروف دمع خزقه

فكل حرف من حروف دمع خزقه يشير الى مانع منها فالدال تشير الى الزيادة والميم لموت أحد المتعاقدين والعين للعوض والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له والزاى للزوجية والقاف للقرابة والهاء لهلاك الموهوب

فالمانع الاول هو الزيادة ولكن ليست كل زيادة فى الموهوب مانعة من الرجوع فى الهبة بل الزيادة المتصلة به سواء كانت متولدة من الاصل أو غير متولدة أما المنفصلة سواء كانت متولدة أو غير متولدة فلا تمنع الرجوع فيها فعلم أن أنواع الزيادة أربعة لانها اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما ان يكون متولدا من الاصل أو غير متولد منه فالمتصلة المتولدة كالثمر قبل جزه

(مادة ٥١٥) يصح الرجوع فى الهبة كلا أو بعضا ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة فى المواد السبعة الآتية

والسمن والغير المتولدة كالبناء والغرس فى الارض والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر بعد قطعه والغير المتولدة كالكسب والغلة وم[illegible]ها غير متولدة من الاصل وان كانت ناشئة عنه أنها لي[illegible] الشيء نفسه بل هى بدل المنافع . والمانع منها هى المتص[illegible] فى ذلك أن الرجوع لا يصح الا فى الموهوب والز[illegible] فلا رجوع فيها والفصل ليرجع فى الاصل دون الزيادة [illegible] وبطل حق الواهب لان له حق التمليك فى الاصل [illegible] وهوب له حقيقة الملك فيها فكانت مراعاته أولى عند تع[illegible] ب لا يظهر الا فى الزيادة المتصلة دون غيرها ولكن يظ[illegible] لموهوب فان ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال [illegible] الزيادة . من حيث السعر فقط ثبت الرجوع لانه لا زياد[illegible] تضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع . وار[illegible] مكان الى آخر وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ففيه [illegible] الامام ومحمد ينقطع الرجوع وقال أبو يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل فى نفس الشيء فصارت كزيادة السعر . ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل فامتنع وهو الظاهر

وعند مايرجع الواهب وكانت فى الموهوب زيادة منفصلة أخذ الاصل لا الزيادة حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له فى الزيادة الزم بالانتظار حتى يزول فاذا ولدت الموهوبة فليس له أن يرجع حتى يستغنى

الولد عن أمه — أنظر مادة (٥١٦)

والمانع الثانى موت الموهوب له أو الواهب بعد قبض الهبة لانه بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم فى حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كعين أخرى فلا يكون له سبيل عليها واذا مات الواهب فالوارث أجنبى عن العقد اذ هو لم يوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث ولان الشارع أوجبه للواهب — أنظر مادة (٥١٧)

والمانع الثالث خروج الموهوب عن ملك الموهوب له فاذا تصرف فيه كله بالبيع مثلا امتنع الرجوع فى الكل وان تصرف فى البعض امتنع بالنسبة اليه فيثبت له الحق فى الباقى كأنه لم يتصرف فى شىء منه لانه اذا لم يبع منه شيئا كان له أن يرجع فى البعض ويترك الآخر اذ له حق الرجوع فى الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى بعضه فكذا اذا بيع بعضها لان المانع لم يوجد الا فى المبيع فيتقدر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم لانه لما جاز الرجوع فى البعض مع امكان الرجوع فى الكل فأولى أن يجوز عند العجز وانما كان هذا مانعا من الرجوع لان اخراجه عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ماتم من جهته لأن

(مادة ٥١٦) اذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة واذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع

(مادة ٥١٧) اذا مات أحد العاقدين بعد قبض الهبة سقط حق الرجوع فيها

القاعدة ان كل من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا سبيل له عليها — أنظر مادة (٥١٨)

والمانع الرابع الزوجية ولكن يشترط أن تكون موجودة وقت الهبة سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل وسواء دامت الزوجية بعد الهبة أو انقطعت فلو حصلت الزوجية بعد الهبة لم يمتنع الرجوع

وانما كانت الزوجية مانعة من الرجوع لانها نظير القرابة ولذا يجرى التوارث بينهما وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود من هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما فى القرابة المحرمية وقد حصل بنفس الهبة فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبى لان المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته . ومما أخرجوه عن الاصل بالنسبة للزوجية ما اذا وهبت الزوجة دارها لزوجها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح لانها وما فى يدها فى يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لايمنع صحة قبضه ومثل هذا ما اذا وهب الأب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاعه فانه يصح على المفتى به لان شغلها بمتاع الواهب لايمنع قبضه — أنظر مادة (٥١٩)

(مادة ٥١٨) اذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فان كان خروجها من يده خروجا كليا امتنع الرجوع فيها وان كان خروجها لا بالكلية فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع فى الباقى

(مادة ٥١٩) اذا وهب احد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع

والمانع الخامس القرابة ولكن ليست كل قرابة مانعة من الرجوع فى الهبة بل التى يكون فيها الموهوب له رحما محرما من الواهب بأن يكون قريبا له ويحرم عقد الزواج بينهما كالبنت والام والخالة والعمة فلو كان القريب رحما غير محرم كبنت العم أو بنت الخالة أو كان الموهوب له محرما غير رحم كالاخت من الرضاع أو كان أجنبيا لم يمتنع الرجوع والاصل فى ذلك قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعته فامتنع — أنظر مادة (٥٢٠)

والمانع السادس هلاك الموهوب أو استهلاكه فاذا هلك البعض ثبت له حق الرجوع فى الباقى كما تقدم فى خروج البعض عن ملك الموهوب له وانما كان هذا مانعا لتعذر الرد بعد الهلاك فامتنع الرجوع ولا يُلْزَم بدفع القيمة أو المثل لان التسليط حصل من الواهب فيد الموهوب له ليست يد ضمان — أنظر مادة (٥٢١)

والمانع السابع العوض فاذا أعطى الموهوب له للواهب بدل هبته امتنع

له فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة واذا وهبت المرأة لزوجها داراً فيها متاع لها صحت الهبة وان كانت مشغولة بملكها

(مادة ٥٢٠) من وهب هبة لذى رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأمنا أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه فان وهب لذى رحم غير محرم أو لمحرم غير ذى رحم أو لمحرم بالمصاهرة واراد الرجوع فله ذلك

(مادة ٥٢١) اذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فان استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقى

الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام (الواهب أحق بهبته مالم يثب عنها) أى مالم يعوض ولان ثبوت الرجوع فى الهبة لخلل فى مقصود الواهب وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشترى عيبا فى المبيع ثم زال وانظر فيما اذا عوضه غير المطلوب له فان هذا التعليل ينتج الرجوع مع انه لم يُفصِّل فى العوض أحد ثم ان العوض ينقسم الى قسمين لانه اما أن يكون مشروطا فى العقد كما اذا قال له وهبتك هذا الشىء بشرط أن تعوضنى كذا واما أن يضاف لها بعد العقد فالاول يأتى حكمه فى شرح مادة (٥٢٨) والثانى الذى هو موضوعنا الآن إما أن يكون عوضا عن كل الهبة أو عن بعضها فان كان مضافا الى الكل بأن قال بعد تمام عقد الهبة خذ هذا عوض هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلها امتنع الرجوع فى كل الهبة وان كان العوض مضافا الى البعض كما اذا قال خذ هذا عوض نصف هبتك مثلا كان له حق الرجوع فى الباقى لان حقه فى الرجوع كان ثابتا فى الكل فاذا عوضه عن النصف امتنع الرجوع فى حقه وبقى الحق فى الباقى على ما كان والشيوع الحاصل بالرجوع فى هذه الحالة لايضر لانه طارىء بعد تمام عقد الهبة وقد عرفت فى شرح مادة (٥٠٦) أن الشيوع الضار هو الشيوع المقارن لعقد الهبة لا الطارىء عليه وهذا اذا كان العوض غير الموهوب فلو كان بعضه بأن وهب له قطعة أرض فأعطاه نصفها مثلا على انها عوض عن الكل لم يمتنع الرجوع فى الباقى لان حقه كان ثابتا فى الكل فاذا وصل اليه بعضه فلا يسقط فى الباقى وقال زفر لارجوع فى هذه الحالة مُوَجِّها كلامه بأن الموهوب

مُلِكَ بالقبض فالتحق بسائر أموال الموهوب له فكأنه أعطاه شيئا من غير الموهوب — أنظر مادة (٥٢٢)

فان سلم كل من العوض والهبة لكل منهما فبها وأما اذا استحق بأن ظهر ان أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن أثبت شخص بالحجة أنه مملوك له قبل تاريخ الاعطاء فاما أن يكون الاستحقاق واردا على العوض أو على الهبة وعلى كل فاما أن يرد على الكل أو البعض فان ورد على كل العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة تبقى بلا عوض فصار كان لم يكن عوض أصلا وان ورد على كل الهبة كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة وهذا اذا كان كل منهما موجوداً وقت الاستحقاق فان كان هالكا اختلفا فى الحكم لانه ان استحق العوض والهبة هالكة فلا يرجع الواهب بشىء أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وكذا لو كان هناك مانع آخر منه وان استحقت الهبة والعوض هالك يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة ان كان قيميا والمثل ان كان مثليا لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة لان الموضوع أنه قال للواهب خذ هذا عوض هبتك بخلاف الواهب لان الموضوع أنه لم يشترط العوض فى العقد وان ورد

(مادة ٥٢٢) اذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضا للهبة وقبضه الواهب مفرزا مميزا ان كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فان عوضه البعض عن الباقى فله الرجوع فى الباقى وان عوض النصف فله الرجوع فى النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع

الاستحقاق على بعض الهبة فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهبة لانه لم يدفع اليه العوض الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات وجميع هذه الصور متفق عليها

وان ورد الاستحقاق على بعض العوض ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون لا يرجع بشيء حتى يرد مابقى من العوض وقال زفر يرجع فى الهبة بما يقابل المستحق من العوض — واستدل بان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهبة فكذلك يرجع الواهب أيضا ببعض الهبة عند استحقاق بعض العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضى المساواة — واستدل غيره بان العوض ليس ببدل عن الهبة حقيقة لانها حصلت بدون عوض مشروط فى عقدها فهى مملوكة للموهوب له قبل أن يعوض الواهب شيئا والانسان لا يعطى بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع وما بقى يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه الا أنه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء رد الباقى عليه ورجع فى الهبة — انظر مادة (٥٢٣)

(مادة ٥٢٣) اذا استحق كل العوض يرجع الواهب فى كل الهبة ان كانت قائمة ولم تحصل بها زيادة مانعة منه او مانع آخر . واذا استحقت الهبة فللمعوض الرجوع فى جميع العوض الذى اداه ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وهو مثلى أو بقيمته ان كان قيميا وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وفى عكسه لا يرجع مالم يرد ما بقى من العوض

وهذا اذا كان للهبة عوض فان كانت بغير عوض واستحقت فاما أن يكون الاستحقاق واردا عليها وهى موجودة تحت يد الموهوب له واما ان يكون بعد هلاكها فان كان الاول فلا كلام فى أنه لا يرجع على الواهب بشىء لانه لم يعوضه شيئا والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذى لم يدفع شيئا فى مقابلته. وان كان الثانى وهو ما اذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له فقالوا ان للمستحق أن يضمنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب لان ملكه هلك وهو تحت يده وعندما يأخذ منه البدل لا يكون للموهوب له حق فى الرجوع على الواهب بما ضمن ومثله المستعير فاذا أعار شخص لغيره شيئا لينتفع به ويرده اليه فهلك هذا الشىء تحت يده وظهر انه غير مملوك للمعير ولو بالبينة فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير وليس لهذا حق فى أن يأخذ ما دفعه من المعير وهـذا بخلاف البيع والوديعة والاجارة فان المبيع اذا هلك تحت يد المشترى وظهر انه غير مملوك للبائع وضمّن المستحق المشترى رجع على البائع بما دفعه اليه ومثل البيع الاجارة والوديعة وقالوا فى الفرق إن الهبة عقد تبرع والموهوب له غير عامل للواهب فلا يستحق السلامة ومثلها العارية بخلاف الوديعة لان المودع ليس عاملا لنفسه بل لصاحبها وبخلاف البيع لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له كان مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه فيكون حاصل ما قالوه إن المغرور يرجع على الغار بأحد أمرين الاول عقد المعاوضة الثانى ان يكون نفع العقد عائدا على الدافع فقط كالوديعة فان كان عائدا على الآخذ وحده كالهبة والعارية فلا رجوع ولو كان مغرورا — وقال بعضهم إن الواهب لو

ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب فى هذه الحالة وهو ظاهر المراد فيالبته أطلق الحكم – انظر مادة (٥٢٤)

ومن حيث إن العوض الذى هو الموضوع ليس مشروطا فى العقد فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئا للواهب فى مقابلة هبته لانه تبرع وهو لا يملك وينبنى على هذا أن الاب لا يجوز له أن يدفع شيئا من مال ابنه بدل ماوهب له فلو أعطى ضمنه فلو كان من مال نفسه جاز له ذلك لانه له أن يتصرف فيه بما أراد لمن أراد – انظر مادة (٥٢٥)

ولما كانت الهبة للفقير مجازا عن الصدقة والصدقة لا رجوع فيها كانت الهبة له مثلها فى ذلك – انظر مادة (٥٢٦)

ولما كان الرجوع فى الهبة قبيحا ومرتكبه دنيئا لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده بل أشرك معه الموهوب له أو من له الولاية عليه اذا امتنع ولذا لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الوهب رجعت فى هبتى بل لابد من أحد أمرين الاول رضا الموهوب له الثانى قضاء القاضى والسبب فى ذلك أن ملك الموهوب له ثابت فى الموهوب فلا يخرج عنه الا بالرضا أو القضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفى أصله ضعف وفى عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء اذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوى ولم يحصل

(مادة ٥٢٤) اذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن

(مادة ٥٢٥) لا يجوز للاب أن يعوض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير

(مادة ٥٢٦) لا رجوع فى الهبة للفقير بعد قبضها

عليه فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب فى الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فحينئذ لابد من الفصل بالرضا أو القضاء ويؤخذ من هذا أن القاضى عند ماترفع اليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب يبحث عن سبب الهبة وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له

فما دام لم يقض القاضى أو يفسخاها بالتراضى يكون ملك الموهوب له ثابتا فى الموهوب وينبنى على ذلك مايأتى

أولا — اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب ولو بعد المرافعة الى القاضى ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه فليس للواهب نقضه لان الملك ثابت للموهوب له مالم يحصل واحد منهما

ثانيا — لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر

ثالثا — لو طلبها الواهب منه فامتنع من التسليم وهلكت أو استهلكت قبل القضاء لم يضمن له شيئا لقيام ملكه فهو محق فى هذا الامتناع ومثل هذا مااذا هلكت بعد القضاء ولكن قبل المنع لانه أوان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه

رابعا — اذا تراضيا على صحة الرجوع أو قضى به وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه وهلكت ضمن لثبوت الملك حينئذ للواهب فيكون متعديا فى هذا المنع فيضمن ومتى تم الرجوع بأحد هذين الامرين كان فسخا لعقد الهبة من الاصل واعادة للملك القديم

لاهبة للواهب خلافا لزفر اذا كان بالتراضي – انظر مادة (٥٢٧)

وقد تقدم لك فى شرح مادة (٥٢٢) أن العوض اما أن يكون بعد عقد الهبة وإما أن يكون مشروطا فيه فالاول تقدم فى شرح المادة المذكورة وأما الثانى بأن قال شخص لآخر وهبت لك كذا بشرط أن تعوضنى بيتك الفلانى مثلا ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون إن هذا العقد هبة ابتداء بيع انتهاء وينبنى عليه أن هذا العقد يشترط فيه ابتداء ما يشترط فى الهبة فلا يتم الا بالتقابض فى العوضين ويبطل أحدهما بالشيوع اذا كان فيما يحتمل القسمة فاذا تم القبض الكامل ثبت الملك لكل من المتعاقدين فيترتب على كل منهما حكم البيع وتجرى عليه أحكامه فيرد كل منهما بالعيب وخيار الرؤية واذا كان أحدهما عقارا أو كل منهما ثبتت فيه الشفعة وقال زفر والامام الشافعى إن هذا العقد بيع ابتداء وانتهاء فلا يشترط فيه شىء من شروط الهبة ووجّهها قولها بأن المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التمليك بعوض والعبرة فى العقود للمعانى لا للالفاظ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وهبة المنفعة بعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة – واستدل الامام وصاحباه بأن هذا العقد اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه

(مادة ٥٢٧) لا يصح الرجوع فى الهبة الا بتراضى العاقدين أو بحكم الحاكم فاذا رجع الواهب بأحدهما كان رجوعه ابطالا لاثر العقد فى المستقبل واعادة لملكه فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضا فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها الموهوب له واذا طلبها بعد القضاء ومنعها الموهوب له فهلكت فى يده ضمنها

معتبرا بلفظه فتجرى فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجرى فيه أحكام البيع ولا تنافى بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراخيا عند اشتراط الخيار لاحدهما وفى البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولا يخفى من تقرير الدليلين ان مذهب الامام الشافعى وزفر ظاهر المراد — انظر مادة (٥٢٨)

والصدقة كالهبة فشروطهما واحدة فلا تتم الا بالقبض ويشترط فيها أن تكون فى محوز أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة لا فيما يحتملها الا بالافراز والتسليم لانها تبرع كالهبة فيلزمها ما لزم فى الهبة ولكنها تفارقها فى عدم صحة الرجوع لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض سواء كانت لفقير أو لغنى وبعضهم يقول الصدقة على الغنى والهبة له سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب كالهبة للفقير فانها صدقة لانه لا يقصد بها العوض بل الثواب وهو الظاهر — انظر مادة (٥٢٩)

(مادة ٥٢٨) اذا وقعت الهبة بشرط عوض معلوم معين وقت العقد فلا تتم الا بالتقابض فى العوضين ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم فان اتصل التقابض فى العوضين ثبت الملك لكل من الطرفين وصارت معاوضة تجرى عليها أحكام البيع فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة فان لم يوجد التقابض فى العوضين أو قبض أحدهما دون الآخر فلكل منهما الرجوع

(مادة ٥٢٩) الصدقة كالهبة لا تملك الا بالقبض ولا رجوع فيها ولو كانت لغني

﴿ الفصل الرابع ﴾

فى الوصايا وفيه فصول

﴿ الفصل الاول ﴾

(فى حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها)

العقد وان كانت أقسامه كثيرة الا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا الى قسمين القسم الاول مايفيد حكمه حال الحياة الثانى مايفيده بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصى) والموضوع الآن هو القسم الثانى وهو الوصية ومن حيث إن كل عقد لابد له من تعريف وأركان وشروط فالوصية تحتاج الى ذلك واليك بيانها

(تعريف الوصية)

الوصية فى اللغة اسم مصدر بمعنى التوصية ومنه قوله تعالى (حين الوصية) وقد تطلق على الشيء الموصى به كقوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أو دين) ومعناها فى اصطلاح الفقهاء تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا أو منفعة اذ كما تصح الوصية بالاعيان تصح بالمنافع والقياس يأبى جواز الوصية والاستحسان يُجَوِّزها لانها تمليك مضاف حال زوال الملك وهو مابعد الوفاة مع أن الشخص لو أضاف التمليك الى حال قيام الملك بأن قال لغيره ملكتك هذا الشيء غدا كان

باطلا عند الفقهاء فتكون الوصية أولى بهذا الحكم ولكن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها اذ الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تدارك مافاته من التقصير بسبب ماله على وجه لو تحقق ماكان يخافه يحصل مقصوده المالى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه فى حاجته فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح وقضاء للحاجة عند الاحتياج الى تحصيل المصالح وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين ومثل الوصية فى هذا المعنى الاجارة لما فيها من اضافة تمليك المنافع فى الزمن المستقبل ولكن الشارع أجازها للضرورة — انظر مادة (٥٣٠)

(أركان الوصية)

أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول ومن حيث إن الوصية عقد فأركانها ماذكر ولا يشترط فى الايجاب لكل عقد ألفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعين العقد وينبنى على ذلك انه اذا قال شخص أوصيت لفلان بثلث مالى أو وهبته له بعد وفاتى أو ملكته له بعدها وما يماثل هذه الالفاظ كان كل ذلك وصية لان أوصيت صريح فيها ولذا لا يحتاج فيه الى التصريح بما بعد الموت وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع والهبة إلا أن التقييد بما بعد الوفاة ينفى غيرها ومثله الهبة ولا يكون القبول معولا عليه فى كل العقود الا اذا صدر فى المجلس الذى حصل فيه الايجاب ولو حكما

(مادة ٥٣٠) الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع

الا عقد الوصية فانه لايعول على القبول فيها الا اذا صدر من الموصى له بعد موت الموصى ولذا لو قبل حال حياته ثم ردها بعد وفاته صح هذا الرد والسبب فى ذلك أن التملك فى الوصية لايكون الا بعد وفاة الموصى فلا يعتد بالقبول الا اذا صدر فى هذا الوقت وسيأتى هذا المبحث فى شرح مادة (٥٤٣)

(شروط الوصية)

من المعلوم أنه لايتأتى وجود أى عقد الا اذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفيا جميع مايلزم له فشروط الوصية أنواع منها مايرجع الى الموصى ومنها مايرجع الى الموصى له ومنها مايرجع الى الموصى به

فالشروط التى ترجع الى نفس الموصى هى أن يكون أهلا للتبرع ولا يكون كذلك الا اذا كان حرا عاقلا بالغا مختارا لان الرقيق لايملك شيئا فلا يتأتى أن يُمَلِّك وعبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تنبنى على التمييز وهو غير مميز ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات لان الصغير ان كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزا فالوصية من العقود الضارة وهى لاتصح منه. واشترط الاختيار لان المكره مضطر فهو يفعل المكره عليه بغير ارادته ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الاكراه. ووصية الصغير لاتصح ولو كان مراهقا أى قريبا من البلوغ وسواء كان محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لانه لايملك التبرعات مطلقا وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال أوصيت لفلان بربع مالى أو معلقة على بلوغه بأن قال

ان بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالى ولـكن تصح وصايا الصغير المميز اذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة

وأما مايرجع الى الموصى له من الشروط فهو أن يكون حيا وقت الوصية سواء كانت حياته محققة وهى ظاهرة أو مقدرة كما فى الحمل فان الوصية له صحيحة بالشروط الآتية فى شرح مادة (٥٤٠) ويظهر أن محل اشتراط هذا الشرط اذا كان الموصى له معينا بأن قال أوصيت لفلان ابن فلان وليس لفلان ابن مسمى بهذا الاسم أما اذا كان الموصى له غير معين فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم الموصى له اذا كان معينا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الايجاب يوم أوصى ومتى كان غير معين تعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى

وينبنى على ذلك أنه لو أوصى بثلث ماله لبنى فلان ولم يسمهم ولم يشر اليهم فالوصية لبنيه الموجودين وقت موت الموصى سواء كانوا موجودين وقت الوصية أولا لانهم غير معينين فتعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى وان سماهم أو أشار اليهم فالوصية للموجودين خاصة ولذا لو ماتوا قبل موت الموصى بطلت الوصية ولو كان لفلان غيرهم لان الموصى له معين فتعتبر صحة الايجاب يوم الوصية

وأما مايرجع الى الموصى به من الشروط فهو أن يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصى بعقد من العقود سواء كان مالا أو منفعة وسواء كان موجودا فى الحال أو معدوما الا أنه يشترط فى المعدوم أن يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصى ولهذا لو أوصى بما تثمر نخيله فى هذا العام أو أبدا صحت الوصية وان كان الموصى به معدوما وقتها لانه يقبل

التمليك حال حياة الموصى بعقد المعاملة ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحسانا لان الموصى به لا يقبل التمليك بعقد من العقود

أما وجود الموصى به وقت الوصية فليس بشرط اذا كان الموصى به غير معين عينا أو نوعا فلو كان كذلك اشترط وجوده وينبنى على ذلك انه اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان استحق الموصى له ثلث جميع مال الموصى عند وفاته سواء كان مملوكا له وقت الوصية أو ملكه بعدها واذا قال أوصيت لفلان بثلث غنمى وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته بطلت الوصية ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود فتبطل بهلاكه — انظر مادة (٥٣١)

ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى غير محجور عليه لسفه بل لو كان كذلك صحت وصيته اذا كانت فى سبل الخير ولكن لا تنفذ وصاياه من كل المال بل من الثلث ان كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن أو كان وأجازها نفذت من كل المال وصحة وصايا السفيه مأخوذ فيها بالاستحسان أما القياس فيأبى صحتها لان الوصية تبرع وان كان التمليك لا يكون الا بعد الوفاة ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك يكون حال حياته فيما اذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث ومن الكل بعد وفاته أى فى حال استغنائه عن ماله خصوصا وأن

(مادة ٥٣١) يشترط لصحة الوصية كون الموصى حرا بالغا عاقلا مختارا أهلا للتبرع والموصى له حيا تحقيقا أو تقديرا والموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى فلا تصح وصية مجنون ولا صبى ولو مراهقا أو مأذونا لا تنجيزا ولا تعليقا بالبلوغ وانما تجوز وصية الصبى المميز فى أمر تجهيزه ودفنه

مكتبة المحتسب لأبي الحسين
المدينة المنورة
١٤٣٠هـ
أوقاف على المكتبة العامة

الوصية فى أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل - أنظر مادة (٥٣٢)

ويؤخذ من تعريف الوصية الذى هو تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع أنها تصح بالاعيان سواء كانت عقارا أو منقولا وبمنافعها الان التمليك يصح فى كل ماذكر وعندما تكون بالمنافع يجوز أن تقيد بمدة معلومة كسكنى داره أو غلة أرضه ثلاث سنين مثلا وأن تكون أبدا أى مدة عمر الموصى له وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه فى الفصل الثالث فى الوصية بالمنافع - أنظر مادة (٥٣٣)

ولا يمكننا الحكم على الوصية فى أول الامر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ فى شىء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به وذلك أن الموصى إما أن يكون غير مديون واما أن يكون مديونا فان كان مديونا فاما أن يكون دينه مستغرقا لجميع تركته واما أن يكون غير مستغرق لها وعلى كل فاما أن يكون الموصى له وارثا للموصى أو أجنبيا منه وان كان أجنبيا فاما أن يكون للموصى وارث أولا وفى كل هذه الاحوال إما أن تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه فاستمع لما يلقى عليك حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها واليك البيان فان كان الموصى غير مديون أصلا وكانت الوصية لاجنبى

(مادة ٥٣٢) وصايا المحجور عليه لسفه جائزة فى سبل الخير

(مادة ٥٣٣) تصح الوصية بالاعيان منقولة كانت أو غير منقولة وبمنافعها مقيدة بمدة معلومة أو مؤبدة

منه ولم يكن له وارث نفذت الوصية ولو استغرقت جميع تركته فلاحق لبيت المال فى المعارضة بل اذا لم تكن الوصية بالكل فله الباقى بعد الموصى به وان كانت بالكل فلا يستحق شيئا والسبب فى ذلك ان الموصى له ولو بجميع المال مقدم فى الاستحقاق على بيت المال واذا كان كذلك فلاحق له فى المعارضة كما ستعرفه من ترتيب المستحقين للتركة فى شرح مادة (٥٨٤) أنظر مادة (٥٣٤)

وان كان الموصى مديونا وكان دينه مستغرقا لتركته بأن كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلا وتركته تُقَوَّمُ بهذا المبلغ فلا تنفذ الوصية سواء كان الموصى به قليلا أو كثيرا وسواء كان الموصى له أجنبيا منه أو وارثا له اللهم الا اذا أبرأه الدائنون فانها تنفذ ولو استغرقت جميع المال وأما إجازة الورثة فى هذه الحالة فلا تفيد شيئا وانما كان الحق فى هذه الحالة للدائنين لا للورثة لان حق الورثة فى الارث مؤخر عن قضاء الدين وقضاء الديون مقدم على الوصية فالاجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق فان شاء الغاها وان شاء أمضاها وفى هذا المثال يأخذ كل من الدائنين دينه كاملا لان التركة وافية بالجميع فاذا فرضنا أن تركته فى المثال المتقدم الف وخمسمائة جنيه فقط قسم هذا المبلغ بين الدائنين بنسبة دين كل منهم فيأخذ كُلٌّ منهم نصف دينه لان التركة لا تساوى الا نصف الديون

وان كان الموصى مديونا ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت

(مادة ٥٣٤) يجوز لمن لا دين عليه مستغرقا لماله ولا وارث له أن يوصى بماله كله أو بعضه لمن يشاء وتنفذ وصيته بلا توقف على اجازة بيت المال

الديون الثابتة عليه وقت موته الفى جنيه وتركته تساوى خمسة آلاف جنيه فنخرج من التركة أولا مقدار الديون لان قضاءها مقدم على الوصية ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الدين وهو هنا ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية فى حالة ما اذا كانت التركه خالية عن الدين — أنظر مادة (٥٣٥)

وان كان الموصى غير مدين وكانت الوصية لوارث وكان للموصى ورثة غيره فلا تنفذ الوصية الا اذا أجازتها الورثة سواء كانت الوصية بأقل من الثلث أو بأكثر منه لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث » وقوله « لا وصية لوارث الا أن تجيزها الورثة » ولان الوصية لو نفذت للوارث من غير اجازة باقى الورثة لتضرر غير الموصى له بسبب إيثاره بما يأخذه زائدا عن الاستحقاق الذى قدَّره الله له فى التركة فيؤدى هذا التضرر الى قطيعة الرحم فتر تكب الورثة مع بعضهم ما لا تحسن عقباه وهذا لا يحصل عند تخييرهم فى الاجازة وعدمها لانهم ان منعوها فقد أخذ كل ذى حق حقه بلا إيثار للبعض على الآخر فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم وان أجازوها برضاهم كانت عن طيب نفس فينتفى الحقد المؤدى الى المشاكل — فان لم يكن له وارث غير الموصى له فان كان غير أحد الزوجين فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكل من غير وصية وان كان أحد الزوجين نفذت اذ لا مزاحم له وهو لا يستحق الكل بطريق الميراث فتكون مفيدة ولا تكون اجازة الورثة معولا عليها الا اذا كانت بعد

(مادة ٥٣٥) من كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته الا أن يبرئه الغرماء أو باجازتهم

موت الموصى فلو أجازوها حال حياته ومنعوها بعد وفاته صح هذا المنع لان إجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الأجازة بعد موت الموصى فيردوها لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم رده بعد موت المورث

ولكن يقال كيف تكون إجازتهم حال حياته ساقطة مع ان حقهم ثابت فى ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم وان كان ذلك الثبوت على سبيل التوقف الى الموت فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض وأن الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فتصير الاجازة حال الحياة مفيدة كالاجازة بعد الوفاة

وأجابوا عن ذلك بأن الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يظهر فى حق الاستناد ولان حقيقه الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة واذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته فليس لهم أن يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم (تأمل)

ويشترط فى صحة الاجازة أن يكون المجيز من أهل التبرع فان لم يكن كذلك فلا تصح اجازته وينبنى على ذلك ان اجازة كل من الصبى والمجنون

والمعتوه غير معتد بها لان كلامنهم ليس أهلا للتبرع وكذا المحجور عليه لسفه ومثلهم المريض مرض الموت ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثى ماله فقط لحق الورثة اعتبرت اجازته نافذة من الثلث وحينئذ ينظر الى القدر الذى يؤخذ من استحقاقه فى التركة بسبب اجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الاجازة وان لم تجزها ورثته فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوا نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع . هذا اذا كان المجاز له غير وارث له فان كان فلا تنفذ الا بالاجازة ولو قل المجاز . ويعتبر كون الموصى له وارثا أو غير وارث عند موت الموصى لا وقت الوصية لان التمليك فيها لا يكون فى الحال بل هو مؤخر الى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله . وينبنى على ذلك انه اذا كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم فأوصى لأخيه بشىء من تركته ثم ولد له ابن بعد الوصية وتوفى الموصى والكل موجودون استحق الاخ الوصية ان كانت لا تتجاوز الثلث فان تجاوزته فلا بد من اجازتهم للزائد لان الاخ وان كان وارثا وقت الوصية لعدم وجود من يحجبه ولكنه صار غير وارث عند الموت لانه لا يستحق شيئا مع وجود ابن للمتوفى وعدم اتصافه بالوارثية وقت الموت هو المعول عليه فى استحقاق الموصى به ولو كان وارثا وقت الوصية أما لو كان الابن موجودا وقت الوصية والمسألة بحالها ثم مات قبل موت ابيه الذى مات عن المذكورين فلا يستحق الاخ شيئا من الوصية الا باجازة من معه من الورثة لانه وان كان غير وارث وقت الوصية لوجود الابن وهو يحجبه الا أنه صار وارثا وقت الموت وهو المعول عليه فى عدم استحقاق الوصية الا بالاجازة

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف أو سلبه عنه وقت الوصية. فلو كان لشخص ابن وأخ شقيق وأخ لاب وأخ لام فأوصى بشيء لاخوته ومات عن الجميع استحقوا الموصى به ان لم يتجاوز الثلث فان تجاوزه توقف الزائد على اجازة الابن لانهم غير وارثين اذ الابن يحجبهم. ولو كان مكان الابن بنت صحت الوصية للاخ لأب والأخ لأم ولا تصح للأخ الشقيق الا أن تجيزها البنت لأن الأخ لأب محجوب بالشقيق والأخ لأم محجوب بالبنت فهما غير وارثين فلو كانت الوصية للبنت توقف نفاذها على اجازة الاخ الشقيق لانه هو الوارث ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة الا بعد معرفة المواريث

وان كان الموصى غير مدين وكانت له ورثة وكان الموصى له أجنبيا منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كانت الوصية لا تتجاوز ثلث المال نفذت وان لم تجزها الورثة الا اذا كان هناك مانع من النفاذ كما اذا قتل الموصى له الموصى أو كان برُّه غير جائز شرعا فان تجاوزت الوصية الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت وان أجازوها نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع — ودليل هذا ماروى عن سعد ابن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال « جاءنى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يارسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير إنك ان تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »

ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الانتقال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لايتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار وأما اذا لم تكن له ورثة أصلا فانها تنفذ من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصى له والاجازة لاتكون معولا عليها الا اذا كانت بعد وفاة الموصى وكان المجيز من أهل التبرع وقد تقدم لك هذا فى شرح المادة السابقة فارجع اليه

وقد علم حكم ما اذا أجازت كل الورثة أما أن أجازها البعض وردها الباقى كانت الوصية فى حق الذى أجاز كأن كلهم أجازوها وفى حق الذى لم يجز كأن كلهم لم يجيزوها ولنوضح لك هذا بمثال وأنت تقيس عليه غيره وهو اذا فرضنا أن رجلا أوصى لآخر بنصف ماله ومات عن ابنين فان اجازت الورثة فالمال يقسم بينهم أرباعا للموصى له ربعان وهو النصف ولكل واحد من الابنين الربع لان الوصية مقدمة على الارث فتنفذ الوصية أولا وهى بالنصف والنصف الثانى يقتسمه الابنان وان لم يجيزا الوصية فللموصى له ثلث المال لنفاذها فيه من غير اجازة والثلثان للابنين لكل واحد منهما الثلث وان أجازها واحد ولم يجز الآخر جازت فى حق الذي أجاز كأنهما أجازا فيعطى له ربع المال وبطلت فى حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا فيعطى له ثلث المال والباقى يكون للموصى له وحينئذ فنقسم المال الى اثنى عشر جزءا لاحتياجنا الى الثلث والربع وهو أقل عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر فيعطى ربعه للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث للذى لم يجز وهو اربعة اسهم فتبقى خمسة تعطى للموصى له ومتى صحت اجازة

الورثة للوصية سواء كانت لوارث أو لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصى لامن قبل المجيز وينبنى على ذلك مايأتى :

أولا — إن المجيز ليس له الرجوع عن الاجازة فيجبر على تسليم الموصى به ولو كان التمليك من قبل المجيز لصح رجوعه لانها تكون هبة وهى لاتتم الا بالقبض فيجبر على التسليم

ثانيا — إن الموصى له يملك الموصى به قبل القبض ولو كان التمليك من قبل المجيز لما ملكه الا به لانها تكون هبة وهى لا تملك الا بالقبض

ثالثا — إذا كان الموصى به مشاعا فيما يحتمل القسمة صحت الاجازة فيه ولو كان التمليك من قبل المجيز لما صحت الاجازة لانها تكون هبة منه وهى لاتصح فى المشاع الذى يحتمل القسمة الا بالافراز والتسليم — انظر مادتى (٥٣٦ و٥٣٧)

ولما كانت الزوجية من أسباب الميراث وكانت الوصية لوارث لاتنفذ ولو كانت بأقل من الثلث الا اذا أجازتها بقية الورثة كانت وصية

(مادة ٥٣٦) لا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة الاخر بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع . ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصى لاوقت الوصية . وليس للمجيز أن يرجع فى اجازته ويجبر على التسليم اذا امتنع واذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته وبطلت فى حق غيره

(مادة ٥٣٧) تجوز الوصية بالثلث للاجنبى عند عدم المانع من غير اجازة الورثة . ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ولا عبرة بأجازتهم فى حال حياته

أحد الزوجين للآخر موقوفة على اجازة باقى الورثة فان أجازوها نفذت وان ردوها بطلت ولا شك فى أن هذا اذا كان لاحدهما ورثة غير الموصى له فان لم يكن له غيره نفذت الوصية من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لان استحقاقه مؤخر عن الموصى له ولو بكل التركة

والحكمة فى تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وان كان عاما أن وصية أحدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة لان كلا منهما لا يستحق الا فرضه ولا يأخذ الباقى بطريق الرد على القول المعمول به

فعند الوصية لاحدهما بالكل يستحق كل التركة بسبب الوصية وأما الوصية لغير واحد منهما اذا لم يكن للموصى وارث غيره فلا فائدة فيها اذ هو يستحق الكل بطريق الميراث لانه ان كان عصبة كالاخ الشقيق والعم لاب مثلا أو ملحقا بالعصبة كذى رحم أخذ الكل من هذه الجهة وان كان صاحب فرض كالام والبنت أخذ بعضه بطريق الفرض والبعض الآخر بالرد فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل على كل حال — انظر مادة (٥٣٨)

ومن شروط الوصية أن يكون الموصى له غير قاتل للموصى فان كان كذلك فلا تصح الوصية له ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل اذا كان متعمدا أو مخطئا فان كان متسببا فى القتل كما اذا حفر شخص بئرا فى غير ملكه فاتفق أن الموصى وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية لانه غير قاتل

(مادة ٥٣٨) تجوز وصية الزوج لزوجته ووصيتها له اذا لم يكن لاحد منهما وارث آخر والا توقف نفوذها على اجازته

فى الحقيقة ولا فرق بين أن يكون الايصاء حصل قبل القتل المانع أو بعده أما الأول فظاهر وأما الثانى فيصور بما اذا فرض ان شخصا جرح غيره جرحا يؤدى الى موته فأوصى له قبل أن يموت بشىء من أمواله بأن كان لا يعلم أنه هو الضارب له ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك إدانته أو كان يعلم ولكنه تحقق أنه غير قاصد وانما كان القتل مانعا من استحقاق الوصية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » والقتل العمد لا يحرم من الوصية الا اذا كان بغير حق فان كان بحق كما اذا قتل موصيه قصاصا أو حدا بأن قتل الزوج زوجته أو ذات رحم من محارمه الاناث لاجل الزنا فانه يستحق الوصية لكن لابد من تحقق الزنا أما بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفعا عن نفسه كما اذا أراد الموصى قتل الموصى له ولا يمكن دفعه عن نفسه الا بقتله فقتله استحق الوصية

ومثله ما اذا كان القاتل صبيا أو مجنونا فانه يستحق الموصى به أيضا ولكن يقال كيف تستثنى هذه الصور مع أن مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لقاتل » أنه لا يستحق مطلقا والجواب عن ذلك أنه انما أخرج القاتل بحق لان الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فاذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا حرمان من الوصية

وانما أخرج القاتل بسبب لانه ليس بقاتل حقيقة ألا ترى أنه لو حفر بئرا فى ملكه لم يؤخذ بشىء مع أن القاتل يؤخذ بفعله سواء كان فى ملكه أو فى ملك غيره واذا لم يكن قاتلا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية

وانما أخرج الصبى والمجنون لان الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور

وفعلهما لايوصف بالحظر شرعا اذ لايتصور خطاب الشرع لهما بخلاف المخطىء فانه أهل لذلك وأيضا الحرمان باعتبار التقصير فى التحرز ويتصور نسبة التقصير الى المخطىء دونهما وكل هذه الاحكام متفق عليها من الامام وصاحبيه

ولـكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية اذا لم تجز الورثة فان أجازوها نفذت ومن حيث إن المنع لحقهم فاذا فرضنا أن المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية أيضا لعـدم المانع وهذا الحكم ليس متفقا عليه بل القائل به الامام الاعظم ومحمد وقال أبو يوسف لاتجوز الوصية للقاتل ولو أجازتها الورثة أو لم يكن للمقتول وارث سواه ويظهر أن هذا الخلاف مبنى على الخـلاف فى علة الحرمان من الوصية فعندهما هى لحق الورثة دفعا للغيظ عنهم حتى لايشاركهم فى ماله من سعى فى قتله وهذا ينعدم اذا لم يوجد وارث أو وجد وأجازوا وعند أبى يوسف علة المنع هى العقوبة على الجناية التى ارتـكبها وهى باقية وان لم يكن له وارث غيره أو كان وأجاز ومن تأمل فى قوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية للقاتل » مع قوله (لاوصية لوارث الا أن تجيزها الورثة) علم ظهور أحد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بما اذا لم يكن القتل عمدا بعد الوصية فان كان كـذلك لغت الوصية اتفاقا لانه استعجل شيئا قبل أوانه فيعاقب بالحرمان منه — انظر مادة (٥٣٩)

(مادة ٥٣٩) لاتجوز الوصية لقاتل الموصي مباشرة عمداً كان القتل أو خطأ قبل الايصاء أو بعده الا اذا أجازت الورثة أو كان القاتل صبيا أو مجنونا أو لم يكن للمقتول وارث سواه ولا يحرم المتسبب فى القتل من الوصية

وقد تقدم فى الكلام على شروط الوصية أنه يشترط فى الموصى له أن يكون حيا وقت الوصية سواء كانت حياته محققة أو مقدرة فالاولى ظاهرة والثانية تأتى فى الحمل فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة والفرق بينهما أن الوصية استخلاف من وجه لان الموصى يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة فانها تمليك محض ولا ولاية لاحد على الجنين حتى يملكه شيئا وينبنى على انتفاء الولاية على الحمل أنه لو صالح أبوه أو أمه عنه بما أوصى له به لم يجز لان الحمل لا يلى ولا يولى عليه ثم ان الحمل لا يستحق الموصى به الا اذا ولد لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية فلو ولد لتمام ستة أشهر أو لاكثر احتمل وجوده وعدمه وقتها فلا تصح لان شرط صحة الوصية أن يكون الموصى له محققا وجوده وقتها

هذا اذا لم يقر الموصى بأنها حامل فان أقر بذلك ثبتت الوصية له ان وضعته فى مدة سنتين من يوم أوصى لان وجوده فى بطنها عند الوصية ثبت باقرار الموصى وهو غير متهم فيه فيصح لانه أوجب بهذا الاقرار ما هو خالص حقه وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لاقل من ستة أشهر . ومحل اشتراط الولادة لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية اذا كان زوج المراة الموصى لحملها حيا فلو كان ميتا وامرأته فى العدة حين الوصية فالشرط فى استحقاق الحمل للموصى به أن تلد لاقل من سنتين من وقت الوفاة ولو كانت ولادته لأكثر من ستة اشهر من وقت الوصية لانه يكون ثابت النسب من المتوفى فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح

له . ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فان وضعت المرأة الموصى لحملها ولدا واحدا استحق جميع الموصى به لعدم المزاحم أما اذا ولدت توأمين وهما الولدان اللذان خلقا من ماء واحد بأن يكون بينهما فى الولادة أقل من ستة أشهر فان كانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قسم أثلاثا لأننا لو أعطيناه لواحد منهما أو منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح اذ الكل حمل وهو لا يجوز وينبنى على ذلك أنه اذا مات أحدهما أو أحدهم بعد ولادته حيا فنصيبه فى الوصية يقسم بين ورثته لانه استحقه قبل وفاته فهو من تركته أما اذا مات قبل الولادة فالوصية للحى لعدم استحقاق الميت شيئا فلا يزاحم الحى — انظر مادة (٥٤٠)

واذا وقعت الوصية لمن هو أهل للاستحقاق صحت بالاجماع فان كانت لغيره كالمساجد والتكايا والمستشفيات والمدارس صحت أيضا على المفتى به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الاشياء لا على ارادة عينها لانها ليست من أهل للملك

ومتى صحت الوصية لهذه الاشياء يصرف الموصى به على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها ومما هو متعارف بالنسبة للوصية وكما تجوز الوصية لهذه الاشياء تجوز لأعمال البر ويصرف الموصى به فى

(مادة ٥٤٠) تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ان كان زوج الحامل حيا أو لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن ان كانت معتدة لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية فان جاءت المرأة بتوأمين فالوصية لهما نصفين وان مات أحدهما بعد الولادة فوصيته ميراث بين ورثته وان مات أحدهما قبل الولادة فالوصية للحى منهما

وجوه الخير كبناء القناطر والمساجد والانفاق على طلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس فيها تمليك لاحد مخصوص — انظر مادة (٥٤١)

ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين وينبنى على ذلك أن وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) انما يشترط لصحه هذه الوصية أن يكون الموصى له ذمياً أو مستأمنا فى دار الاسلام فلو كان حربيا لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم) فما علينا الا امتثال الامر وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح أيضا اذا كانت من غيره له فتجوز وصية الذمى والمستأمن للمسلم حتى ان المستأمن ان اوصى بجميع ماله لمسلم نفذت اذا لم يكن له وارث فان كان ولم يجز نفذت فى الثلث فقط فيرد الباقى الى ورثته وبالجملة فاننا نحكم على وصية الذمى والمستأمن بالاحكام التى حكمنا بها على وصية المسلم وهى المتقدمة فى شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التى بعدها — انظر مادة (٥٤٢)

(مادة ٥٤١) تجوز الوصية للمساجد والتكايا والمارستانات والمدارس وتصرف على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما يلزم . ويعتبر فى كل شيء من ذلك ماهو متعارف فى الوصية له وما يوجد من الدلالات وتجوز لاعمال البر وتصرف فى وجوه الخير ومنها بناء القناطر وبناء المساجد وسراجها وطلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس لها فيها تمليك لاحد مخصوص

(مادة ٥٤٢) اختلاف الدين والملة لايمنع صحة الوصية فتجوز الوصية من المسلم

ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك اذ هى عقد ولذا لا يملك الموصى له الموصى به الا بالقبول اذ لا يملك احد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ولانه لو ثبت الملك بدون القبول لتضرر الموصى له فيما اذا كانت الوصية بحيوان لا ينتفع به مثلا فان نفقته تجب عليه بلا فائدة ولا يشترط فى القبول أن يكون صريحا بل كما يكون به يكون بالدلالة فالصريح هو الاتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله قبلت وصية فلان أو رضيت بها والدلالة هى الاتيان بفعل يدل على رضاه كاستيلائه على الموصى به بعد موت الموصى ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة ان التمليك فيها لا يكون الا بعد موت الموصى كان القبول المعول عليه هو الذى يصدر فى هذا الوقت ولذا لو صدر حال الحياة صح رده بعد الوفاة لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبله

ومثل القبول الرد فلو رد حال الحياة وقبلها بعد الوفاة صح لما ذكر فاذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصى ملك الموصى به وان لم يقبضه لشبهها بالميراث بخلاف الهبة فانها لا تملك الا بالقبض كما عرف ذلك فى موضعه وان ردها فالموصى به مملوك للورثة أما اذا لم يحصل واحد منهما فى الوقت المعول عليه تكون الملكية فى الموصى به موقوفة بمعنى أنه يكون غير مملوك

للذمى أو المستأمن بدار الاسلام ومن الذمى والمستأمن للمسلم والذمى ولو من غير ملته : ويجوز للمستأمن الذى لا وارث له بدار الاسلام أن يوصي بجميع ماله وان أوصى ببعضه يرد الباقى الى ورثته . وتنفذ وصية الذمى من ثلث ماله لغير الوارث ولا تنفذ للوارث الا باجازة الورثة الاخر

لا للورثة ولا للموصى له حتى يتبين الحال فان قبل ملكه وان رد ملكته الورثة ولا يلزم على هذا ان الموصى به يكون سائبة أى لامالك له ولا سائبة فى الاسلام لان السائبة الممنوعة فى الاسلام هى السائبة بلامالك فى أى زمن من الازمان وهذه ليست كذلك اذ مدة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذى لم يحصل فيه قبول ولا رد من الموصى له فان قبل دخل فى ملكه وان رد دخل فى ملك الورثة وهذا له نظائر فى الشرع وهى التركة المستغرقة بالدين بأن مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته فان التركة تخرج من ملك الميت بلا شك ولكن لا تدخل فى ملك الورثة ولا فى ملك الدائنين بل تكون موقوفة فان دفعت الورثة الدين ملكوها وان امتنعوا عن ذلك تباع لقضاء الديون من ثمنها فاذا فرضنا ان الموصى له مات بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد دخل الموصى به فى ملكه فينتقل الى ورثته وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وان كان القياس يبطل الوصية لانه لا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ووجه الاستحسان ان الوصية من جهة الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصى به فى ملكه وينتقل الى ورثته ولكن محل اشتراط القبول فى الوصية اذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما اذا كانت لنحو الفقراء والمساكين وبنى هاشم اللهم الا ان يقال ان القبول وجد دلالة وهو معول عليه — أنظر مادة (٥٤٣)

(مادة ٥٤٣) لا يملك الموصي به الا بقبول الوصية صريحا أو دلالة كموته قبل قبوله ورده كما يأتى ولا يصح قبولها الا بعد موت الموصى ولا عبرة بالقبول والرد فى حال

ومما يترتب على ان التمليك فى الوصية لايكون الابعد موت الموصى والقبول المعول عليه كذلك أن للموصى الرجوع ولو قبل الموصى له لأن وقت قبول التمليك المعول عليه آت فى المستقبل فيصح له الرجوع عن الايجاب مادام القبول المعتبر لم يحصل والرجوع اما أن يكون صريحا وإما أن يكون دلالة فالصريح بأن يقول رجعت عن وصيتى لفلان أو أبطلتها أو كل وصية أوصيت بها فهى باطلة أو لاغية والدلالة بأن يفعل فى الموصى به فعلا يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور

أولا — أن يكون ذلك العمل يزيل اسم الموصى به وقت الوصية ويغير معظم صفاته كما اذا أوصى بسبيكة من الذهب أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة أو آنية أو بقطعة من النحاس أو الحديد فصنعها آنية أو سيفا لان الموصى به صار بحال لايطلق عليه اسمه وقت الوصية فكان كشىء آخر

ثانيا — ان يحدث العمل فى الموصى به زيادة لايمكن تسليمه الا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه أو بقطعة من الحرير أو الصوف فقطعها وخاطها أثوابا

ثالثا — اذا كان هذا العمل تصرفا يترتب عليه ملك الغير له فاذا باعه أو وهبه وسلمه بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو عاد اليه بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لم تعد الوصية فان كان التصرف لايترتب عليه ذلك كالاجارة والعارية لايكون رجوعا

حياته فان قبل الموصى له بعد موت الموصى ثبت له ملك الموصى به سواء قبضه أو لم يقبضه فان لم يقبل أو يرد فهى موقوفة لايملكها الورث ولا الموصى له بها حتى يقبل أو يرد أو يموت فان مات بعد موت الموصى قبل القبول أو الرد دخل الموصى به فى ملك ورثته

رابعاً — أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لايمكن تمييزه كبر بمثله أو يكن ولكن بعسر ومشقة كشعير أو فول بير لانه كاستهلاكه — أنظر مادة (٥٤٤)

واذا أوصى شخص بشيء من أمواله ثم جحد الوصية أى أنكرها بأن قال لم أوص ففيه خلاف فقال محمد لايكون رجوعا وقال أبو يوسف يكون رجوعا ووجّه محمد كلامه بأن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده وجحود الشيء يقتضى سبق عدمه اذ الجحود نفى لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال ولأبي يوسف أن الجحود نفى فى الماضى والحال فيكون أقوى من الرجوع اذ هو نفى فى الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعا وكل قوى .

واتفقوا على أن الموصى لو قال البيت الذى أوصيت به لفلان جماته لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى ببيت لشخص ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ولكن محل ذلك اذا كان فلان الآخر حيا فلو كان ميتاً وهو يعلم بذلك فالوصية الاولى على حالها لانها انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم تكن فبقيت الاولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حيا ثم مات قبل موت الموصى بطلت الوصيتان الاولى بالرجوع والثانية بالموت وحينئذ يكون الموصى به لورثة الموصى — ولايكون راجعاً أيضا بتجصيص الدار وتبييضها

(مادة ٥٤٤) يجوز للموصى الرجوع فى الوصية بقول صريح أو فعل يزيل اسم الموصي به وبغير معظم صفاته ومنافعه أو يوجب فيه زيادة لايمكن تسليمه الا بها أو

وكذا هدم بنائها لأنهم قالوا إن هذا تصرف فى التابع - فتأمل فى مسألة الهدم وغيرها - أنظر مادة (٥٤٥)

ومتى كان الموصى به معينا ومات الموصى استحقه الموصى له ان كان موجودا فان كان الشيء غير موجود بان هلك أو استهلكه الموصى حال حياته فلا يأخذ الموصى له شيئا فى مقابلته أما الاول فظاهر لانه هلك من غير تعد منه وأما الثانى وهو الاستهلاك فلان الموصى وان كان متعديا الا أنه لم يضمن ايضا لان ملكه باق مادام حيا فيكون استهلاكه للموصى به رجوعا عن الوصية

ومثل هذا مااذا كان الشيء الموصى به موجوداً وقت موت الموصى وهلك عندالورثة من غير تعد منهم فانهم لايضمنون شيئا لان يدهم يد امانة فلا يضمنون الا بالتعدى ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصى له سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك أو بعده وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فان له أن يضمنهم بدله لان هلاكه وان كان من غير تعديهم الا انهم لما ابوا التسليم بدون حق كانوا متعدين بهذا المنع فيضمنون - انظر مادة (٥٤٦)

تصرف من التصرفات التى تزيله عن ملكه وكذا اذا خلط بغيره بحيث لا يمكن تمييزه أو يمكن بعسر

(مادة ٥٤٥) جحد الوصية لايكون رجوعا مبطلالها ولا تجصيص الدار الموصي بها ولا هدمها

(مادة ٥٤٦) اذا هلكت الوصية فى يد الموصى أو فى يد أحد من ورثته بدون

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى استحقاق الموصى له)

اعلم ان الموصى له اما أن يكون واحدا واما ان يكون متعددا فان كان الاول نفذت الوصية له من الثلث ان كان للموصى ورثة ولا فرق بين أن يكون الموصى مسلما أو ذميا فان زادت الوصية عن الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصى له الا ثلث مال الموصى وقد تقدم لك هـذا المبحث بمالا مزيد عليه فى شرح مادة (٥٣٥) والمواد التى بعدها فلا تـكتف بهذا فانه فى غاية الاجمال فلا يفيد المطلوب — أنظر مادة(٥٤٧)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الموصى له متعددا فاما أن تكون الوصية بعقد واحد واما أن تكون بعقود فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان وفلان بنصف مالى مثلا استويا فى الاستحقاق بعد اتباع الاحكام المتقدمة فى المواد المبينة فى شرح المادة السابقة ـ وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الوصية بعقود كما اذا قال أوصيت لفلان بربع مالى ولفلان بثلث مالى مثلا (ولنكتف بما اذا كانت الوصية لاثنين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم)

تعديه فلا ضمان عليه واذا استهلكت فان كان استهلاكها من الموصي فهو رجوع وان كان من الورثة يكون ضمانها عليهم قبل القبول أو بعده

(مادة ٥٤٧) لاتنفذ وصية من له ورثة الا من ثلث ماله مسلما كان أو ذميا فاذا أوصى لمن هو أهل للوصية بأكثر من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصى له الا الثلث من جميع مال الموصى

فلايخلوا الحال من أحد أمور ثلاثة الاول أن يكون مجموع الوصيتين أقل من الثلث الثانى ان يكون مجموعهما مساويا للثلث الثالث أن يكون مجموعهما زائدا على الثلث فان كان الاول كما اذا أوصى لواحد بجزء من عشرة من أمواله ولآخر بجزأين من عشرة أيضا من أمواله فمجموع الوصيتين ثلاثة أجزاء من عشرة وهى أقل من الثلث فيأخذ كل من الموصى لهما وصيته أجازت الورثة أو لم تجز لان له الحق فى ان يوصى بثلث ماله وان لم تجز الورثة فأولى ان يكون له الحق فى الوصية بأقل من الثلث ـ وان كان الثانى وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين مساويا للثلث كما اذا أوصى لواحد بسدس ماله ولآخر بسدسه أيضا فمجموع الوصيتين الثلث نفذ كل من الوصيتين أيضا اتفاقا أجازت الورثة أو لم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذى هو نصف الثلث وكذا لو اختلفا فى الاستحقاق بأن أوصى لواحد بجزء من اثنى عشر جزءاً من ماله ولآخر بثلاثة أجزاء من اثنى عشر جزءا من ماله أيضا فمجموع الوصيتين أربعة أجزاء من اثنى عشر جزءا وهى ثلث ماله فيأخذ كل منهما الموصى له به شاءت الورثة أو أبوا

وان كان الثالث وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائدا على الثلث ففيه ثلاثة أمور الاول أن يستويا فى الاستحقاق الثانى ان يختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث الثالث أن يختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث وفى كل هذه الامور الثلاثة اما أن لاتجيز الورثة الوصيتين أو تجيزهما فان كان الامر الاول وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائدا على الثلث واستويا فى الاستحقاق بأن أوصى لواحد بربع ماله ولآخر

بربعه أيضا أو لكل منهما بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين أو بالكل ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثلث بينهما قسمة متساوية اتفاقا لان ثلث المال يضيق عن حقهما ولا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى فاذا وجد كما اذا أوصى ببيت لشخص وبعد ذلك قال البيت الذي أوصيت به لفلان هو لفلان صار الكل للثانى لانه وجد ما يدل على الرجوع عن الاولى واللفظ يدل على قطع الشركة فاذا لم يدل اللفظ على قطع الشركة اشتركا كما اذا اوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما أنصافا ولا تكون الوصية الثانية رجوعا عن الاولى لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (تأمل)

وان اجازت الورثة الوصيتين أخذ كل ما يستحقه كاملا اذا وفى كل المال به كما اذا أوصى لواحد بالربع ولآخر بمثله أو لواحد بالثلث ولآخر بمثله فان لم يف كل المال بحق كل منهما تساويا فى القسمة كما اذا أوصى لواحد بالثلثين ولآخر بمثله أو لواحد بثلاثة أرباع ولآخر بمثله أو لواحد بالكل ولآخر بمثله فانهما يقتسمان كل المال عند الاجازة بالتساوى لما تقدم عند قسمة الثلث بينهما نصفين

وان كان الثانى وهو ما اذا اختلفا فى الاستحقاق ولم ترد وصية واحد منهما على الثلث كما اذا أوصى لشخص بسدس ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة أى أثلاثا لصاحب السدس ثلث الثلث ولصاحب الثلث ثلثا الثلث لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما لانه هو الذى تنفذ فيه الوصية عند عدم

الاجازة فيقتسمانه على قدر حقهما فيجعل السدس سهما والثلث سهمين لانه ضعفه فيجعل الثلث ثلاثة أسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث وان أجازت الورثة الوصيتين أخذ كل مايستحقه بالوصية من كل المال ولايتأتى ان يضيق المال عن حقهما فيما نحن فيه لان الموضوع أنهما اختلفا فى الاستحقاق ولم ترد وصية واحد منهما على الثلث

وان كان الثالث وهو ماذا اختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث كما اذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين أو بالكل أو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل أو أوصى لواحد منهما بالسدس ولاخر بالنصف ولم تجز الورثة الوصيتين فقال الامام الاعظم يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما اذا كانت وصيه واحد منهما بالثلث والآخر بأكثر منه لان الزائد عن الثلث لغو فكأنه أوصى الى كل منهما بالثلث وأما اذا كانت وصية واحد منهما بأقل من الثلث والاخرى بأكثر منه كما اذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف فانه يلغى الزائد على الثلث فكأنه أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالثلث وحينئذ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس

وقال الصاحبان يقسم الثلث بينهما مطلقا قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما فاذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثا لصاحب الثلث ثلثه ولصاحب الثلثين ثلثاه لان الثلثين ضعف الثلث واذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما أرباعا ربعه لصاحب السدس وثلاثة أرباعه لصاحب النصف لان النصف يشتمل على ثلاثة أسداس فيستحق الموصى له به ثلاثة أمثال مايستحق الموصى له بالسدس

واستدل الامام على قوله هذا بأن الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر والثانى ثبت فى ضمن الاول ولما بطل الاول لحق الورثة وتأكد هذا البطلان بعدم اجازتهم له بطل مافى ضمنه وهو التفضيل فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث فى صورة ما اذا كانت الوصية لواحد منهما به وللآخر بأكثر منه فيتنصف بينهما وكأنه أوصى لواحد بأقل من الثلث وللآخر بالثلث فى صورة ما اذا كانت وصية واحد منهما بالسدس والاخرى بأكثر من الثلث فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث والاقل منه

والصاحبان يوافقانه فى ان غرض الموصى هذان الأمران ولكن لايلزم من بطلان الاول وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثاني وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر لان الثانى مستقل عن الاول وليس داخلا ضمنه فيكون الثانى غير باطل فيعمل به فاذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالكل فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ماجعل لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بما يخص ذلك الزائد بأن يقسم أرباعا ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد لصاحب الثلث

والقاعدة عند الامام فى هذا هى أن الموصى له بأكثر من الثلث لايضرب بأكثر من الثلث ومعناها أن الموصى له بأكثر من الثلث لايأخذ من الثلث أكثر من الموصى له بالثلث وكذلك لايأخذ الموصى له بأكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث الا بنسبة الثلث الى الاقل منه ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهى السعاية

والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة

وصورة السعاية أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ثلاثون جنيها وقيمة الآخر ستون جنيها فاعتقهما فى مرض موته ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة العتق فيعتبر هذا العتق وصية لهما لان العتق فى مرض الموت يعتبر وصية فكأنه أوصى للاول بثلث ماله وهى ثلاثون جنيها والثانى بثلثى ماله وهى ستون جنيها فمقتضى القاعدة المتقدمة للامام أن يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيها بينهما نصفين فيعتق من الاول نصفه ويسعى فى خمسة عشر جنيها للورثة ويعتق من الثانى ربعه ويسعى فى قيمة ثلاثة أرباعه وهى خمسة وأربعون جنيها للورثة ولكنه خالف هذه القاعدة فى هذه المسألة وقال يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقا للصاحبين وحينئذ يعتق من الاول ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه التى هى عشرون جنيها ويعطيها للورثة ويعتق من الثانى ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه وهى أربعون جنيها ويعطيها للورثة

وصورة المحاباة أن يكون لرجل بيتان قيمة أحدهما ثلثمائة جنيه والآخر ستمائة جنيه فأوصى بأن يباع الاول لشخص معلوم بمائة جنيه وبأن يباع الثانى لشخص آخر بمائتى جنيه ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة الوصيتين فمجموع ماله حينئذ تسعمائة جنيه والاول موصى له بمائتين وهى أقل من الثلث والثانى موصى له بأربعمائة جنيه وهى أكثر من الثلث فمقتضى قاعدة الامام أن يقسم الثلث الذى هو ثلثمائة قسمة متناسبة بين المائتين والثلثمائة التى هى ثلث ماله فيأخذ الاول منها خمسيها والثانى ثلاثة أخماسها ولكنه

خالف قاعدته فى هذه أيضا وقال بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقا للصاحبين فى هـذه فيقسم الثلث اثلاثا ثلثه للاول وثلثاه للثانى وحينئذ يباع البيت الذى قيمته ثلثمائة جنيه للاول بمائتين والمـائة وصية له ويباع البيت الذى قيمته ستمائة جنيه للثانى بأربعمائة جنيه والمائتان وصية له

وصورة الوصية بالدراهم المرسلة أن يوصى لشخص بأربعمائة جنيـه ولآخر بثمانمائة جنيه وتركته قيمتها الف ومائتا جنيه لاغير ولم تجز الورثة الوصيتين فكأنه أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين ومقتضى قاعـدة الامام المتقدمة أن يقسم الثلث بينهما نصفين ولـكنه وافق الصاحبين فى هذه أيضا وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما فيقسمه أثلاثا ثلثه للاول وثلثاه للثانى فيعطى للموصى له باربعمائة ثلث الثلث وللموصى له بثمانمائة ثلثيه

ووجه استثناء الامام لهـذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة ان الوصية فى غير هذه المسائل مصرح فيها لاحدهما بالزيادة على الثلث وهذه المسائل ليس فيها ذلك وانما جاءت الزيادة عليه من أمر خارج عن الوصية وهو قلة التركة والشرع أبطل الوصية فى الزائد على الثلث فيكون ذكره لغواً فلا يعتبر فى حق الاخذ من الثلث بخلاف ماإذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما فى هذه الصور فانه ليس فى العبارة مايكون مبطلا للوصية وانما حصلت المزاحمة بين الموصى لهما لأن ثلث تركة الموصى لايفى بحق كل منهما واذا لم تكن باطلة بالـكلية فتعتبر فى حق الأخذ من الثلث يدلك على هذا ان ثلث التركة ان كان يفى بحقهما فـكل يأخذ حقه حتى لو ظهر له مال

بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصى له به ان كان يخرج من ثلث الكل

وان أجازت الورثة الوصيتين فان كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالثلثين أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به لان المال يفي بهما أما اذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالكل قسم المال أرباعا بالاتفاق لأن المال لا يفي بالحقين لكن عند الصاحبين بطريق العول وعند الامام بطريق المنازعة فيأخذ الموصى له بالثلث ربع كل المال والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه ووجه هذا على قولهما أن الموصى له بالجميع يدعى كله وهو ثلاثة أسهم والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو واحد من ثلاثة فتعول الى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث وثلاثة أرباع لصاحب الجميع . ووجهه على قوله ان نقسم المال الى اثنى عشر قسما فيقسم الثلث اولا بينهما نصفين لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة الاعتبار فيأخذ كل منهما سهمين ويبقى الثلثان وهما ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعى كلها وصاحب الثلث لا يدعى الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل الى سهمان وبقي حقي في سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة فتعطى للموصى له بالجميع بلا منازعة فتبقى في سهمين فتقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثنى عشر وهو ربع المال وللموصى له بالكل تسعة من اثنى عشر وهو ثلاثة ارباع المال أنظر مادة (٥٤٨)

(مادة ٥٤٨) اذا أوصى الى اثنين باكثر من الثلث واستويا في الاستحقاق ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية واذا لم يستويا في الاستحقاق

ثم إن الوصية ان كانت بجزء من المال فاما أن يكون ذلك الجزء معلوما وإما ان يكون مجهولا فان كان الاول كالسدس أو الربع أو النصف اتبعت الاحكام المتقدمة فى شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التى تليها . وان كان الثانى كما اذا قال أوصيت لفلان ببعض مالى أو بجزء أو بنصيب منه فان كلا منهما مجهول بمعنى أنه يتناول القليل والكثير اذ السدس أو الثلث أو النصف يقال له بعض المال وجزء منه فان كان الموصى حيا أمر بالبيان فان عين اتبع بيانه لان هذا لا يعلم الا من جهته اذ هو الذى أوجب لغيره حقا فى ماله فيتبع بيانه فان مات من غير أن يبين فأما أن يكون له ورثة وإما أن لا يكون فان كان الاول أمرت الورثة بالبيان لانهم قائمون مقام الموصى فيعطى للموصى له ما عينوه وان قل (تأمل) وان كان الثانى وهو ما اذا لم يكن له ورثة أعطى النصف للموصى له والنصف الآخر لبيت المال لان المستحق اثنان وهما غير وارثين فيقتسمان كل التركة مناصفة — أنظر مادة (٥٤٩)

فان زادت وصية احدهما على الثلث وكانت الاخرى بالثلث يقسم الثلث أيضا بينهما نصفين والموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث الا فى السعاية والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة التي لم تقيد بكسر من الكسور فان الثلث فيها يقسم بينهما على قدر حصتهما فى الوصية . وان لم تزد وصية أحد منهما على الثلث يقسم بينهما الثلث قسمة متناسبة على قدر حق كل منهما

(مادة ٥٤٩) اذا أوصى بقدر مجهول يتناول القليل والكثير كجزء أو سهم أو نصيب من ماله فالبيان فى ذلك للورثة ان لم يبينه الموصى ويعطون الموصى له ماشاؤا وان لم يكن له ورثة وأوصى بسهم من ماله لاحد فله نصف ماله والنصف الآخر لبيت المال

والوصية ان كانت لاثنين من أهل الاستحقاق فأما أن يكون أحدهما حياً والآخر ميتاً وقت ايجاب الوصية واما أن يكونا حيين وقته فان كان الاول بأن قال شخص أوصيت لفلان وفلان بثلث مالى واحدهما ميت فى هذا الوقت استحق الموجود منهما كل الثلث الموصى به لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو أهل لها ولكن هذا مقيد بشرطين الاول أن يكون الموصى عالما بوفاة احدهما كما ورد عن أبى يوسف فان لم يعلم بموته فلا يستحق الحى الا نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لهما فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت تكون لاغية فيكون راضيا بكل الثلث للحى . الثانى أن لا يصرح بكلمة بين بان قال ثلث مالى لفلان وفلان أما لو صرح بها بأن قال ثلث مالى بين فلان وفلان فلا يستحق الموجود الا النصف ولو كان عالماً بوفاة أحدهما لان هذه الكلمة توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة . ألا ترى أن قوله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) مقتض للتنصيف بدليل الآية الثانية (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) ـ وان كان الثانى وهو ما اذا كان كل منهما موجودا وقت الوصية ولكن مات احدهما قبل موت الموصى أو استمر حياً الا أنه خرج من استحقاقه فى الوصية لفقدان بعض الشروط كما اذا قتل الموصى فانه يخرج بحصته من الموصى به فلا يستحق الآخر الا نصف الثلث الموصى به لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة فى حق الآخر ـ ومثل هذا ما اذا قال ثلث مالى لفلان وفلان ان مت وهو فقير فمات الموصى وفلان الثانى غنى كان للاول نصف الثلث وكذا

لو قال ثلث مالى لفلان وفلان ان كان فلان فى هـذا البيت ولم يكن فيه كان للاول نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة فى حق الآخر — وبالجملة فالاصل فى هذه المسائل أنه متى دخل كل منهما فى الوصية ثم خرج أحـدهما لفقد شرط فلا يوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل أحدهما فى الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر فاذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصى بل بقى بعـده استحق كل منهما نصف الموصى به ان قبلا فان ردا ملـكته الورثة وان قبل أحدهما ورد الآخر أخذ القابل حصته والورثة حصة الراد فان قبل أحدهما ومات الآخر قبل القبول والرد دخل نصيبه فى ملك ورثته استحسانا وان كان القياس يأبى ذلك كما تقدم لك فى شرح مادة (٥٤٣) — أنظر مادة (٥٥٠)

ثم ان الوصية اما أن تـكون بجزء من كل المال واما أن تـكون بجزء من نوع منه فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بربع مالى أو بثلثه أعطينا الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوبا الى كل المـال وقت وفاة الموصى اذا لم يمنع مانع من التنفيذ وان كان الثانى كما اذا قال أوصيت لفلان بثلث دراهمى أو ثلث غنمى أو خيلى فاما أن يكون النوع الذى أوصى بثلثه من الانواع التى لا تقسم جبراً واما أن يكون من الانواع التى تقسم

(مادة ٥٥٠) اذا اوصى بالثلث لاثنين معينين من اهل الاستحقاق وكان احدهم ميتا أو معدوما وقت الايجاب فلا يستحق شيئا والثلث كله للحى او الموجود فاذ مات أحدهما قبل موت الموصى او خرج لفقد شرط ما بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يستحق الآخر الا نصف الثلث منه وكذا اذا جعله بينهما واحدهما ميت فللحى نصفه واذا مات احد الاثنين بعد موت الموصى فلورثة ذلك الميت حق فى حصته

جبراً فان كان الاول كالرقيق واستمر كل النوع الموصى بثلثه فى ملك الموصى حتى مات استحق الموصى له جميع ثلثه وان هلك منه شيء بعد الوصية وقبل موت الموصى سواء كان الهالك كثيرا أو قليلا فلا يستحق الموصى له الا ثلث الموجود وقت موت الموصى فاذا فرضنا أنه هلك الثلثان وبقى الثلث فليس له الا ثلث مابقى منه ولو خرج الثلث الباقى من ثلث جميع أموال الموصى اذ النوع صار مشتركا بينهما فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين ولان هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص فتبطل بفواته وقت الموت وهذا الحكم متفق عليه

وان كان الثانى وهو ما اذا كان النوع الموصى بثلثه من الانواع التى تقسم جبرا كالدراهم والغنم والثياب المتحدة فى الجنس فان استمر ما كان موجودا من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصى استحق ثلثه أيضا أما اذا هلك شيء منه قبل موته ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون يستحق الموصى له ثلث كل النوع باعتباره وقت الوصية لا وقت الموت لكن بشرط أن يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصى

فاذا كان الهالك الثلثين أخذ الموصى له بالثلث الثلث الباقى بتمامه متى خرج من ثلث جميع أموال الموصى

فاذا فرضنا ان شخصا أوصى لغيره بثلث دراهمه وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت ألفا وخمسمائة أخذ الموصى له ألف درهم اذا كانت جميع أموال الموصى تساوى ثلاثة آلاف درهم فان كانت تساوى أقل أخذ الموصى له من الدراهم بمقدار ما يخرج من الثلث

وقال زفر لايستحق الموصى له الا ثلث الموجود وقت موت الموصى ولو خرج جميعه من ثلث ماله وينبنى على قوله أن الموصى له لايستحق فى المثال المتقدم ذكره الا خمسمائة درهم ولو كانت للموصى أموال غيرها ووجه قول الامام وصاحبيه أنه فى النوع الواحد الذى يقسم جبراً يجمع حق الموصى له فى الباقى تقديما للوصية على الميراث ولانه لو لم يهلك شىء فللقاضى أن يجعل هذا الباقى له بخلاف ما اذا كان من الانواع التى لاتقسم جبرا. ووجه قول زفر أن النوع الموصى به صار مشتركا بينهما والمال المشترك يهلك ماهلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك فصار كما اذا كان الموصى ببعضه من الانواع التى لاتقسم جبرا وهو ظاهر ولذا قال كثير من المؤلفين نأخذ به لانه موافق للقياس

والفرق بين مالايقسم جبرا وما يقسم جبرا أن أفراد النوع ان كانت متفاوتة تفاوتا فاحشا كالرقيق كانت من الانواع التى لاتقسم جبرا بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين أشخاص وطلب أحدهم قسمتها وامتنع الباقى لم يجبرهم القاضى على القسمة لان معنى المعاوضة غالب فيها فى هذه الحالة ولفحش التفاوت فلا بد من الاختيار . وان كانت الافراد متساوية فى القيمة كالدراهم والدنانير والبر والقطن المتحدين فى النوع والصفة أو كانت مختلفة فى القيمة ولكن التفاوت غير فاحش كالخيل والغنم (على رأى الفقهاء) كانت من الانواع التى تقسم جبرا فمتى طلب القسمة أحد الشركاء وامتنع الآخر ألزمه القاضى بها لان القسمة فى الحالة الاولى يغلب فيها افراز أحد النصيبين عن الآخر وهذا لا يلزم فيه الرضا والتفاوت غير فاحش فى الحالة الثانية فلا يلزم الرضا كذا قال الفقهاء — انظر مادة (٥٥١)

(مادة ٥٥١) اذا أوصى لاحد بعين أو بنوع معين من الانواع التى تقسم جبرا

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بجزء معين سواء أضيف هذا الجزء الى كل المال أو الى نوع منه أما اذا أوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كألف جنيه مصرية وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصى ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية نفذت ولكن اذا لم يكن بعض التركة ديونا فاذا كان فيها ديون والمبلغ الموصى به يخرج من ثلث الاموال الموجودة غير منضمة الى الديون أخذ الموصى له هذا المبلغ من المال الموجود اذ لا ضرر على الورثة ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الدين شيء اما اذا كان المبلغ لا يخرج من ثلث التركة الا بضم الديون اليها فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الاموال الموجودة بل يأخذ ما يخرج من ثلثها والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون فكلما يقبض شيء منها يأخذ ثلثه حتى يكمل له المبلغ فاذا فرضنا أن شخصا أوصى لغيره بألف جنيه مصرية ومات تاركا ما لا يساوي أربعة آلاف جنيه وليس فى هذا المبلغ دين له أو كان من ضمنه الف جنيه دينا أعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه لانه يخرج من ثلث الاموال الموجودة واذ كانت التركة تساوي ثلاثة آلاف جنيه ومنها الف دينا أعطينا الموصى له ثلثي الالفين وكل ما أخذ من الالف الدين يدفع له ثلثه الى أن يستوفى حقه لاننا لو أعطيناه ألفا من الالفين الموجودين لتضررت الورثة اذ ربما لا يحصلون على شيء من الدين ولو منعناه أخذ شيء من الموجود وأحلناه على المديونين

كثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه المتحدة جنسا فهلك ثلثاه فله الباقي بتمامه ان خرج من ثلث باقي جميع أصناف مال الموصى وان أوصى له بصنف أو نوع مما لا يقسم جبرا كثلث دوابه أو ثيابه المتفاوتة جنسا فهلك الثلثان فليس له الا ثلث ما بقي منه وان خرج من ثلث كل المال

يستوفى حقه منهم لتضرر هو لانه قد لايحصل على شيء منهم لعدم قدرتهم فلا بد من إعمال طريقة لاضرر فيها على واحد منهما وهى الطريقة التى بيّناها فاتبعها — انظر مادة (٥٥٢)

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فى الوصية بالمنافع)

قد عرفت أن تعريف الوصية فى اصطلاح الفقهاء هو تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق التبرع فيؤخذ من هذا أن الوصية كما تصح بالاعيان تصح بالمنافع اذ التمليك يشملهما لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل ويكون اجارة وبغير بدل ويكون اعارة فكذا بعد الممات ويكون وصية ومتى صحت الوصية بمنافع الاعيان كان الشيء الموصى بمنفعته محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة ولذا يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وينبنى على صحة الوصية بالمنافع أنه اذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره أو بغلة أرضه صح ذلك ولكن عند الوصية بما ذُكر لايخلو الحال من أحد أمور ثلاثة الاول أن ينص على الابد الثانى أن يطلق الوصية الثالث أن يقيدها بمدة معينة فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بسكنى بيتى أو بغلة أرضى الفلانية أبدا استحق الموصى له الغلة والسكنى مدة حياته وبعد موته ترد الى ورثة الموصى وان كان الثانى بأن قال أوصيت لفلان

(مادة ٥٥٢) اذا اوصى لاحد بمقدار معين من الدراهم وله دين من جنسها وعين فان خرج القدر الموصى به من ثلث العين دفع اليه والا يدفع له ثلث العين وكل ماتحصل من الدين يدفع اليه ثلثه حتى يستوفى حقه

بسكنى دارى أو بغلة أرضى فالحكم كالاول وان كان الثالث كما اذا قال أوصيت لفلان بغلة أرضى وبين مدة فاما أن تكون المدة غير معينة واما ان تكون معينة فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بغلة أرضى الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هـذه المدة بعد موت الموصى لانه وقت التمليك وان كان الثانى بأن قال اوصيت لفلان بسكنى بيتى الفلانى سنة ١٣٢٢ هجريه فان مضت السنة المذكورة والموصى حى بطلت الوصية لانه لايستحق الا بعد موت الموصى وقد عين زمنا ومضى هذا الزمن فى حياته فلا يثبت الاستحقاق فى غيره وان مات قبل مضيها استحق الموصى له السكنى فيها ومثله مااذا مات بعد مضى بعضها

وهذا اذا كان العدد مصرحا به فى الوصية اما اذا لم يصرح به بأن قال اوصيت لفلان بغلة ارضى سنين استحق الموصى له الغلة ثلاث سنين لا أكثر لانه جمع والجمع وان كان يطلق على الاكثر منهـا الا ان المحقق هو اقل مايطلق عليه وهو ثلاث فاتبعناه تاركين المشكوك فيه - انظر مادة(٥٥٣)

ولـكن لايستحق الموصى له سكنى البيت أو غلة الارض طول عمره أو المدة التى عينها الموصى الا اذا كان البيت الموصى بسكناه أو الارض الموصى بغلتها تخرج من ثلث اموال الموصى فان كان الثلث يضيق عنها فلا يستحق الموصى له الا بقدر مايخرج من الثلث اذا لم تجز الورثة وحينئذ فاما ألا يكون للموصى مال سوى البيت الموصى بسكناه او يكون فان كان الاول اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة فى المكان او الزمان لان الحق

(مادة ٥٥٣) اذا أوصى لاحد بسكنى داره أو بغلتها ونص على الابد أو أطلق

لهم فالاولى بأن يقسم البيت أثلاثا لينتفع كل باستحقاقه الى أن يموت الموصى له أو يمضى الزمن المعين فيرد جميعه الى الورثة والثانية وهى المهايأة بحسب الزمان بأن يسكنه الورثة سنتين والموصى له سنة الى أن يموت أو يستوفى ماعين له وبعد ذلك يكون جميعه للورثة الا أن الأولى أعدل لأن فيها التسوية بينهما زمانا ومكانا وفى الثانية تقديم أحدهما زمانا وعند ما تكون المهايأة بحسب المكان لايجوز للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من الثلثين لأن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية وانما أعطيناه الثلث لعدم ظهور مال للموصى سوى البيت ومن الجائز أن يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثه فيكون له الحق فى سكنى جميعه وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه وعند أبى يوسف انهم يملكون ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول

وان كان الثانى وهو ما اذا كان للموصى مال غير البيت الموصى بسكناه إلا انه لايخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال فاذا كان البيت نصف التركة استحق الموصى له ثلثيه والورثة الثلث لان ثلثى البيت ثلث التركة فتنفذ الوصية فى ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية المسائل

هذا اذا كانت الوصية بالسكنى فان كانت بالغلة سواء كانت على البيت

الوصية ولم يقيدها بوقت فللموصى له السكنى والغلة مدة حياته وبعد موته ترد الى ورثة الموصى وان قيدت الوصية بمدة معينة فله الانتفاع بها الى انقضاء تلك المدة وان اوصى له بالمنفعة سنين تنصرف الى ثلاث سنوات لا أكثر

أو الارض فلا يقسم البيت أو الارض بل يؤجر كل منهما وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له . فالذى علم أن الوصية سواء كانت بالسكنى أو بالغلة ينظر فيها الى العين الموصى بسكناها أو بغلتها فان كانت نفس العين تخرج من الثلث سلمناها الى الموصى له للانتفاع بسكناها أو بغلتها على حسب عقد الوصية وان لم تخرج منه سلم اليه منها بمقدار الثلث فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالاعيان واستظهر ابن عابدين ان فى المسألة روايتين إحداهما هـذه ووجهها أن المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لا منفعة لها فلذا نعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها والثانية أن النظر الى المنفعة الموصى بها فتُقوَّم المنفعة وينظر الى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصى وينبنى على هذه الرواية انه اذا أوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة قوّمنا سكنى البيت فى هذه المدة ونسبنا هذه القيمة الى أموال الموصى فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت الى الموصى له للانتفاع بسكناه هذه المدة فاذا فرضنا انه يستأجر فيها بثلثمائة وستين جنيها وكانت قيمة البيت الفا وخمسمائة سلمناه جميعه الى الموصى له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الأولى فانه لا حق له الا فى ثلث البيت ووجه هذه الرواية ان الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر انما يكون للموصى به لا لغيره والاولى هى المتداولة فى أكثر الكتب وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية اذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول عمر الموصى له – أنظر مادة (٥٥٤)

(مادة ٥٥٤) اذا خرجت العين الموصي بسكناها أو بغلتها من ثلث مال الموصى

فاذا أراد الموصى له أن يستوفى الموصى به بأن أراد أن يسكن البيت فى الوصية بالسكنى أو يستغله فى الوصية بالغلة فلا حق لاحد فى معارضته أما اذا أراد أن يستوفى غير الموصى به بأن أراد من له السكنى الاجارة وأخذ الاجرة أوأراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه فلا يمكن من ذلك أما الاولى فباتفاق الحنفية وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه يملك ذلك لانه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تمليكها لغيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها ليست بتمليك وانما هى اباحة عنده

ودليلنا ان الوصاية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حال الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل فكذلك الوصية وتحقيق هذا الدليل ان التمليك ببدل لازم وبغيره ليس لازماً ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد موته لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو ففى وضعه غير لازم

وأما الثانى وهو ما اذا كانت الوصية بالغلة وأراد الموصى له السكنى بنفسه ففيها خلاف بين الحنفية فمن قال بالجواز وجه كلامه بأن قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ولان الغير يسكن لاجله فاذا سكن بنفسه جاز

تسلم الى الموصى له للانتفاع بها على حسب الوصية وان لم تخرج من الثلث وكانت محتملة للقسمة ولم يكن للموصى مال غيرها تقسم اثلاثا ان كانت الوصية بالسكنى او تقسم غلتها ان كانت بالغلة ويكون للموصى له الثلث وللورثة الثلثان ولا يجوز لهم بيع الثلثين مدة الوصية وان كان للموصى مال غيرها تقسم بقدر ثلث جميع المال

أيضا ومن قال بعدمه وجّه كلامه بأن الغلة دراهم أو دنانير مثلا وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين على الموصى يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها ولكن يقال على هذا اذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه لانه استوفى غير حقه فى المسألتين وصرحوا بأن الثانى أصح فتأمل - أنظر مادة (٥٥٥)

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بالغلة أو بالسكنى اما اذا كانت بالثمرة كما اذا قال شخص أوصيت بثمرة ارضى أو بستانى لفلان فأما أن يقول ابداً وإما أن يعين مدة واما أن يطلق فان كان الاول استحق الموصى له الثمرة ماعاش اذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصى وان كان الثانى استحقها المدة المعينة وان كان الثالث بأن قال أوصيت لفلان بثمرة بستانى ولم يزد شيأ فاما أن يكون به ثمرة وقت موت الموصى واما أن لا يكون فان كان الاول استحق الموجودة فقط وان كان الثانى استحقها مدة عمره وحينئذ تكون الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة فى صورة الاطلاق فانه فى الوصية بالغلة فى هذه الصورة يملك الغلة مدة عمره كما لو نص على التأبيد فيحتاج الى الفرق بينهما وهو مبنى على العرف لأن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم أما الغلة فتشمل الموجود ومايكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى فى العرف ولذا يقال فلان يأكل من غلة بستانه وأرضه وبيته فاذا اطلقت تتناول

(مادة ٥٥٥) الموصى له بالسكنى لا تجوز له الاجارة والموصى له بالغلة لا تجوز له السكنى

الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة اخرى

وأما الثمرة فاذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما شملت الثمرة الموجود والمعدوم فى صورة الاطلاق وكانت غير موجودة وقت موت الموصى لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز فيستحق كل المعدوم ماعاش وحيث إن العرف هو الفارق بينهما فاذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع تأمل واحكم — أنظر مادتى (٥٥٦و٥٥٧)

فالذى علم ان الموصى له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصية وبعد انتهاء الزمن المعين أو موته يرد الى الورثة لانها باقية على ملكهم ولكن هذا اذا لم يوص بنفس الشيء لغير الموصى له بالمنفعة فان فعل ذلك اتبعت وصيته فينتفع الموصى له بالمنفعة المدة المعينة أو مدة عمره على حسب عقد الوصية وبعد الانتهاء تسلم العين الى الموصى له بالرقبة ان كان حيا والا فلورثته وفى وقت انتفاع الموصى له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشيء على

(مادة ٥٥٦) اذا أوصى بغلة أرضه لاحد فله الغلة القائمة بها وقت موت الموصى والغلة التى تحدث بها فى المستقبل سواء نص على الابد فى الوصية أو أطلقها

(مادة ٥٥٧) اذا أوصى بثمرة أرضه أو بستانه فان أطلق الوصية فللموصى له الثمرة القائمة وقت موت الموصى دون غيرها مما يحدث من الثمار بعده وان نص على الابد فله الثمرة القائمة وقت موته والثمرة التى تتجدد بعده وكذلك الحكم اذا لم يكن فى العين الموصى بها ثمار وقت وفاته

صاحب المنفعة كالمستعير فان عليه نفقة المستعار فاذا كان الموصى به أرضاً فالعشر والخراج والمصاريف اللازمة للاصلاح على المنتفع ان كان بها شيء يستغل والا فهى على مالك الرقبة لان المصاريف والحالة هذه تكون لاصلاحها فتلزم مالك الرقبة — أنظر مادة (٥٥٨)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى تصرفات المريض)

لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح بَيَّنَ الفقهاء أحكام تصرفات الاول فى مبحث على حدته ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفا لحكم تصرفات الصحيح بل المريض مرض الموت فاذن لابد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذى تصدر منه وقد اختلفوا فى تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة والمعول عليه منها أنه هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض ولا شك ان هذا يختلف باختلاف الاشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوق والكاتب والمدرس والقاضى وهذا فى حق الرجل

(مادة ٥٥٨) اذا أوصي لاحد بالغلة ولآخر بالارض جازت الوصيتان ويكون العشر والخراج والسقى وما يلزم من المصاريف لاصلاح الارض على صاحب الغلة فى صورة ما اذا كان بها شيء يستغل والا فهى على الموصى له بالعين

أما فى حق المرأة فهو المرض الذى يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت فظهر انه لابد فى مرض الموت بالنسبة للمذكر والمؤنث من أمرين وهما غلبة الهلاك منه والعجز عن القيام بالمصالح فاذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غلبة الموت كالرمد وكسر الرجل مثلا فلا يعد هذا مرض الموت لانتفاء غلبة الهلاك وليس المريض وحده هو الذى تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح بل هناك أصحاء يلحقون به فى أحكام تصرفاتهم وهم من كانوا فى حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبا ويتفرع على هذا أنه اذا تبارز رجلان أو حكم على شخص بالاعدام لارتكابه جريمة القتل مثلا وقدم ليقتص منه أو كان شخص فى سفينة تلاطمت عليها الامواج وخيف غرقها أو غرقت بالفعل أو افترس سبع شخصا وبقى حيا فى فمه وتصرف كل منهم فى هذه الحالة يعتبر هذا التصرف كتصرف المريض مرض الموت ثم إن بعض الامراض لايستمر طويلا كالتيفوس فان من مرض به يبرأ أو يموت فى زمن غير بعيد فان تصرف صاحبه فان صح أو مات سرت عليه أحكام الاصحاء أو المرضى وبعضها قد يمكث زمنا طويلا كالسل والفالج فاذا تصرف المريض بواحد منهما اختلفت الاقوال فى اعتباره صحيحا أو مريضا مرض الموت فبعضهم يقول مادام يزداد مابه فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضا مرض الموت وان لم يزداد اعتبر صحيحا ومن قائل ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض مرض الموت وان كان يرجى اعتبر صحيحا وبعضهم يقول لو طال وصار بحال لايخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحا وهؤلاء اختلفوا فى حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة وبعضهم اعتبر العرف

وبعضهم يقول ان لم يلازم فراشه فهو صحيح والا اعتبر مريضا والمعول عليه منها انه مادام يزداد مابهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير فى أحوالهم بحيث لايخشى الموت منه تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح فمتى كان الشخص فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك سواء كان مريضا أو واقعا فى حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالبا وتصرف وهو فى هذه الحالة ومات من مرضه أو وهو على تلك الحالة حكمنا على هذا التصرف بأنه صدر منه وهو مريض مرض الموت أو وهو ملحق به فتجرى عليه الاحكام المناسبة له

وبعد ماتقدم يمكننا أن نقول إن الاشخاص وان كانوا ينقسمون بحسب التصرفات التى تصدر منهم الى أقسام كثيرة الا أنه يصح تقسيمهم بحسب هذا المقام الى قسمين الاول الصحيح الثانى المريض مرض الموت والملحق به وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة فاستمع لما يلقى عليك حتى تعرف حكم تصرف كل

التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام الى قسمين. القسم الاول التصرفات المنجزة الثانى التصرفات المضافة الى مابعد الموت والاولى إما أن تكون انشائية وهى التى يقارن مدلولها التلفظ بها كالهبة والبيع والوقف فان التمليك لايحصل الا وقت صدورها وإما أن تكون إخبارية وهى التى تكون حكاية عن شىء مضى قبل التلفظ بها وهو الاقرار فأن كان التصرف منجزا وكان المتصرف صحيحا فاما أن يكون غير محجور عليه واما أن يكون محجورا عليه فأن كان الاول نفذت هذه التصرفات من جميع ماله سواء كانت انشائية أو اخبارية

وسواء كانت لوارث أو لغير وارث وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأزيد منها أو تصرفات تبرع كالهبة والصدقة ويتفرع على هذا أنه اذا باع الشخص المذكور لمن أراد أو اشترى ممن شاء أو تصدق على من أراد فلا حق لاحد فى الاعتراض عليه فى جميع هذه التصرفات وقد تقدم لك هذا المبحث بالنسبة للهبة فى شرح مادة ٥٠٣ فراجعه فانه مفيد

وان كان الثانى وهو ما اذا كان محجورا عليه اختلفت أحكام التصرفات بالنسبة لسبب الحجر الذى قام به وأسباب الحجر ستة على ما تقدم فى محله وهى الصغر والجنون والعته والسفه والدَّين والغفلة فاذا أردت أن تعرف أحكام تصرفات واحد منهم فما عليك الا أن ترجع الى مبحثه فى الحجر تجدها مفصلة تفصيلا حسنا - أنظر مادتى (٥٥٩و٥٦٢)

وان كان التصرف مضافا الى ما بعد الموت وهو الوصية بأن قال وهبت لفلان نصف مالى بعد وفاتى أو أوصيت له به فلا تنفذ من كل المال بل من الثلث سواء كان صدورها فى حال الصحة أو فى حال مرض الموت ولكن نفاذها من الثلث ليس فى جميع الاحوال بل قد تنفذ الوصية من كل المال

(مادة ٥٥٩) التصرف الانشائى المنجز الذى فيه معنى التبرع ان صدر من أهله فى حال صحة المتبرع ينفذ من جميع ماله

(مادة ٥٦٢) هبة المقعد والمفلوج والمسلول تنفذ من كل ماله اذا تطاول ما به سنة ولم يخش موته منه فان لم تطل مدته وخيف موته بان كان يزداد ما به يوما فيوما يعتبر تصرفه من الثلث

وقد لاتنفذ فى شىء منه لان الحكم يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به فلا تكتف بما ذكر فى هذه المادة لانه فى غاية الاجمال فلا يفيدك شيئا فاذا أردت التفصيل الذى لامزيد عليه بالنسبة لهذا المقام فارجع الى شرح مادة ٥٣٤ والمواد الخمس التى بعدها تجد كل ماتريده فى هذا الموضوع — أنظر مادة (٥٦٠)

وان كان التصرف منجزاً وكان المتصرف مريضا مرض الموت والتصرف إنشائى كالهبة والوقف والبيع والشراء وغيرها من المعاملات حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية وحينئذ تنظر الى هذه التصرفات فتارة يكون التصرف الذى صدر منه تبرعا محضا كالهبة والوقف وتارة يكون تصرف معاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأكثر منها فان كان الاول بأن وهب لشخص شيئا من أملاكه نظرنا الى الواهب والموهوب له والشىء الموهوب كما نظرنا الى الموصى الموصى له والموصى به وعند ذلك لايخلو الحال من التفصيل الآتى وهو :

الواهب الذى هو مريض مرض الموت اما أن يكون غير مديون واما أن يكون مديونا فان كان مديونا فاما أن يكون دينه مستغرقا لتركته واما أن يكون غير مستغرق لها وعلى كل حال فاما أن يكون الموهوب له وارثا للواهب أو أجنبيا منه وان كان أجنبيا فاما أن يكون للواهب وارث أولا وفى كل هذه الاحوال اما أن يكون الموهوب أقل من ثلث تركته أو مساويا له

(مادة ٥٦٠) التصرف المضاف الى ما بعد الموت ينفذ من ثلث المال لا من جميعه وان كان صدوره فى حال الصحة

أو أكثر منه وكل له حكم يخصه واليك البيان فان كان الواهب غير مديون أصلا وكان الموهوب له أجنبيا منه ولم يكن له وارث نفذت الهبة كلها ولو كان الموهوب كل التركة فلا حق لاحد فى المعارضة ولا بيت المال بل اذا لم تكن الهبة بالكل فله الباقى وان كانت بالكل فلا يستحق شيئا والسبب فى ذلك أن الموهوب له فى هذه الحالة يعتبر موصى له وهذا مقدم على بيت المال فى الاستحقاق والمتأخر لاحق له فى معارضة المتقدم

وان كان الواهب مديونا وكان دينه مستغرقا لتركته بان كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلا وتركته تُقَوَّم بهذا المبلغ فلا تنفذ الهبة سواء كان الموهوب قليلا أو كثيرا وسواء كان الموهوب له أجنبيا من الواهب أو وارثا له الا اذا أسقط الدائنون ديونهم لأن قضاء الديون مقدم على تنفيذ الوصية فاذا أسقطوا ديونهم يتبع فى تنفيذ الوصية ماتقدم لك من الاحكام فى شرح مادة ٥٣٤ والمواد الخمس التى بعدها

وان كان الواهب مديونا ولكن دينه غير مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الفى جنيه وتركته تساوى أربعة آلاف جنيه نخرج من التركة أولا مقدار الديون ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهبة فى حالة ما اذا كانت التركة خالية عن الدين

وان كان الواهب غير مديون وكانت الهبة لوارث وكان للواهب ورثة غيره فلا تنفذ الهبة الا اذا أجازتها الورثة سواء كانت الهبة بأقل من الثلث أو به او باكثر منه لان فيه ايثار بعض الورثة على البعض الآخر فاذا لم

تحفظ لهم الحق أدى ذلك الى قطيعة الرحم وهى منهى عنها

ويشترط فى صحة الاجازة أن يكون المجيز من أهل التبرع فاجازة الصبى والمجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه غير معتد بها لان كلا منهم ليس أهلا له ويعتبر كون الموهوب له وارثا أو غير وارث وقت موت الواهب لاوقت الهبة كما حكمنا بهذا الحكم على الوصية

وان كان الواهب غير مديون وكانت له ورثة وكان الموهوب له أجنبيا منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة نفذت الهبة وان لم تجزها الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت فيه وان أجازوها نفذت لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه فيزول المانع والاصل فى هذا حديث سعد ابن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه المتقدم فى شرح مادة (٥٣٧) ومثل الهبة فيما ذكر الضمان وهو الكفالة التى هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بالدين فاذا كان شخص مدينا لآخر فى خمسمائة جنيه مثلا وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ كان هذا كفالة فاذا فرضنا أن الضامن كان مريضا مرض الموت وكان كل من المضمون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبيا منه ولم يكن له وارث نفذ الضمان فللدائن الحق فى أخذ الدين المضمون به من تركته وليس لاحد حق فى معارضته ولو استغرق هذا الدين كل التركة وان كان الضامن مديونا ودينه مستغرق لتركته فلا ينفذ الضمان ولو قل الدين المضمون به الا اذا ابرأه الدائنون الذين تعلق حقهم بأمواله قبل هذا الضمان لان الحق لهم فى هذه الحالة

وان كان الضامن مديونا ولكن دينه غير مستغرق لتركته نخرج من التركة أولا مقدار الديون الثابتة ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الدين بالحكم على الضمان فى حالة خلو التركة عن الديون

وان كان الضامن غير مديون أصلا وكان المكفول له أو عنه وارثا وكان للضامن ورثة غيره فلا ينفذ هذا الضمان الا اذا أجازته الورثة وكانوا من أهل التبرع سواء كان الدين المضمون قليلا أو كثيرا فان أجازت الورثة ثبت للمضمون له أخذ الدين من التركة وان لم يجيزوها فلا حق له فى أخذ شىء منها بل يأخذ دينه من المدين الاصلى وهو المكفول عنه

وان كان الضامن غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له وعنه أجنبيا منه فان كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال نفذ وان لم تجزه الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان ردوه بطل وأن أجازوه نفذ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع وقس باقى تصرفات المريض التى هى تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة والضمان

وان كان الثانى وهو ما اذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة حكمنا على المبلغ المحابى به حكمنا على الوصية فننظر الى حال البائع والمشترى والقدر المحابى فيه ونجرى الاحكام المتقدمة وذلك أن الشخص المريض مرض الموت إما ان يبيع لوارث أو لغير وارث وعلى كل فاما أن يكون مديونا أو غير مديون وان كان مديونا فاما أن يكون الدين مستغرقا لتركته أو غير مستغرق لها واليك بيان الاحكام فان

باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو بغبن يسير وكان المريض غير مديون كان هذا البيع موقوفا على اجازة باقى الورثة فان أجازوه نفذ وان ردوه بطل وان باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبيا منه وليس على المريض دين أو كان عليه ولكنه غير مستغرق لتركته فان كان البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير كان هذا البيع نافذا لازما فليس لاحد من الورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد ومثل الورثة الدائنون ان كان الغبن لايؤثر على حقوقهم

وسبب هذا الحكم فى هذه الحالة والتى قبلها أن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم أغراض فى العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وأما فى حق غير الورثة فهو ممنوع من ابطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة و بأقل منها الى ثلثى القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له أن يحابى غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به فبعد موت المريض تكون الغرماء أحق بمالية التركة والورثة أحق بالاعيان ولذا كان لهم أن يستخلصون بالقيمة من الدائنين حتى لو كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الورثة استخلاصها ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لانهم عند استغراق التركة بالدين يكون لهم الحق فى استخلاصها بدفع كل الدين أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يدفعوا فعلا فيكون للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء بخلاف الاجنبى فانه لو نقد الدين لايجبر صاحب الدين على القبول لأن الاجنبى ليس له استخلاص التركة . وهذا اذا كان الدين مساويا لقيمة التركة فلو كان زائدا عنها فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة لان الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح فى استبقاء الاعيان اذ من الجائز أن يبيعوها بعدز من بما يستوفون منه جميع ديونهم . والحكم الثابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم

فاذا سلم بعضهم فى الاعيان للدائنين ولم يُرِد دفع قيمتها كان للبعض الآخر حق فى الاستخلاص

وما تقدم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الامام الاعظم ووافقه الصاحبان فى الحالة الثانية وهى ما اذا كان البيع لغير وارث وخالفاه فى الحالة الاولى وهى ما اذا كان البيع لوارث فقالا ان كان البيع بمثل القيمة فلا حق لباقى الورثة فى الاعتراض على هذا البيع لانتفاء التهمة ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذى أخذه المورث عينا أخرى مثل المبيعة أما لو كان الثمن أنقص من القيمة ولو يسيراً فيتوقف على اجازتهم فان لم يجيزوا خُيِّرَ الوارث المشترى بين أمرين — الاول أن يبلغ المبيع تمام القيمة وحينئذ يسقط حقهم فى الاعتراض — الثانى أن يفسخ البيع ويرد المبيع الى التركة ويستلم الثمن الذى دفعه للمورث

فقد ظهر من هذا ان علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند الصاحبين هى وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ وان لم تجزه الورثة وعند الامام الاعظم هى ايثار بعض الورثة بالاعيان

ويؤخذ حكم ما اذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئا من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبين

وان باع المريض لغير الوارث أيضا وكان غير مديون ولكن البيع فيه غبن فاحش وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة - الاول أن يكون النقص الذى حصل فى الثمن أقل من ثلث ماله الثانى أن يكون مساويا له — الثالث أن يكون زائداً على الثلث . فان كان الاول أو الثانى فهو محاباة جائزة من المريض للمشترى فليس للورثة حق فى

الاعتراض على المشترى لان المريض له أن يتبرع فى مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذا وان لم تجزه الورثة

وان كان الثالث وهو ما اذا كان النقص الذى حصل فى الثمن زائدا على الثلث خيرت الورثة بين امرين الاول اجازة الزائد على الثلث وحينئذ فلا يلزم المشترى بشىء لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه — الثانى ان لا يجيزوه وفى هذه الحالة يخير المشترى بين امرين الاول أن يدفع للورثة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين — الثانى ان يفسخ البيع ويرد المبيع الى الورثة وحينئذ يعطى المشترى مادفعه من الثمن لما علم مرارا ان المريض ليس له ان يعطى غير الوارث اكثر من الثلث الا باجازة الورثة — فلو فرض ان شخصا باع وهو مريض مرض الموت بيتا الى اجنبى منه بمائتى جنيه وكانت قيمة البيت تساوى خمسمائة جنيه فيكون قد حاباه بثلثمائة جنيه فان كانت جميع أموال المريض تساوى الف جنيه فليس للورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد لان القدر المحابى به وهو الثلثمائة أقل من ثلث أموال المريض ومثله ما اذا كانت جميع أمواله تساوى تسعمائة جنيه لان القدر الذى حابى به المشترى مساو للثلث فينفذ وان لم تجز الورثة . ولو كانت جميع أموال المريض تساوى ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد لانه فى هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث اذ هو ثلثمائة وثلث أموال المريض مائتان فقط فيثبت لهم هذا الحق وحينئذ فاما أن يفسخ المشترى البيع ويسلم المبيع الى الورثة ويستلم الثمن الذى دفعه وإما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما أربعمائة فى هذا المثال وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية وهذا أحسن له كما هو ظاهر

وان كان المريض الذى باع شيئا من أملاكه لاجنبى منه بغبن فاحش مديونا ولـكن دينه غير مستغرق لتركته فاعلينا الا أن نخرج مقدار الدين من التركة ونحكم على المبلغ الباقى بعد اخراجه بالاحكام التى حكمنا بها فى الاحوال التى يكون المريض فيها غير مديون أصلا

وان باع المريض لغير الوارث وكان عليه دين مستغرق لتركته فان لم يكن فى البيع محاباة أصلا بان كان بمثل القيمة فلاحق للدائنين فى الاعتراض لان حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها فالمدين وان كان قد أخرج شيئا عن ملـكه بهذا العقد الا أنه أدخل فيه مايقابله من الثمن المساوى لقيمته أما لو كانت فيه محاباة سواء كانت قليلة أو كثيرة فلا ينفذ الا باجازة الدائنين لان الحق لهم لا للورثة فى هذه الحالة اذ الارث مؤخر عن قضاء الديون فاذا لم يجيزوا يخير المشترى بين أمرين الاول فسخ العقد وأخذ مادفعه من الثمن وحينئذ يضم المبيع الى التركة وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين ان وفى بديونهم والا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه ولـكن هذا اذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ماعليهـا من الديون فان أرادوا ذلك أجيبوا الى طلبهم لان حق الدائنين متعلق بمالية التركة لا بأعيانها كما علم قريبا . الثانى أن يبلغ المشترى المبيع تمام قيمته وفى هذه لاينزع الدائنون المبيع من تحت يده إذ لاضرر يلحقهم

وانما لم ينظر للمحاباة فى هـذه الحالة ويقال فيها ماقيل فيما اذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحاباة التى تخرج من الثلث والتى تزيد عليه لانه لو كان مديونا لم يثبت له حق فى المحاباة أصلا اذ حق الدائنين مقدم على من سواهم لان مايأخذونه فى مقابلة ماأعطوه بخلاف المتبرع له

فانه يأخذ المتبرع به بلا عوض ولكن محل تخيير المشترى بين الامرين المتقدمين اذا كان كل منهما ممكنا فان تعذر أحدهما كما اذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم باتمام الثمن الى أن يبلغ القيمة

ومثل البيع فى كل الاحوال المتقدمة الشراء فاذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح أو من أجنبى وكان غير مديون أو مديونا سواء كان دينه مستغرقا لتركته أو غير مستغرق لها اتبعت الاحكام المتقدمة فى البيع لكن ان كان فى العقد محاباة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع فى صورة الشراء بخلاف البيع فانها معتبرة بالزيادة فى القيمة لان المحاباة فيها لاتكون الا بذلك

وأما محاباة المريض فى الاجارة بأن آجر أرضا له ثلاث سنين بالف جنيه وكانت قيمة أجرتها فى هذه المدة الفين فلا يظهر أن حكمها كحكم الوصية لان الاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت لان الاجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفى حياته لاملك لهم فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر ومثل الاجارة الاستئجار بأن استأجر شيئا بأكثر من قيمته وكانت المحاباة كثيرة فتأمله واحكم

ولا يمكننا الحكم على المرض بانه مرض موت الا اذا مات به الشخص لانه يؤخذ من الاضافة انه هو المرض الذى يكون الموت فى نهايته ولذا لو برىء منه المريض حكمنا على جميع تصرفاته بالاحكام التى نحكم بها على تصرفات الاصحاء

وقد نصوا على ان جميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض لانه من الجائز أن يبرأ هو منه وان كان غيره يموت به لان الآجال لا يعلمها الا الله وكثيرا ما تخلفت ظنون الحكماء قال تعالى (وما تدرى

نفس ماذا تكسب غدا وما تدرى نفس بأى أرض تموت ان الله عليم خبير)

وينبنى على ذلك أنه لو أقر بشىء لغيره ولو كان المقر له وارثا يؤمر فى الحال بتسليمه له اذ يجوز بُرْؤه من هذا المرض فيكون حكم تصرفه كحكم تصرفات الاصحاء ومثل الاقرار جميع تصرفاته من هبة ووقف وبيع وشراء بمحاباة فما دام المريض حيا لا يثبت لاحد حق فى الاعتراض على هذا التصرف فاذا مات أجرينا على كل تصرف ماينا سبه من الاحكام المتقدمة - انظر مادة (٥٦١)

وان كان التصرف منجزا والمتصرف مريض مرض الموت وكان التصرف اخباريا وهو الاقرار فلا يخلو الحال من أحد أمرين - الاول أن يكون الاقرار لغير وارث الثانى أن يكون لوارث فان كان الاول صح الاقرار ونفذ بلا توقف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله فاذا قال المريض ان لفلان فى ذمتى الف جنيه مثلا وكان المقر له أجنبيا صح هـذا الاقرار ولا حق لاحد فى معارضته بل له أن يستوفى كل هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقر به فان شاءوا نَفَّذُوه وان أرادوا إلغاءه أبطلوه ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كان المقر به عينا أو دينا سواء أقر بأن فى ذمته لوارثه مائة جنيه مثلا أو كان وارثه مدينا له فأقر بأنه قبض منه هذا الدين أو من ضامن

(مادة ٥٦١) جميع تصرفات المريض الانشائية من هبة ووقف وضمان ومحاباة فى الاجارة والاستئجار والمهر والبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات حكمها حكم الوصية فى اعتبارها من الثلث والمرض الذى يبرأ منه ملحق بالصحة

الوارث فى الدين الذى عنده فان هذا كله يتوقف على تصديق الورثة الا فى ثلاث مسائل وسنذكرها قريبا

والسبب فى ذلك أن فى هذا الاقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب اعطائه شيئا من المال بعد ماتعلق حق جميعهم به وهذا لاينفذ كالوصية له لما فيه من ابطال حق الباقين .وانما تعلق حقهم بماله لاستغنائه عنه بعد الموت الذى وجد سببه وهو المرض . فلا يمكن ابطال حق بعضهم بجعل شىء من ماله للبعض الآخر ومقتضى هذا السبب ألا ينفذ الاقرار للاجنبى أيضا الا فى الثلث كما فى الوصية له فان زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد الا بتصديق الورثة لان فيه ابطال حقهم بعد ماتعلق بماله فلا يمكن منه وهو القياس ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهريا لما ورد عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما (اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا أن يصدقه الورثة)فأخذ علماؤنا بهذا الاثر قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ووجه هذا الاستحسان أننا لو لم نقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته فى الصحة حذرا من ضياع أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيلحقه الضرر فلا يحجر عليه بالنسبة لهذا الاقرار لاحتياجه الى المعاملة كما لايحجر عليه فى حق الاجنبى بالنسبة للتبرع له الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه ولكن يقال إن الحاجة موجودة بالنسبة للوارث أيضا لان الناس كما يعاملون الاجنبى يعاملون الوارث وأجابوا عن ذلك بأنه قلما تقع المعاملة معه لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحى من المماكسة معه فلا يحصل

ومثل الاقرار بالدين الاقرار بالعين فاذا أقر المريض لوارثه بأن البيت الفلانى مملوك له فلا ينفذ هذا الاقرار الا بتصديق بقية الورثة أما اذا كان الاقرار لاجنبي فانه ينفذ وان لم يكن له مال غيره بدون احتياج الى تصديق الورثة .

وقيد بعضهم نفاذ اقرار المريض بالاعيان للاجنبى من جميع ماله بما اذا كان الاقرار حكاية عن شئ ثابت فى الماضى أما اذا كان الغرض منه ابتداء التمليك توقف الزائد عن الثلث على اجازة الورثة ومعنى ابتداء التمليك فى الاقرار أن يكون اقراراً فى الصورة وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بان يعلم بوجه من الوجوه أن الشيء الذى أقر به ملك له وانما قصد اخراجه فى صورة الاقرار لاجل أن لايكون فيه منع ظاهر على المقر مريداً بذلك الاضرار بالورثة كما يحصل كثيرا فى زماننا

ولا فرق فى ذلك بين ما اذا ملك الشيء المقر به وهو مريض أو ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض وهذا القيد حسن لان هذا ليس اقرارا في الحقيقة اذ حقيقة الاقرار هى الحكاية عن شيء ثابت قبله ولهذا كان الاقرار مُظهرا لملك المقر له لا سببا للملك كما هو رأى الكثيرين ومما يشهد لهذا التقييد ما ذكره فى القنية وهو بالمعنى اذا أقر شخص وهو صحيح بان البيت الفلانى الذى تحت يد أبيه مملوك لفلان ثم مات الاب والابن مريض فلا يستحق المقر له البيت الا اذا كان يخرج من ثلث المال لان اقرار الابن متردد بين أن يموت الابن أولا فيبطل أو الاب أولا فيصح فصار كالاقرار المبتدأ فى المرض

فهذا كالتنصيص على أن المريض اذا أقر بعين فى يده للاجنبي انما يصح اقراره من جميع المال اذا لم يكن تمليكه اياه فى حال مرضه معلوما حتى يمكن جعل اقراره اظهاراً لحق المقر له لا تمليكا اما اذا علم تمليكه فى حال مرضه فاقراره لاينفذ الا من ثلث المال وقال فى الفصول العمادية اقرار المريض للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدم من التقييد

وقد جاء فى مادة (١٦٠١) من المجلة والاقرار لاجنبي صحيح من جميع المال فى مرض الموت اذا لم يكن عليه دين الصحة ولم يعلم ان المقر ملكه بسبب هبة أو ارث أوشراء من مدة قريبة وأما اذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر وكان قريب عهد فى تملكه فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية ان كان فى مذاكرة الوصية والا فعلى الهبة اذا كان معلوما ذلك عند كثير من الناس فهذا صريح فى ان الاقرار لاينفذ من جميع المال الا اذا كان المقر له مالكا للشيء المقر به والاقرار أظهر ذلك

أما اذا كان الغرض منه ابتداء تمليك فى الحال فلا ينفذ الا من الثلث وانما اكثرنا فى هذه المسألة من النقول لان بعضهم ينكر هذا التقييد ولا يفرق بين حقيقة الاقرار ومجازه مع أنه فى غاية الحسن ولِمَ لَمْ يحمل المطلق على المقيد فيزول ماعندهم من الاشكال

اذا تقرر هذا فينبغى أنه متى حصل نزاع فى اقراره ورفعت المسئلة الى القاضى بحثها بحث مدقق فينظر الى الاغراض لا الى الالفاظ حتى يصل الى الحقيقة فيحكم بما تقتضيه

ويستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل فالاقرار

فيها نافذ وان لم يصدقه الورثة — الاولى اذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده الف جنيه مثلا على يد شهود سواء كان ذلك فى صحته أو فى حال مرضه فأقر المريض بأنه استهلكها نفذ وان عارضت الورثة فيه وحينئذ يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم لان قضاء الديون مقدم على الارث وسبب استثناء هذه المسئلة أن الضمان واجب فى تركته وان لم يقر لان الوديعة متى كانت معروفة ومات المودع مجهلا لها ولم توجد فى تركته ثبت للمودع أخذ بدلها لان الامانات تضمن بموت الامين غير مبين لها فالاقرار وعدمه فى الحقيقة سواء بالنسبة للضمان

الثانية اذا كان للمورث وديعة عند الوارث فأقر وهو مريض بأنه قبضها منه صح هذا وان لم تصدقه الورثة فلا حق لهم فى مطالبته بها والسبب فى ذلك أنه اذا مات ولم يقر بالقبض فادعى الوارث أنه سلمها له فى حياته صدق فى دعواه من غير اقامة بينة لانه أمين وحكمه ما ذكر

ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة بل هو شامل لجميع الامانات كالعارية ومال الشركة والمضاربة فمتى أقر بقبضها من وارثه نفذ وان لم تصدقه الورثة للسبب المتقدم

الثالثة اذا أقر بقبض ماقبضه الوارث من مديونه بطريق الوكالة فاذا فرضنا أن المورث كان دائنا لشخص ووكل وارثه فى قبض الدين منه ثم أقر وهو مريض بأنه استلم الذى قبضه وارثه من مديونه بطريق التوكيل نفذ هذا الاقرار وان لم تصدقه الورثة . لان الوكيل أمين فى مال الموكل فيكون السبب ماذكر فى سابقتها

وقال الامام الشافعي رضى الله تعالى عنه فى أحد قوليه إن اقرار المريض لوارثه نافذ وان لم تصدقه الورثة . ووجه هذا القول أن الاقرار مظهر حقا ثابتا وقد ترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر على الاقرار به فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وهذ جائز بالاتفاق فليكن هذا مثله

وفصل الامام مالك فى ذلك فقال بالنفاذ وان لم يصدقه باقى الورثة ان لم يكن متهما فيه . وبعدم النفاذ الا بتصديق الورثة اذا كان متهما . فاذا فرض أن شخصا مريضا مرض الموت ليست له ورثة الا بنتا وابن عم شقيق أو لأب فأقر لابنته بشيء من أمواله توقف النفاذ على تصديق ابن العم لانه متهم فيه اذ الظاهر أنه يريد تفضيل ابنته على ابن عمه ولو كان الاقرار لابن العم نفذ وان لم تصدقه البنت لانه لا يتهم فى أنه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر أنه صادق فى هذا الاقرار فينفذ لعدم التهمة وهو تفصيل يهم المتتبعين للحقائق

وأما الامام أحمد فهو موافق للامام الاعظم أبى حنيفة — أنظر مادتى (٥٦٣ و ٥٦٤)

(مادة ٥٦٣) اقرار المريض بدين لغير وارثه صحيح وينفذ من جميع ماله وان استغرقه وكذا اقراره بعين الا اذا علم تملكه لها فى مرضه

(مادة ٥٦٤) اقرار المريض لوارثه باطل الا ان يصدقه بقية الورثة سواء كان اقرارا بعين أو دين عليه للوارث أو بقبض دين له من الوارث أو من كفيله الا فى صورة ما اذا أقر باستهلاك وديعته المعروفة التى كانت مودعة عنده أو أقر بقبضه ما كان وديعة عند وارثه أو بقبض ماقبضه الوارث بالوكالة من مديونه

فالذى علم من هذا ان الاقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فاذن لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذى يناسبه فاصغ للتفصيل الذى يلقى عليك حتى يتميزا عن بعضهما وهو ان الشخص المريض اذ أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور أربعة الاول أن يكون وارثا للمقر وقت الاقرار وليس وارثا له وقت الموت — الثانى أن يكون وارثا وقتهما وليس وارثا فيما بينهما — الثالث أن يكون غير وارث وقت الاقرار ولكنه صار وارثا وقت الموت — الرابع أن يكون غير وارث وقتهما . فان كان الاول نفذ الاقرار وان لم تصدقه الورثة وينبنى على ذلك انه اذا كان للمريض إخوة وليس له ابن فأقر لاحد اخوته بشيء ثم وُلِد له ابن واستمر حيا حتى مات أبوه اعتبر الاخ أجنبيا منه فيستحق الشيء المقر به اتفاقا لانه غير وارث وقت موت المقر اذ الابن يحجب جميع الاخوة من الميراث — وان كان الثانى وهو ما اذا كان وارثا وقتهما ولم يكن وارثا فيما بينهما ففيه خلاف — فأبو يوسف يعتبره وارثا فيقول لاينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة ومحمد يعتبره أجنبيا فيقول ينفذ وان لم يصدقوه

ويتفرع على هذا أنه اذا أقر لزوجته وهو مريض ثم أبانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيا ومات وهى زوجته فلا يكون الاقرار نافذا الا بتصديق الورثة عند أبى يوسف ويكون نافذا وان لم يصدقوه عند محمد — ووجّه أبو يوسف كلامه بأن العبرة بحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم فلا يعتبر ما بينهما اذ لا تعلق للحكم به خصوصا وان المقر متهم فى الطلاق ومحمد يقول إن المقر له

لما صار أجنبيا نفذ الاقرار كما لو أنشأه فى هـذا الوقت ألا ترى أنه لو لم يتزوجها ثانيا كان نافذا فـلا يؤثر العقد بعد ذلك — وبعضهم قال ان أبا يوسف رجع عن قوله ووافق محمدا

وان كان الثالث وهو ما اذا كان غير وارث وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ففيه تفصيل لان استحقاقه للارث إما أن يكون بسبب موجود وقت الاقرار واما أن يكون بسبب حادث بعده فان كان الاول اعتبر وارثا بالاتفاق فلا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة وان كان الثانى اعتبر أجنبيا اتفاقا فينفذ وان لم يصـدقوه ويتفرع على الاول أنه اذا أقر شخص وهو مريض مرض الموت لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت أبيه ومات الأب بعد ذلك فلا يستحق الاخ الشىء المقر به الا اذا صدقه الورثه لان السبب الذى استحق به الارث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجودا وقت الاقرار ولـكنه كان غير وارث وقته لوجود الحاجب له وهو الابن ومثل هـذا ما اذا أقر الشخص لاخيه المخالف له فى دينه ثم اسلم قبل وفاته لان سبب الارث وهو القرابة كان موجودا وقت الاقرار وان كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين

ويتفرع على الثانى ان المريض اذ أقر لامرأة أجنبية منه ثم تزوجها ومات وهى على ذمته استحقت جميع المقر به وان عارضت الورثة لان السبب الذى ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجودا وقت الاقرار

وان كان الرابع وهو ما اذا كان غير وارث وقتهما بأن أقر لشخص غير قائم به سبب من اسباب الميراث ومات وهو كذلك ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له أجنبيا فيستحق جميع المقر به وان لم تصدقه الورثة فاذا أقر

لامرأة أجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات وهى خارجة عن ذمته أو لم يتزوجها استحقت جميع المقر به ولو عارضت الورثة

ومتى عرفت هذه الاحوال يمكنك أن تخرج أى مثال يرد عليك تابعا للحالة التى هو منها ولا يخفى عليك بعد معرفة ماذكر أن الوارث هنا يخالف الوارث بالنسبة للوصية اذ المعتبر فيه بالنسبة لها أن يكون وارثا وقت موت الموصى بقطع النظر عن وقت الوصية - أنظر مادة (٥٦٥)

ومن التصرفات التى اتهموا فيها المريض ونظروا فيها لحق الورثة اقراره أووصيته لمن أبانها فاذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا وهو مريض مرض الموت فأقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ثم مات من مرضه هذا قالوا ان هذا الطلاق اما أن يكون بطلبها واما أن يكون بغيره فان كان الاول ومات قبل انقضاء عدتها استحقت أقل الشيئين وهما مقدار ماترثه منه والدين المقر به لها أو المبلغ الموصى لها به والسبب فى ذلك تهمة المواضعة بين الزوجين اذ يجوز ان الزوج يريد أن يعطى لزوجته أكثر مما تستحقه فى الميراث

(مادة ٥٦٥) العبرة بكون المقر له وارثا أو غير وارث عند الاقرار ومعنى كونه وارثا عند الاقرار انه قام به سبب من أسباب الميراث ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت فلو أقر لغير وارث بهذا المعنى جاز وان صار وارثا بعد ذلك بشرط أن يكون ارثه بسبب حادث بعد الاقرار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها بخلاف ما اذا كان السبب قائما لكن منع مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه مع اختلاف الدين ثم اسلم فانه يبطل الاقرار وكذا لو أقر لاخيه المحجوب باختلاف دين أو وجود ابن اذا زال حجبه باسلامه أو موت الابن لا يصح الاقرار لقيام السبب عند الاقرار وزوال المانع عند الموت ولو أقر لاخيه مثلا ثم ولد له ابن واستمر حيا الى الموت يصح الاقرار لوجود المانع عند الموت

وهى على ذمته فيتفقان على طلبها الطلاق لينفتح لها باب الاقرار أو الوصية فيرد عليهما هذا القصد السيىء نظرا لحقوق الورثة ولاتهمة فى أقلهما فيثبت ويعطى لها بحكم الاقرار لابحكم الارث ولذا لاتصير شريكة فى أعيان التركة فان مات بعد انقضاء عدتها استحقت كل المقر به أو الموصى به لانها والحالة هذه تكون أجنبية منه اذ الارث لايتأتى بعد انقضاء العدة

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الطلاق بغير طلبها فلها الميراث بالغا قدره ما بلغ ان مات فى عدتها لانه والحالة هذه يكون هاربا من ارثها فيرد عليه قصده السيىء فترثه فان استمر حيا حتى انقضت عدتها ومات استحقت الوصية أو المقر به اذ لا ارث بعد انقضاء العدة وقد تقدم ذلك مستوفى فى طلاق المريض - أنظر مادة (٥٦٦)

ومن التصرفات التى جعلوا حكمها حكم الوصية ابراء المريض مدينه من الدين أى التنازل له عنه ولما كان لايمكننا الحكم على الوصية فى أول الامر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أولا تنفذ فى شىء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به كذلك لايمكننا الحكم على التنازل عن الدين الا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدين والمتنازل له وهو المسقط عنه والمتنازل عنه وهو الدين فاذن يلزمك أن تلتفت للتفصيل الذى أبينه حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها وهو . الشخص المريض

(مادة ٥٦٦) اذا أقر المريض بدين أو أوصى بوصية لمن طلقها بائنا بطلبها فى مرض موته فلها الاقل من الارث ومن الدين أو الوصية ان مات فى عدتها وان طلقها بلا طلبها فلها الميراث بالغا مابلغ ان مات فى عدتها

مرض الموت إما أن يكون غير مديون واما أن يكون مديونا فان كان مديونا فاما أن يكون دينه مستغرقا لتركته أو غير مستغرق لها وعلى كل فأما أن يكون الشخص المتنازل له عن الدين وارثا للمتنازل أو أجنبيا منه وان كان أجنبيا فاما أن يكون المتنازل عن الدين وارث أولا وفى كل من هذه الاحوال اما أن يكون الدين المتنازل عنه أقل من ثلث التركة أو مساويا له أو أكثر منه واليك الاحكام

فان كان المتنازل عن الدين غير مدين أصلا وكان المتنازل له أجنبيا منه ولم يكن للمتنازل وارث نفذ هذا التنازل ولو استغرق جميع ماله فلا حق لاحد فى المعارضة ولو كان بيت المال لان هذا التنازل يعتبر وصية والموصى له مقدم فى الاستحقاق على بيت المال والمتأخر لا يعارض المتقدم

وان كان المتنازل مدينا وكان دينه مستغرقا لتركته بأن كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته الفى جنيه مثلا وتركته تُقَوَّم بمثل هذا المبلغ فلا ينفذ هذا التنازل ولو كان الدين المتنازل عنه قليلا ولا فرق حينئذ بين ما اذا كان المتنازل له وارثا أو غير وارث ولكن محل ذلك اذا لم يبرئه الدائنون فان ابرأوه نفذ ولو استغرق الدين المتنازل عنه جميع ماله لانهم أصحاب الحقوق فى هذه الحالة وحقهم مقدم فاذا تنازلوا عن حقوقهم نفذ لزوال المانع منه

وان كان المتنازل مدينا ودينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الف جنيه وتركته تساوى ثلاثة آلاف جنيه نخرج من التركة أولا مقدار ما عليه من الديون ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الديون وهو فى هذا المثال الفا جنيه بالحكم على التنازل فى حالة ما اذا لم يكن عليه دين أصلا وقد عرفته

وان كان المتنازل غير مدين وكان المتنازل له وارثا وكان للمتنازل ورثة غيره فلا ينفذ هذا التنازل الا اذا أجازته الورثة سواء كان الدين المتنازل عنه أقل من الثلث أو مساويا له أو أكثر منه لاننا اذا نفذناه بدون اجازة الباقى تضرر غير المتنازل له بسبب تفضيل المتنازل له بما يأخذه زائدا عن الاستحقاق الذى قدره الله له فى التركة فيؤدى هـذا التضرر الى قطيعة الرحم فجعل الشارع لهم الحق فى الاجازة وعدمها منعا لذلك

وان كان المتنازل غير مديون وله ورثة وكان المتنازل له عن الدين أجنبيا منه فان كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفـذ التنازل وان لم تجزه الورثة أما اذا تجاوز الثلث فان الزائد يكون موقوفا على إجازة الورثة لان الشارع أعطى للمريض مرض الموت حق التبرع الى ثلث أمواله بالنسبة للاجانب وان لم تجزه الورثة فان زاد المتبرع به عنه توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوه نفذ لان المنع كان لحقهم وقـد أسقطوه فيزول المانع فينفذ

ولما كانت الزوجية سببا من أسباب الميراث وكان التنازل عن الدين لوارث لاينفذ ولو كان المتنازل عنه قليلاالا باجازة بقية الورثة كان تنازل أحدهما وهو مريض مرض الموت عن دين للآخر مثل ذلك فى الحكم فاذا برأت الزوجة زوجها عن دين لها فى ذمته وهى مريضة مرض الموت أو أبرأها هو وهو كـذلك توقف نفاذ هذا الابراء على اجازة بقية الورثة ولو قل الدين المبرأ منه فان لم يكن لاحدهما وارث غير الآخر نفذ الابراء ولو استغرق جميع المال لان المنع كان لحق الورثة ولم يوجدوا فينفذ

فاذا فرضنا أن شخصا له فى ذمة غيره ستمائة جنيه فتنازل الدائن عن

هذا الدين وهو مريض مرض الموت الى مديونه فان كان المتنازل له عن الدين وارثا للدائن فلا ينفذ هذا التنازل الا باجازة بقية الورثة ولو كانت تركته تقدر بالألوف أو كان غير مديون . وان كان المتنازل له أجنبيا فان كان المتنازل مديونا بدين مستغرق فلا ينفذ أيضا الا باجازة الدائنين وان كان دينه غير مستغرق للتركة فان كان هذا التنازل لايضر بحقوق الدائنين بأن كان مايبقى من أمواله بعد هذا الدين يفي بديونهم نفذ من غير توقف على اجازتهم وان لم يف فلهم الحق فى المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم . وان كان المتنازل غير مديون أصلا وكان المتنازل له أجنبيا وله وارث فان كان الدين المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بأن فرضنا فى هذا المثال ان تركة المتنازل تساوى الفا وثمانمائة جنيه أو اكثر بما فيها هذا المبلغ نفذ هذا التنازل وان لم تجزه الورثة وان كان أكثر من الثلث بأن كانت جميع أمواله لاتساوى الا تسعمائة جنيه مثلا نفذ الابراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلاثمائة جنيه وأما الزائد فانه يتوقف على اجازة الورثة فان أجازوه وهم من أهلها نفذ لان المانع قد زال — أنظر مادتى (٥٦٧ و ٥٦٨)

فقد علمت أن الشخص متى أقر لغيره بدين وهو صحيح غير محجور

(مادة ٥٦٧) ابراء المريض مديونه وهو مديون بمستغرق غير جائز ان كان المديون أجنبيا منه وابراؤه مديونه الوارث له غير جائز مطلقا سواء كان المريض مديونا أم لا وسواء كان الدين ثابتا له عليه اصالة أو كفالة

(مادة ٥٦٨) ابراء الزوجة زوجها فى مرضها الذى ماتت فيه موقوف على اجازة بقية الورثة

عليه نفذ هذا الاقرار من كل ماله سواء كان المقر له أجنبيا من المقر أو وارثا له وسواء كان المقر مدينا او غير مدين أما اذا أقر وهو مريض مرض الموت فلا ينفذ اقراره الا اذا كان المقر له أجنبيا ولم يكن المقر مديونا ويترتب على نفاذ الاقرار إلزام المقر بكل الديون سواء لزمته فى حال صحته أو فى حال مرضه ولكن اذا لم يقض المدين الديون حال حياته بل مات وهى فى ذمته فلا يكون حكمها واحدا بالنسبة لقضائها بل تقضى ديون الصحة أولا من التركة ثم ديون المرض ولا بأس من أن نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الاجمال تاركين التفصيل الى شرح مادة (٥٨٣) فاعلم أن الاموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته إما أن يتعلق بها حق للغير حال الحياة وإما ان لا يتعلق بها هذا الحق فان كان الاول كالشىء المرهون والمؤجر اذا عجل المستأجر الأجرة قدم الحق المتعلق بالشىء على غيره من الحقوق

وان كان الثانى فهناك حقوق أربعة مرتبة كالآتى

أولا التجهيز وهو فعل مايحتاج اليه الميت من حين موته الى حين دفنه بلا اسراف ولا تقتير بل يكون على حسب أمر الشريعة الاسلامية المطهرة

ثانيا قضاء الدين ولكن يقدم دين الصحة على دين المرض عند ما تضيق التركة عن الوفاء بالكل

ودين الصحة هو مالزم الشخص فى حال صحته سواء علم بالبينة أو بالاقرار وما لزمه فى حال مرضه بشرط أن يعلم ثبوته بطريق المعاينة ويسمى الاول دين صحة حقيقة والثانى دين صحة حكما أى أنه مساو له فى الحكم

ودين المرض هو ما أقر به فى مرض موته أو أقر به وهو فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك كمن حكم عليه بالاعدام لارتكابه جريمة القتل وقدم ليقتص منه وليس هناك طريق لاثبات هذا الدين الا الاقرار

وحينئذ نقول ان الدين الذى عليه إما أن يكون لشخص واحد واما ان يكون لمتعدد فان كان الاول ووفى مابقى من التجهيز به فبها وان لم يف فان شاء الدائن أسقط الباقى عنه وان شاء تركه لدار الجزاء وان كان الثانى وكانت الديون متساوية فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة أوكلها ديون مرض وكان فى التركة وفاء بالكل أخذ كل دينه وان كانت التركة أقل من الديون أخذ كل منهما بنسبة دينه فاذا فرضنا ان شخصا توفى وعليه الف جنيه لثلاثة أشخاص أحدهم له خمسمائة وللثانى مائتان وللثالث ثلثمائة فان كانت التركة تساوى الف جنيه او اكثر أخذ كل منهم دينه كاملا لان التركة تفى بالكل وان كانت التركة لاتساوى الا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسبية وحيث إن التركة فى مثل هذا المثال نصف مجموع الديون فيأخذ كل منهم نصف دينه ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فحاصل الضرب هو مايستحقه ذلك الدائن

والعمل هكذا ٥٠٠ ÷ ١٠٠٠ = ½ و ½ × ٥٠٠ = ٢٥٠

فهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بخمسمائة واستخراج نصيب الدائن بمائتين ونصيب الدائن بثلثمائة يحصل بمثل هذا العمل ومرجع الطريقتين واحد فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود

فان لم تتساو الديون فى الحكم بان كان بعضها دين صحة وبعضها دين مرض فان كانت التركة تفى بالكل أعطى كل دينه وان لم تف قدم دين الصحة فان بقى شىء أعطى لاصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة وانما قدمت ديون الصحة على ديون المرض لانه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بما فى يده لانها حالة العجز عن الاكتساب غالبا فليس له ان يشرك فيه غيرهم

وانما تساوت الديون التى لزمته فى حال مرضه باقراره ان كان سببها معلوما والديون التى لزمته فى حال صحته لانه لما علم السبب انتفت التهمة عن الاقرار بل هى ثابتة وان لم يقر فاذا استقرض مالا فى مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه أو اشترى شيئا وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استهلك مالا لغيره على رءوس الاشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة لان اثباتها ممكن وان لم يقر فلا مرد لها حيث كانت أسبابها معلومة

ثالثا تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقى بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فاذا اوصى لشخص اجنبى منه بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنيه ولكن صرف منها فى تجهيزه ثلاثون جنيها وكان عليه مائتان وسبعون جنيها دينا وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين فلا يجاب الى ذلك بل يعطى ثلث الباقى بعدهما وهو مائتا جنيه

فقد علمت من ذلك ان الدين مقدم على الوصية وان كان ظاهر الآيات القرآنية يفيدانها مقدمة على الدين مثل قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين)

فظاهر هذه الآية أن الوصية مقدمة على الدين لذكرها قبله والجواب عن ذلك ما قاله سيدنا على كرم الله وجهه انكم تقرءون الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يبدأ بالدين — والسر فى تقديمها فى الآيات القرآنية أنها تشبه الميراث فى كونها مأخوذة بلا عوض فيشق إخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين فان نفوس الورثة مطمئنة الى أدائه لكونه فى مقابلة شئ وربما كان الشئ المقابل له موجودا فى التركة ففى تقديم ذكرها بعث على ادائها معه وتنبيه على انها مثله فى وجوب الاداء والمسارعة اليه ولذلك جئ بينهما بكلمة التسوية وهى أو

رابعا الارث فيقسم باقى التركة على المستحقين له بعد اخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٨٤) — انظر مادة (٥٦٩)

فقد ظهر جليا ان الديون بالنسبة لفضائها ليست فى درجة واحدة بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض وحينئذ فاذا أراد المريض أن يقضى ديون بعض الغرماء دون البعض الاخر فلا يخلو الحال من أحد أمرين — الاول أن تكون التركة تفى بكل الديون — الثانى أن لا تكون كذلك فان كان الاول فلا يعارضه أحد لانه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين اذ كل يستوفى دينه بأكمله فلا يثبت له حق الاعتراض سواء كانت الديون مختلفة فى الحكم أو متساوية فيه

(مادة ٥٦٩) الدين مقدم على الوصية والوصية مقدمة على الارث ودين الصحة مطلقا سواء علم ببينة أو علم بالاقرار وما لزمه فى مرضه بسبب معروف كنكاح مشاهد بمهر المثل وبيع مشاهد بمثل القيمة واتلاف مال للغير مشاهد أيضا كل ذلك مقدم على ما أقر به فى مرض موته ولو كان المقر به فى المرض وديعة

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت التركة غير وافية بجميع الديون فأما أن تكون الديون مختلفة فى الحكم أو متساوية فيه فان كان الاول فان أراد أن يقضى الدين القوى وهو دين الصحة فلا حق لصاحب الدين الضعيف فى المعارضة لان حقه مؤخر وان أراد قضاء الديون الضعيفة وهى ديون المرض ثبت لصاحب الدين القوى حق معارضته لتقدم حقه

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الديون متساوية فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما فى يده على السواء فاذا فرضنا أنه سلم لبعضهم دينه ثبت للبعض الآخر الحق فى استرداده ليأخذ منه بنسبة دينه فلا يختص الآخذ بما أخذ — ولا فرق فى هذا الحكم بين ما اذا كان المأخوذ مهراً أو أجرة شئ استوفى منفعته أو غيرهما لان ما حصل للمريض من النكاح وسكنى الدار مثلا لا يصلح لتعلق حقهم بعين التركة فيكون فى تخصيصها باعطاء شئ من ماله ابطال لحق الغرماء وهو لا يملكه

ويستثنى من ذلك مسئلتان الاولى اذا أدى بدل ما استقرضه فى مرضه الثانية اذا دفع ثمن ما اشتراه فى مرضه بمثل القيمة الا انه يشترط ثبوت كل من القرض والشراء بالبرهان لا بمجرد الاقرار فاذا استقرض المريض الف جنيه مثلا أو اشترى بيتا بما ذكر وكانت قيمته كذلك وقد علم كل منهما بالبرهان فسلم ما أخذه قرضا للمقرض أو ثمن البيت الذى اشتراه سلم لكل منهما ما أخذ فلا حق لباقى الدائنين فى استرداده ليشاركه فيه والسبب فى ذلك انه حصل

فى يده مثل مانقد وحق الغرماء تعلق بمالية التركة لا باعيانها فاذا حصل له مثل مادفع فلا يعد تفويتاً لحقوقهم

ولكن محل ذلك اذا أعطى المريض ماذكر حال حياته فان مات قبل الدفع فلايخلو الحال بالنسبة للمبيع من أحد أمرين الاول أن يكون موجودا تحت يد البائع الثانى أن يكون سلمه الى المشترى فى حياته فان كان الاول ثبت له حق المنع حتى يستوفى ثمنه فان دفع اليه فبها والا فيباع على ذمة المشترى لانه مملوك له فان كان ثمنه الذى بيع به الآن يساوى ما اشتراه به أولا أخذه البائع وان زاد ضم الزائد الى التركة وان نقص أخذ البائع كله ويكون فى الباقى اسوة الغرماء — وان كان الثانى وهو مااذا سلمه الى المشترى ثم مات قبل أن يدفع اليه الثمن فالبائع اسوة الغرماء ولو وجد المبيع بعينه فى التركة فاذا فرض أن شخصا باع لغيره بيتا بخمسمائة جنيه مثلا وقبضه المشترى باذن بائعه قبل أن يدفع الثمن ثم مات ولم يترك سوى هذا البيت وكانت عليه ديون أخرى فقال البائع أنا أحق بهذا البيت أستوفى منه دينى أولا فان بقى شىء يأخذه غيرى من الدائنين وقال الدائنون لاحق لك فى هذا الطلب بل نحن شركاء فى هذا البيت فيقسم بيننا على نسبة دين كل منا فلا يجاب البائع الى طلبه ويجاب الدائنون وحينئذ يباع البيت ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم — وقال الامام الشافعى اذا وجد البائع المبيع فى تركة المشترى بعد موته وقبل نقده الثمن كان أحق به من سائر الغرماء فيستوفى منه دينه أولا لان دينه متعلق بهذا الشىء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حق فيه واستدل الامام الاعظم بدليلين أولهما نقلى وللثانى عقلى فالاول قوله عليه الصلاة والسلام (اذا مات

المشترى مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو اسوة للغرماء)والعقلى هو أن البائع لما سلم المبيع وقبضه المشترى باذنه فقد أسقط حقه فى الحبس حتى يستوفى الثمن فصار المبيع من مملوكات المشترى لاحق للبائع فيه وانما للبائع مطالبة المشترى بالثمن لاغير فيكون دائنا مثل غيره فلا يميز عن غيره

وقد يتفق أن دين بعض الدائنين كان ثمن مبيع أيضا وتصرف فيه المشترى قبل وفاته ومن الجائز ان يكون هذا الدائن باع ماباعه للمشترى بعد البائع الذى وجد متاعه بعينه فلو أعطينامن كانمتاعهموجوداً وحرمنا الاخر لتضرر مع اتفاقهما فى سبب الدين وليس هناك سبب فى تأخير من لم يجد مبيعه فى التركة سوى تصرف المشترى فيه قبل وفاته وليس له دخل فى ذلك فيمنع الضرر عنهما بقدر مايمكن وذلك يكون بالقسمة التناسبية اذ لو أعطينابعضهم جميع دينه ولم نعط البعض الآخر شيئا لكان أشد ضررا من اعطاء كل منهما بعض دينهوهو ظاهر – انظر مادة (٥٧٠)

(مادة ٥٧٠) ليس للمريض أن يقضى دين بعض غرمائه دون البعض عند تساوى الديون حكما ولو كان ذلك اعطاءمهر للزوجة أو ايفاء أجرهبل تشارك الزوجة ومن يستحق الاجرة غرماء الصحة ويستثنى من ذلك ماأذا أدى بدل ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ماشتراه فيه بمثل القيمة اذا ثبت القبض والشراء بالبرهان . وان لم يؤد ثمن ماشتراه فيه او بدل ما استقرضه فيه حتى مات فالبائع اسوة الغرماء مالم تكن العين المبيعة باقية فى يد البائع فان كانت فى يده يقدم على غيره

﴿ الفصل الخامس ﴾

(فى أحكام المفقود)

الاشخاص وان كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم الى أقسام كثيرة الا أنه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام الى ثلاثة أقسام — الاول من تحققت حياته — الثانى من تحققت وفاته — الثالث من لا يعلم حاله والكلام الآن خاص بالثالث وهو المفقود وهو فى اللغة اسم مفعول من فقدت الشيء اذا أضللته ومعناه فى اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر أحى هو أم ميت وأهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم الميعاد — أنظر مادة(٥٧١)

والمفقود إما أن يترك وكيلا قبل فقده واما أن لا يترك فان كان الاول فهو الذي يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد لان الوكيل وان كان ينعزل بموت الموكل الا أنه هنا لم تتحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفا حتى يتحقق موت موكله

ولذا لو آجر شيئا من أملاكه قبل غيابه فلا تنفسخ الاجارة مادامت المدة المتفق عليها فى عقد الاجارة باقية لان الاجارة وان كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر الا أن هذا لم يتحقق موته. ويترتب على هذا ان المفقود ان كانت له ورثة فلا حق لهم فى نزع المال من تحت يد الوكيل لانهم

(مادة ٥٧١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته

لايستحقون ماله بطريق الارث الا بعد التحقق من الموت وهذا ليس كذلك وان لم تكن له ورثة فليس لامين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل لانه انما يستولى على الاموال التى لامستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك الا اذا تحققت وفاته أو حكم القاضى بموته بعد مضى المدة القانونية التى سيأتى بيانها فى شرح مادة (٥٧٨) ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت لذلك الا باذن من القاضى وقالوا فى توجيه ذلك إنه يجوز أن يكون الغائب قد توفى فلا يكون الوكيل وصيا - أنظر مادة (٥٧٢)

وان كان الثانى وهو ما اذا لم يترك الغائب وكيلا أقام له القاضى من يحصى أمواله سواء كانت منقولا أو عقارا وينميها بما يكون فيه المصلحة للغائب فيقبض أجرة أملاكه المستأجرة قبل الفقد ويؤجر غيرها ويقبض الديون التى أقرت بها الغرماء ومثلها الودائع ويخاصم فى الحقوق التى وجبت بعقده لانه أصيل فيها وانما نصب القاضى وكيلا فى هذه الحالة لانه نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك ان المفقود كذلك كالصبى والمجنون فيملك ماذكر وليس لهذا الوكيل أن يخاصم فى الشىء الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له من عقار أو منقول فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى فلا يملك

(مادة ٥٧٢) اذا ترك المفقود وكيلا قبل غيابه لحفظ أمواله وادارة مصالحه فلا ينعزل وكيله بفقده ولا تنزع الورثة المال من يده ولا أمين بيت المال ولو كان المفقود لا وارث له أصلا . وليس للوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت الى تعمير الا باذن من الحاكم

الخصومة لان فيه تضمن الحكم على الغائب — أنظر مادة (٥٧٣)

ولما كان المفقود عاجزا عن النظر فى مصلحة نفسه والقاضى هو الذى ينظر فى ذلك ثبتت له ولاية بيع الشىء الذى يتسارع اليه الفساد من ماله سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا فالاول كالفواكه والحرير والجوخ والثانى كارض أو بيت على شاطىء نهر يخشى عليهما منه لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولذا لاتثبت له ولاية بيع مالا يخاف عليه الفساد أو الهلاك لان حفظ الامرين ممكن وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحا فان ظهرت حياة المفقود سلمه اليه وان حكم بموته بعد مضى المدة القانونية سلمه لمن يستحقه من ورثته — أنظر مادة (٥٧٤)

ولكن محل حفظ الثمن المذكور اذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة فان وجد انفق القاضى أو الوكيل الذى أقامه مقامه عليهم منه ومثل هذا الثمن فى الحكم المال الموجود فى بيت المفقود ان كان من جنس النفقة لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الاصول والفروع والزوجة لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه

(مادة ٥٧٣) اذا لم يكن المفقود ترك وكيلا ينصب له القاضى وكيلا يحصى أمواله المنقولة وغير المنقولة ويحفظها ويقوم عليها ويأخذ غلاته وريع عقاراته ويقبض ديونه التى أقرت بها غرماؤه

(مادة ٥٧٤) للقاضى أن يبيع مايتسارع اليه الفساد من مال المفقود منقولا كان أو عقارا ويحفظ ثمنه ليعطى له ان ظهر حيا أو لمن يستحقه من ورثته بعد الحكم بموته وليس له أن يبيع شيئا مما لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا لغيرها

من غير قضاء فيكون القضاء إعانة لهم على وصولهم الى مايستحقون فلا يكون قضاء على الغائب ولذا لاينفق على غير من ذكروا كالاخوة والاعمام وغيرهم لان نفقتهم لاتجب الا بقضاء القاضى ولا يجوز القضاء على الغائب

والوديعة والدين مثل ما ذكر فى الحكم ولكن لاينفق على الزوجة والاصول والفروع منهما الا اذا كان كل من المودع والمديون مقرا بالوديعة أو الدين والزوجية أو النسب فان لم يقر بذلك فان كان القاضى يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضا وان كان يعلم ببعضه يشترط الاقرار بما لم يعلمه. ومتى حكم القاضى على المودع أو المدين بالاعطاء وسلم كل منهما الوديعة والدين بأمره فلا يضمنان للغائب شيئا اذا حضر لان القاضى له ولاية الدفع والاخذ فان سلم كل منهما ماعنده الى الزوجة أو أحد الاصول والفروع بغير أمر القاضى فلا يبرأ أمام الغائب اذا حضر من سفره بل يضمن المودع الوديعة والمدين الدين لتعدى المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه أو نائبه وقد تقدم لك هذا المبحث بما لامزيد عليه فى نفقة زوجة الغائب والاصول والفروع فلا تكتف بهذا فانه فى غاية الاجمال بل ارجع الى المباحث المتقدمة تجد كل ماتريد فى هذا الموضوع — أنظر مادة (٥٧٥).

ومن حيث إن المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الاحياء أو الاموات ولذا نص الفقهاء على ان الاحكام عليه مختلفة فقالوا انه

(مادة ٥٧٥) للوكيل المنصوب أن ينفق على عرس المفقود وعلى أصوله وفروعه المستحقين للنفقة من ماله الحاصل فى بيته أو الواصل من ثمن بيع مايتسارع اليه الفساد أو من مال مودع عند مقر أو دين على مقر

يعتبر حيا فى حق بعض الاحكام ويعتبر ميتا بالنسبة للبعض الآخر فيعتبر حياً بالنسبة للاحكام التى تضره وهى التى تتوقف على ثبوت موته

وينبنى على ذلك أنه لايفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته التى عقدها قبل فقده بل تستمر كل هذه الاشياء الى ظهور الحال وحينئذ يحكم بحسبها ويعتبر ميتا بالنسبة للاحكام التى تنفعه وتضر غيره وهى المتوقفة على ثبوت حياته

وينبنى على ذلك أنه لايرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا أوصى له بشىء ومات الموصى وهو مفقود بل يوقف نصيبه فى الارث وقسطه فى الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته فان ظهر انه حى استحق الارث والوصية وان لم تظهر حياته وحكم بموته فالموقوف لاجله من الارث والوصية يكون لورثة المورث والموصى والسبب فى ذلك ان اعتباره حيا انما هو باستصحاب الحال وهو لايصلح حجة لان يستحق به مال الغير ولكنه صالح لان يدفع به استحقاق غيره لماله فيكون كأنه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره

ومعنى اعتباره ميتا فى حق هذه الاحكام أنه عند عدم ظهور الحال ومضى المدة القانونية يحكم بوفاته ويسرى هذا الحكم من تاريخ الفقد لامن تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن فى الحالة الاولى اذ لو اعتبرناه ميتا فى هذه الحالة لما وقفنا لاجله شيئا مما يستحقه من غيره مع انه ليس كذلك ولذا كان الظاهر أن يقال إنه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الاحكام — أنظر مادتى (٥٧٦ و ٥٧٧)

(مادة ٥٧٦) المفقود يعتبر حيا فى حق الاحكام التى تضره وهى التى تتوقف على

ولما كان الحكم بالبقاء فى هذه الدنيا مستحيلا اذ لابد لكل شخص من يوم تعتريه فيه المنية والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته الا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتيج الى بيان المدة التى يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقده ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعا اختلفت المذاهب فيها وتشعبت آراء بعضها والذى يؤخذ من كلام الحنفية أنه لا يحكم بوفاته الا اذا انقرضت أقرانه من بلده فاذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لان الشىء الذى تقع الحاجة الى معرفته يكون طريقه فى الشرع الرجوع الى امثاله وذلك كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر والاحكام الشرعية تبنى على الغالب دون النادر فان تعذر الفحص عن الاقران حكم بموته بعد مدة وقد اختلفوا فى تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكم القاضى بموته لان الاعمار فى زماننا قلما تزيد على هذه المدة فيقدر بها ومن قائل تقدر بمائة ومن قائل بتسعين لان الغالب فى الاعمار هذا ولكن هذا لا يصح الا اذا قيل إن الغالب فى الاعمار الطوال فى أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ومن قائل تقدر بستين ومن قائل تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلا وعندى هذا احسن لقوله عليه الصلاة والسلام

ثبوت موته فلا يتزوج عرسه أحد ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجارته ولا يفرق بينه وبين عرسه ولو بعد مضى أربع سنين قبل ظهور الحال

(مادة ٥٧٧) المفقود يعتبر ميتا فى حق الاحكام التى تنفعه وتضر غيره وهى المتوقفة على ثبوت حياته فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا اوصى له بوصية بل يوقف نصيبه فى الارث وقسطه فى الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته

« أعمار أمتى ما بين الستين الى السبعين » فكانت المنتهى غالبا وأنت خبير بان هذا الاختلاف ماجاء الا من اختلاف الرأى ولذا اختار الزيلعى ووافقه كثيرون أنه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد والاشخاص فيجتهد ويحكم بالقرائن الظاهرة الدالة على موته أو عدمه اذ من فُقِد فى المهلكة أو وقت ملاقاة العدو أو مع قطاع الطريق أو سافر مريضا بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فُقِد لا فى مثل هذه الاحوال ولا شك ان الملك العظيم اذا فقد وانقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه مات لاسيما اذا دخل فى مهلكة وما سبب اختلافهم فى المدة الا اختلاف آرائهم فلا معنى للتقدير بمدة معينة فأى وقت رأى الحاكم المصلحة فى الحكم بموته حكم به وهذا هو الاليق بالفقه وبعد الحكم عليه بالموت تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل بعدها للازواج

وهذا الرأى موافق لمذهب الشافعية اذ عندهم لاتقدر المدة بزمن معين على الصحيح بل اذا لم يثبت لدى القاضى موته فانه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التى لا يعيش فوقها غالبا

وفى مذهب الامام مالك تفصيل وهو

من فقد فى بلاد الاسلام وانقطع خبره عن زوجته كان لها أن ترفع الامر الى الحاكم مع بيان الجهة التى تعرف أو تظن انه سار اليها أو يمكن ان يوجد فيها والحاكم يبحث عنه فى مظنات وجوده بأى طريق يراه مؤديا الى تعرف حاله وبعد العجز عن خبره يضرب لها أجلا وهو أربع سنين فاذا انتهت اعتدت الزوجة عدة الوفاة ويحل لها بعد ذلك أن تتزوج بغيره

ومن فقد فى معترك بين المسلمين بعضهم مع بعض وثبت انه حضر

القتال جاز لزوجته أن ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتد الزوجة ولها أن تتزوج بعد العدة ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره فان لم يثبت الا انه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدم فى الحالة الاولى

ومن فقد فى حرب بين المسلمين وغيرهم كان لزوجته أن ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة فاذا انقضت اعتدت وحل لها الزواج بعد العدة ويورث ماله بعد انقضاء السنة — وضرب الآجال لاعتداد زوجة المفقود اذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة أو لم تخش على نفسها الفتنة والا رفعت الامر الى القاضى فيطلق عليه متى ثبت له صحة دعواها

أما الاسير ومفقود أهل الشرك فتنتظر زوجته الى تمام عمره واختلفوا فى تقديره ما بين السبعين الى الثمانين — ولما رأي بعض الحنفية ان الحكم فى مذهبهم شديد من حيث تقديره بموت الاقران أو بمضى المدة المتقدمة قال أنه يفتى بمذهب الامام مالك للضرورة كما انه يفتى به فى انقضاء عدة ممتدة الطهر فان الحنفية يقولون ان المرأة متى رأت دم الحيض ولو مرة وانقطع عنها لسبب من الاسباب وكانت متزوجة وحصلت الفرقة بينهما وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضى عدتها الا اذا عاودها الدم فتعتد بثلاث حيض فان لم يعد فلا تنقضى الا اذا بلغت سن الايأس وهو خمس وخمسون سنة وتعتد بعده بثلاثة أشهر كاملة والمالكية يقولون تنقضى عدتها بسنة كاملة فيفتى بمذهبهم لان هذا الحكم فى غاية الشدة بالنسبة للرجال لالتزامهم بالانفاق على المرأة حتى تنقضى العدة وبالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن لانه من الجائز أن تبقى فى العدة خمسا وأربعين سنة كاملة بأن تكون

رأت دم الحيض وهى بنت تسع وطلقها زوجها بعد رؤيته ولم تره بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمسا وخمسين وقد تقدم لك هذا المبحث فى شرح مادة (٣١٤)

وفصل الامام احمد فقال ان فقد فى حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفين حال التحام القتال أو غرق مركب فسلم قوم وغرق آخرون بحث عنه مدة أربع سنين فان لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها واعتدت زوجته عدة الوفاة وبعد انقضائها لها التزوج . وان فقد فى حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم فان التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود الى أهله ففيه رأيان أحدهما انتظاره الى مضى تسعين سنة من مولده لان الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا الزمن والثانى تفويضه الى اجتهاد الحاكم فينظر ومتى وقع اجتهاده على شئ حكم به ويجتهد الحاكم أيضا اذا فقد وهو ابن تسعين على القول الاول فتأمل يظهر لك ما فيه المصلحة من هذه المذاهب — أنظر مادة (٥٧٨)

ومع كل ما تقدم فقد ورد ما يجب العمل به فى القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى المادة السابعة والثامنة منه ونص الاولى

واذا كان للمفقود وهو من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها الى القاضى وتبين الجهة التى يظن أنه سار اليها أو يمكن أن يكون موجوداً بها وعلى القاضى أن يبلغ الامر الى وزارة الحقانية

(مادة ٥٧٨) يحكم بوفاة المفقود اذا انقرضت أقرانه فى بلده فان تعذر التفحص عن الاقران وحكم القاضى بموته بعد مضى تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه

لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة فاذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الامر الى القاضى ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضى الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره

ونص الثانية « اذا جاء المفقود أولم يجئ وتبين أنه حى فزوجته له مالم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الاول فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى مالم يكن عقده فى عدة وفاة الاول »

ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتا بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد ويترتب على الاول ان ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته فلا شئ لمن مات قبله لان شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد تحقق موت المورث فاذا فقد شخص عن ثلاثة ابناء ومات احدهم عن اولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به والابنان واولاد الابن موجودون استحق الابنان كل التركة ولا شئ لاولاد الابن لان أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئا ويترتب على الثانى ان المال الذى وقف لاجله من المورث أو الموصى يرد الى ورثة مورثه أو ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى لاوقت الحكم بموت المفقود

فاذا توفى شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود اخذ الابنان الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر الى ظهور الحال فاذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذى توفى والده قبل الحكم بموت المفقود

النصف الآخر لان أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثا عنه ومثله فى هذا الحكم الوصية فاذا أوصى شخص لآخر بألفى جنيه مثلا ومات الموصى والموصى له مفقود وكان الثلث يفى بالموصى به وُقِف الى ظهور الحال فاذا مات أحد ورثة الموصى عن ورثة بعد موت الموصى وقبل الحكم بموت الموصى له وهو المفقود ثم حكم بموته استحقت ورثة المتوفى ما كان يستحقه هو لو كان موجودا — أنظر مادة (٥٧٩)

فان لم تظهر حياة المفقود اتبعنا الاحكام المتقدمة أما اذا ظهرت حياته فى وقت من الاوقات فاما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة واما أن يكون بعده فان كان الاول ورث ممن مات قبل ذلك من أقاربه واستحق ما كان موصى له به فيأخذ الموقوف لاجله وان كان الثانى فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له وأما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله لانهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضى فلا يكونون متعدين فينتفى عنهم الضمان — أنظر مادة (٥٨٠)

(مادة ٥٧٩) متى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ويرد القسط الموقوف له الى من يرث مورثه عند موته ويرد الموصى له به ان كانت له وصية الى ورثة الموصى وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة وتحل للازواج بعد انقضائها

(مادة ٥٨٠) اذا علمت حياة المفقود أو حضر حيا فى وقت من الاوقات فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه فان عاد حيا بعد الحكم بموته فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له ولا يطالب أحدا منهم بما ذهب

ومحل انتظار المفقود المدة المتقدمة قبل اذا لم يدع احد صاحب شأن أنه توفى أما اذا حصل ذلك بأن ادعت زوجته أو ورثته ذلك فالقاضى يسمع هـذه الدعوى ولـكن لما كان الحـكم لابد ان يكون على حاضر فالقاضى يجعل الوكيل الذى بيده مال المفقود خصما عنه فان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقام عليه الدعوى فيسمعها القاضى ويتحرى عن صدقها بقدر مافى وسعه فان ثبتت لديه بالطريق الشرعى حكم بما يقتضيه — أنظر مادة (٥٨١)

﴿ تم بحمد الله ﴾

(اللهم تمم عملى بخير وبما تحب وترضى)

(مادة ٥٨١) اذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذى بيده مال المفقود خصما عنه وان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوى موته

شرح
الأحكام الشرعية
في
الأحوال الشخصية

تأليف
محمد زيد الابياني

الجزء الثالث

منشورات
مكتبة النهضة
بيروت - بغداد

مكتبة
الأستاذ / ابراهيم على سند قمص
الفن ______
الرقم ______

الجزء الثاني

« في المواريث وفيه ابواب »

(الباب الاول)

« في ضوابط عمومية »

اعلم ان هذا العلم كما يسمى بعلم الميراث يسمى بعلم الفرائض ايضاً والفرائض جمع فريضة وهي مأخوذة من الفرض والفرض له معان في اللغة. منها التقدير كقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) اي قدرتم .ومنها ما يعطى من غير عوض تقول العرب ما اصبت منه فرضاً ولا قرضاً اي ما اخذت منه شيئاً بغير عوض ولا بعوض ومنها التبيين كقوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) اى بينها .ومنها الانزال كقوله تعالى (ان الذي فرض عليك القرآن لرادك الى معاد) اي انزله عليك ومنها الاحلال كقوله تعالى (ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له) اي احل الله له

وانما سمى العلم بقسمة المواريث بعلم الفرائض لان معاني الفرض المتقدمة موجودة فيه لما فيه من السهام المقدرة والاعطاء المجرد عن العوض وقد انزل الله تعالى فيه القرآن وبين لكل وارث نصيبه واحله له.والعالم بهذا العلم يقال له فارض وفرضي بفتح الفاء والراء

ولهذا العلم تعريف واركان واسباب وشروط وموانع وحقوق متعلقة بالتركة ومستحقون للتركة واليك بيانها

تعريف علم الميراث

علم الميراث هو علم باصول فقه وحساب تعرّف حق كل وارث من التركة ولا شك ان من تلك الاصول الموصوفة بما ذكر معرفة كون الوارث صاحب فرض كالام والجدة الصحيحة والزوج او عصبة كالابن والاخ الشقيق والعم لأب او صاحب رحم كبنت البنت وبنت الاخ الشقيق لانه لو لم يعرف كل منهم لأعطي غير المستحق ومنع المستحق وفي ذلك من الاضرار ما لايخفى .ويدخل في تلك الاصول ايضاً الاصول المتعلقة بالمنع من الميراث كالقتل واختلاف الدين بان يعرف ان القاتل لا يرث المقتول متى كان القتل بغير حق .والاصول المتعلقة بالحجب وهو منع شخص عن الميراث لوجود من هو اولى منه بان يعرف ان الابن يحجب الاخ الشقيق والاخ الشقيق يحجب الاخ لاب والاب يحجب الجد وهكذا الان الشخص اذا لم يعرف تلك الاصول وعرضت عليه مسألة فيها اشخاص يحجب بعضهم البعض الآخر فربما يعطي المحجوب ويمنع الحاجب او يعطي الكل وفي هذا من الاجحاف بالحقوق ما لا يخفي — وبالتأمل نجد ان هذه الاصول هي العمدة فى ذلك اذ بدونها لا تعرف الحقوق ولذا قالوا من لا مهارة له بها لا يحل له ان يقسم فريضة والحق فى التعريف يشمل الارث وغيره كالوصية والدين ومايجب بالصلح والاقرار

اركان للميراث

اركان الميراث ثلاثة اولها مورّث وهو من يستحق غيره ان يرث منه

وثانيها وارث للمورّث وهو من فيه قوة اخذ التركة او بعضها لقرابة او زوجية او ولاء وان لم يأخذ بالفعل لمانع كالحجب فاذا توفى شخص عن

ابن وابن ابن اخذ الابن كل التركة ولا شئ لابن الابن لانه محجوب بالابن مع ان فيه قوة الاخذ اذ لولا وجود الابن لاخذ التركة .أولعدم وجود ركن كالتركة فانه اذا توفى شخص وترك اقارب له ولكنه لم يترك شيئاً كانت الاقارب وارثة له لان فيهم قوة الاخذ وانما لم يأخذوا لعدم وجود شئ يرثونه وثالثها شئ موروث فاذا فقدت هذه الاركان فقد الارث وان وجدت وجد

اسباب الميراث

اسباب الميراث ثلاثة الاول الزواج الصحيح ولو بلا وطء ولا خلوة فاذا تزوج رجل امرأة بعقد صحيح ومات احدهما ولو قبل الدخول والخلوة بها ورثه الآخر فاذا كان الزواج فاسداً وهو ما فقد شرطاً من شروط الصحة او باطلا كزواج المتعة والزواج المؤقت فلا توارث به ولو كان بعد الدخول او الخلوة الصحيحة

الثاني النسب اى القرابة ويدخل تحته ثلاثة انواع — اولها ذووالفروض كالام والبنت والاخ لام — ثانيها العصبات كالاخ الشقيق وابنه والعم الشقيق والعم لاب ـ ثالثها ذوو الارحام كالاعمام لام والعمات مطلقاً والاخوال والخالات مطلقاً

الثالث الولاء سواء كان آتيا من جهة العتق او من جهة الموالاة والولاء بالفتح والمد اسم مصدر وهو في اللغة النصرة والمحبة وفي العرف قرابة حكمية حاصلة من عتق او موالاة ويدخل فيه الاقرار بولاء العتاقة فانه يورث به

شروط الميراث

شروط الميراث ثلاثة الاول موت المورث حقيقة او حكما أو تقديراً

فالموت الحقيقي ظاهر بأن يشاهد موته لنا والموت الحكمي بان يحكم القاضي بموته وهذا في المفقود فاذا فقد شخص ولم يعلم مكانه ولا حياته ولا وفاته ومضت المدة القانونية وهي تسعون سنة من وقت ولادته ولم يظهر له أثر حكم القاضي بموته وقسمت أمواله على ورثته وانما كان هذا موتاً حكمياً لانه لا يمكننا ان نحكم عليه بانه مات حقيقة اذ من الجائز ان يكون حياً يرزق وانما موته بحكم الحاكم فقط

والموت التقديري كالجنين الذي ينفصل بجناية على امه فاذا كانت امرأة حاملا وضربها شخص فالقت جنيناً ميتاً وجب على الضارب الغرة وهي في الشرع خمسمائة درهم سواء كان الجنين مذكراً أو مؤنثاً وهذه تكون من ضمن تركته وتورث عنه فموت الجنين تقديرى لان الضرب ربما كان قبل نفخ الروح فيه

الثانى من الشروط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث او الحاقه بالاحياء تقديراً فالحياة الحقيقية بان يشاهد الوارث حيا حياة مستقرة بعد موت المورث والحياة التقديرية كالحمل فانه اذا توفى شخص عن زوجة حامل مثلا اعتبر هذا الحمل من ضمن الورثة مع ان حياته ليست حقيقية اذ ربما يكون الموت قبل نفخ الروح فيه

الثالث من الشروط العلم بجهة ارث الشخص الوارث بأن يعلم انه وارث من جهة القرابة او من جهة الزوجية او من جهة الولاء لاختلاف الاحكام فى كل ذلك فلا بد من العلم بالجهة حتى يتأتى للقاضى الحكم ولهذا قالوا ان

هذا الشرط يختص بالقضاء — انظر مادة (٥٨٢)

(الحقوق المتعلقة بالتركة)

الاموال التى يتركها المتوفي لاتخلو حالها من احد امرين الاول ان يتعلق بها حق غيره حال حياته الثاني ان لا يتعلق بها ذلك الحق فالاموال الاولى لا تسمى تركة ولذا كان صاحب الحق المتعلق بها مقدما على غيره ولو كان تجهيز المتوفى وذلك كالشئ المرهون والمستأجر عند تعجيل الاجرة والمبيع المحبوس بالثمن والشئ الذى جعل مهراً

فاذا كان شخص مديناً لغيره ورهن عنده بيتاً مثلا بالدين ومات الراهن كان المرتهن احق بهذا البيت ومعنى ذلك ان المرتهن يستوفى دينه اوّلا قبل كل شئ من ثمن البيت لان حقه متعلق به حال حياة الراهن فان وفى ثمنه بدينه فقط فبها وان زاد الثمن عن الدين استوفى من الثمن اوّلا قدر دينه والباقي يكون تركة للراهن يُفعَل به ما سيأتي فى التركة وان نقص الثمن عن الدين اخذ كل الثمن ورجع بالباقى على التركة

فاذا فرض ان الدين كان خمسمائة جنيه وثمن البيت هو هذا المبلغ اخذ الكل وان زاد بان كان ستمائة مثلا أخذ دينه والمائة الباقية تكون تركة وان نقص بان كان ثمنه اربعمائة مثلا اخذ الكل ورجع بالمائة

(مادة ٥٨٢) شروط الميراث ثلاثة

(اولا) تحقق موت المورث او الحاقه بالموتي حكما

(ثانيا) تحقق حياة الوارث بعد موت المورث او الحاقه بالاحياء تقديرا

(ثالثا) العلم بالجهة التى بها الارث وبالدرجة التى يجتمع فيها الوارث والمورث

الباقية له على التركة

واذا آجر شخص لآخر بيتاً عشر سنين مثلا وقبض اجرة تلك المدة معجلا وبعد مضي سنة مثلا مات المؤجر فان المستأجر في هذه الحالة يكون أحق بالبيت المستأجر من غيره على حسب الطريقة المتقدمة في المرهون فله حبسه وعدم تسليمه للورثة حتى يستوفي مقابل ما بقي له من الاجرة التي عجلها لتعلق حقه بالبيت حال حياة المستأجر فيقدم على غيره

واذا اشترى شخص من آخر شيئاً ومات قبل استلامه ودفع الثمن قدم حق البائع على غيره من كافة الحقوق لتعلق حقه بالمبيع حال حياة المشترى فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن بالطريقة المتقدمة في الشيء المرهون

واذا تزوج رجل امراة وأمهرها فداناً من الارض مثلا ودخل بها ومات قبل ان تستلمه اخذته وليس لاحد حق فيه لانها ملكته حال حياته

والاموال الثانية وهي التي لم يتعلق بها حق للغير حال حياة المتوفي تسمى تركة وهي في اللغة ما يتركه الشخص ويبقيه مطلقاً وفي الاصطلاح ما يتركه الميت خالياً من تعلق حق الغير بعينه ويتعلق بها حقوق اربعة مرتبة اى مقدم بعضها على بعض

الاول التجهيز وهو فعل ما يحتاج اليه الميت من حين موته الى حين دفنه ويخرج من كل ماله بلا اسراف ولا تقتير فتعلق هذا الحق بالتركة بالتوسط على حسب ماعلم وعهد عن الشارع ويكون ذلك في الكفن من حيث العدد ومن حيث القيمة فاما التوسط فيه من حيث العدد فهو بان يكفن بكفن السنة وهو بالنسبة للرجل ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة وبالنسبة للمرأة خمسة

أثواب ازار وقميص ولفافة وخمار وخرقة يربط بها ثدياها واما التوسط فيه من حيث القيمة فهو بان يكون من اوسط ثيابه فان كان للرجل ثوب يلبسه في الاعياد وآخر يلبسه بين اقرانه وثالث يلبسه في منزله يكفن من نوع الثاني لانه المتوسط واما المرأة فمن نوع ماتلبسه لزيارة أبويها

والاسراف فيه فيه نوعان الاول من حيث العدد بان يزاد في كفن الرجل على ثلاثة اثواب وفي كفن المرأة على خمسة والثاني من حيث القيمة بان يكفن فيما قيمته مائة مثلا وقيمة ما يلبسه في حياته سبعون. ومحل ذلك اذا لم يوص قبل وفاته بان يكفن في شيء مخصوص فلو أوصى به تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث فان كانت تخرج منه نفذت وان لم تجزها الورثة وان كانت تزيد على الثلث فان اجازتها الورثة نفذت ايضاً وان لم تجز نفذ منها بقدر الثلث فقط

وكما يبدأ من تركة الميت بصرف كل ما يلزم له كذلك يبدأ منها بتجهيز من تلزمه نفقته اذا مات قبله ولو بلحظة كولده ووالديه وزوجته وان كان في الزوجة خلاف فابو يوسف يلزم الزوج بتجهيزها ولو كانت غنية ومحمد لا يلزمه ولو كانت معسرة والزوج موسراً والفتوى على قول أبي يوسف ومحل الخلاف اذا لم يقم بها مانع يمنع من الوجوب عليه حالة الموت كما اذا كانت ناشزة وقته

الحق الثاني من الحقوق المتعلقة بالتركة قضاء دينه الذي له مطالب من جهة الخلق فيخرج من ماله بعد التجهيز

والدين في العرف وجوب مال في الذمة بدلا عن شيء آخر فالزكاة ليست بدين لان الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء آخر

والدين الذي عليه اما ان يكون لشخص واحد واما ان يكون لمتعدد فان كان الاول ووفى مابقى به فبها وان لم يف فان شاء الدائن اسقط الباقى عنه وان شاء تركه لدار الجزاء

وان كان لمتعدد وكانت الديون متساوية في الحكم بان كانت كلها ديون صحة او كلها ديون مرض وكان في التركة وفاء بالكل اخذ كل دينه وان كانت التركة اقل من الديون أخذ كل منها بنسبة دينه فاذا فرضنا ان لشخص مائة جنيه ولآخر مائتين ولآخر ثلثمائة ومجموع التركة ستمائة او اكثر أخذ كل جميع دينه لانها وافية بالكل وان كانت التركة ثلثمائة جنيه قسمت التركة على الديون قسمة تناسبية فيأخذ كل منهم من التركة بنسبة دينه وحيث ان التركة نصف مجموع الديون فيأخذ كل نصف دينه فصاحب المائة يأخذ خمسين وصاحب المائتين يأخذ مائة والثالث يأخذ مائة وخمسين فالمجموع ثلثمائة وهو جميع التركة ولك ان تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فحاصل الضرب هو ما يستحقه والعمل هكذا .

٣٠٠ ÷ ٦٠٠ = ١/٢ و ١/٢ × ١٠٠ = ١٠٠/٢ = ٥٠ فهذا هو مايخص الدائن بمائة و ١/٢ × ٢٠٠ = ٢٠٠/٢ = ١٠٠ وهذا المبلغ هو مايخص الدائن بمائتين و ١/٢ × ٣٠٠ = ٣٠٠/٢ = ١٥٠ فيعطى هذا المبلغ للدائن بثلثمائة

ومرجع الطريقتين واحد فاتبع ماشئت

فان لم تتساو الديون في الحكم بان كان بعضها دين صحة والبعض الآخر دين مرض فان كانت التركة تفي بالكل اعطى كل دينه وان لم

تف بالكل قدم دين الصحة فان بقى شيء اعطى لاصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة

ودين الصحة هو ما ثبت بالبينة او بالاقرار في حال صحته او فى حال مرضه لكن علم ثبوته بطريق المعاينة كالذى وجب بدلا عن مال ملكه او استهلكه ولكن الاول دين صحة حقيقة والثاني دين صحة حكما أي انهما متساويان في الحكم

ودين المرض هو ما اقر به فى مرض موته ولم يعلم ثبوته بطريق المعاينة او اقر به عند خروجه للمبارزة او للقتل قصاصاً ولكن الاول دين مرض حقيقة والثاني دين مرض حكما فهما في الحكم سواء

فان كان الدين لله سبحانه وتعالى كدين زكاة وكفارة وفدية وغيرها من الواجب له تعالى فاما ان يوصى به قبل موته اولا فان لم يوص به سقط بالموت عندنا لانها عبادة والعبادة شرطها الاداء بالنفس فاذا مات فات الشرط الا ان يتبرع بها الورثة وان اوصى به قبل وفاته اعتبرت وصية فلا تنفذ الا من الثلث الا اذا اجازها الورثة فانها تنفذ من الكل

الحق الثالث من الحقوق المتعلقة بالتركة تنفيذ ما اوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل المال فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنيه ولكن صرف منها فى تجهيزه عشرون جنيهاً وكان عليه مائتان وثمانون جنيهاً ديناً واراد الموصي له ان يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين يمنع من ذلك ويعطى ثلث الباقي بعدهما ولو اوصى لشخص بمائة جنيه وكانت تركته ثلثمائة ولكن جهز بخمسة

عشر جنيهاً وكان عليه خمسة وثمانون جنيهاً ديناً فاراد الموصى له أخذ كل المائة لانها ثلث التركة وامتنعت الورثة من ذلك اعطى ثلث المائتين الباقيتين بعد التجهيز وقضاء الدين

ولو فاتته صلاة وأوصى بان يطعم عنه فعلى الورثة ان يطعموا عنه من ثلث ما بقي بعدهما لكل صلاة نصف صاع من بر وان فاته صوم رمضان بمرض او سفر وتمكن من قضائه بعد برئه او اقامته ولم يقض حتى مات وأوصى بالاطعام فعلى الورثة ان يطعموا لكل يوم نصف صاع من بر. ولو حج عنه الوارث بلا وصية يرجى من الله تعالى قبوله

واذا اجتمع دين الله تعالى الموصى به مع الوصية للعباد فاما ان يفي الثلث بالكل او لا يفي . فان كان الاول نفذ كل من الوصيتين وان كان الثاني قدمت الوصية للعباد اوّلا فان بقي شيء صرف الى الوصية بحقوق الله تعالى وان لم يبق شيء سقطت الوصية بحقوق الله تعالى فاذا اوصى لشخص بثمانين جنيهاً وبان يطعم عن صومه وصلاته وكانت تركته بعد التجهيز والتكفين ثلثمائة جنيه وكانت المائة التي هي ثلثها تفي بالكل نفذت الوصيتان

ولو فرض ان ما اوصى به حقاً لله تعالى يزيد على العشرين الباقية بعد الثمانين الموصى بها لشخص معين نفذت الوصية فى هذا المقدار فقط ولو كانت الثمانون ثلث تركته بعد التجهيز والتكفين بان كانت التركة مائتين واربعين جنيهاً اعطى الموصى به هذا المقدار ولا تجبر الورثة على تنفيذ الثانية لان الوصية للعباد قد استغرقت الثلث وانما قدم حق العباد على حق الله تعالى لان العبد محتاج والله هو الغنى

واعلم ان الوصية اما ان تكون مطلقة او مقيدة فان كان الاول فقد اتفقوا على انها مقدمة على الارث كأن يقول اوصيت لفلان بهذا البيت أو بمائتي جنيه فقبل ان تأخذ الورثة شيئاً يعطي الموصى به للموصى له ويقسم ما سواه على الورثة لكن بشرط ان يخرج من ثلث المال فان كان اكثر من الثلث اعطى قدر الثلث فقط الا اذا اجازت الورثة الوصية وهم من اهل التبرع

وان كان الثاني كأن يقول اوصيت لفلان بثلث مالي أو بربعه ففيه خلاف فمن نظر الى ان قسمة الميراث لا تكون الا بعد اخراج نصيب الموصى له قال انها مقدمة كالمطلقة ومن نظر الى انها شائعة في التركة تزداد بزيادتها وبالعكس قال لا تقديم فيها أصلا بل الموصى له شريك للورثة ولكن المعول عليه انها مقدمة على الارث مطلقاً اي سواء كانت مطلقة او مقيدة

فقد علمت من ذلك ان الوصية مقدمة على الارث ومؤخرة عن الدين وان كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الدين مثل قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين) فظاهر هذا انها مقدمة على الدين لذكرها قبله والجواب عن ذلك ان السر فى تقديمها عليه انها تشبه الميراث فى كونها ماخوذة بلا عوض فيشق اخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين فان نفوس الورثة مطمئنة الى ادائه لكونه فى مقابلة شيء ربما كان الشيء المقابل له

موجوداً في التركة ففي تقديم ذكرها بعث على ادائها معه وتنبيه على انها مثله في وجوب الاداء والمسارعة اليه ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي أو وروي عن سيدنا علي كرم الله وجهه انه قال رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية

الحق الرابع من الحقوق المتعلقة بالتركة الارث وهو اصطلاحاً حق قابل للتجزئ يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك

فحينئذ يقسم الباقي بعد الحقوق المتقدمة على الورثة الذين ثبت ارثهم بالكتاب او السنة او الاجماع فمن الذين ثبت ارثهم بالكتاب الزوجان كما في الآية المتقدمة (ولكم نصف ما ترك ازواجكم الخ) والذين ثبت ارثهم بالسنة الجدات لقوله عليه الصلاة والسلام «أطعموا الجدات السدس » ومن الذين ثبت ارثهم بالاجماع الجد فانهم أجمعوا على انه قائم مقام الاب عند عدمه وابن الابن فانهم أجمعوا ايضاً على انه قائم مقام الابن عند عدمه وبنت الابن فانها قائمة مقام البنت الصلبية عند عدمها بالاجماع

ومحل القسمة اذا تعددت الورثة فان كلا يأخذ حقه من التركة كما اذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وزوجة وأخ شقيق فالبنت تأخذ النصف وبنت الابن تأخذ السدس والزوجة تأخذ الثمن والاخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب فاذا كان الموجود من الورثة واحداً فقط فاما ان يكون غير الزوج و الزوجة او واحداً منهما فان كان غيرهما استحق الكل لانه ان كان عصبة كالابن او الاخ الشقيق او الاخ لاب أخذ الكل بطريق التعصيب وان كان صاحب فرض كالبنت والاخت والام أخذ بعض التركة

بطريق الفرض والبعض الآخر بطريق الرد وان كان احد الزوجين أخذ فرضه فقط لانه وان كان صاحب فرض مثل الاخت والام ولكن لا يرد عليهما ما بقي من التركة فلا يستحق الكل

وانما قدمت الحقوق المتعلقة بالمال حال الحياة على غيرها لتقديمها عليه حال حياة الشخص فكذا بعد وفاته لان حالة الوفاة معتبرة بحالة الحياة فكما ان المرتهن احق من الراهن بالرهن حال حياته يكون أحق به بعد وفاته خصوصاً وان هذا المال ليس بتركة للمتوفي كما عرفته مما تقدم . وانما رتبت الحقوق الاربعة المتعلقة بالتركة الترتيب المتقدم لما ستعرفه فقدم التجهيز على قضاء الديون لانه بعد وفاته كالنفقة عليه حال حياته اذ منه الكفن وهو كاللباس حال الحياة واذا أريد قضاء دين شخص حال حياته من أمواله تركت له نفقته ونفقة من تلزمه اولا وسدد دينه من الباقي فكذلك يقدم بعد الوفاة على قضاء الديون ما هو كالنفقة

وقدم قضاء الديون على تنفيذ الوصية لان الدين مستحق بعوض والوصية بغير عوض ولا شك ان الاول اقوى وربما كان العوض الذي في مقابلة هذا الدين موجوداً في التركة فقدم قضاؤه على الوصية

وقدمت الوصية بالثلث على الارث لاننا لو قدمنا الارث عليها لم يبق شيء للموصى له اذ الورثة يقتسمون التركة بينهم فتقديمها على الارث ضروري وحينئذ لم يبق للارث مرتبة الا الرابعة — انظر مادة (٥٨٣)

(مادة ٥٨٣) يتعلق بمال الميت حقوق اربعة مقدم بعضها على بعض
(اولا) يبدأ من التركة بما يحتاج اليه الميت من حين موته الى دفنه =

وبعد التجهيز وقضاء الدين وتنفيذ الوصية من الثلث اذا كانت لأجنبي ولم تجز الورثة يعطى الباقى للمستحقين الا انهم ليسوا فى مرتبة واحدة بل بعضهم اولى من البعض الآخر عند الاجتماع — وهم عشرة

الاول صاحب الفرض وهو من فرض له سهم فى القرآن العزيز أو السنة او الاجماع وقد عرفت كلا منهم مما تقدم

وأصحاب الفروض اثنا عشر اربعة من الذكور وهم الاب والجد الصحيح وان علا والاخ لأم والزوج وثمانية من الاناث وهن البنت وبنت الابن والام والجدة الصحيحة والاخت الشقيقة والاخت لأب والاخت لأم والزوجة

فالموجود منهم يأخذ فرضه اولا وما بقى أخذه العاصب النسبي فان لم يبق شيء من فروضهم فلا شيء له فاذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن وأم وأخ شقيق كان للبنت فى هذه المسألة النصف ولبنت الابن السدس وللام السدس ايضاً والباقي وهو السدس للاخ الشقيق واذا توفيت الزوجة عن زوج وأخت لاب وابن أخ شقيق كان للزوج فى هذه المسئلة النصف وللأخت لاب النصف ايضاً وحيث ان فرضهما استغرق التركة فلا شيء لابن

(ثانيا) قضاء ماوجب في الذمة من الديون من جميع مابقى من ماله

(ثالثا) تنفيذ ماأوصى به من ثلث مابقى بعد الدين

(رابعا) قسمة الباقى اذا تعددت الورثة الذين ثبت ارثهم بالكتاب او السنة او الاجماع والا فالكل لواحد منهم اذا انفرد غير الزوج والزوجة فانهما لايرثان كل التركة هذا اذا لم يتعلق بها حق الغير كالرهن او غيره من الحقوق المتعلقة بعين المال فى حال الحياة

الاخ الشقيق

الثانى من المستحقين للتركة العاصب بنفسه من النسب وهو من يأخذ ما بقى من التركة بعد اخذ اصحاب الفروض فروضهم اويأخذالكل عند عدم أصحاب الفروض فاذا توفى شخص وترك عاصباً بنفسه نسبياً فاما ان يكون معه اصحاب فروض اولا فان كان معه اصحاب فروض فاما ان تكون فروضهم غير مستغرقة للتركة او مستغرقة لها فان كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة اخذ الباقي وان كانت فروضهم مستغرقة للتركة فلا شئ له. وان لم يكن معه أصحاب فروض أخذ الكل فاذا توفي شخص ولم يترك الا ابناً او أخاً شقيقاً او ابن أخ لاب أخذ الموجود منهم الكل بطريق التعصيب

والعاصب بنفسه النسبي ينحصر فى اربع جهات البنوة والابوة والاخوة والعمومة فالبنوة تشمل الابن وابن الابن وان سفل والابوة تشمل الأب والجد الصحيح وان علا والاخوة تشمل الاخ الشقيق والاخ لاب وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لاب وان نزل كل منهما والعمومة تشمل العم الشقيق والعم لاب وابن العم الشقيق وابن العم لاب وان نزل كل منهما فهؤلاء هم العصبات النسبية

وليسوا فى الاستحقاق سواء بل هم مرتبون بالترتيب الذى سيلق عليك فيقدم اولا بالجهة وثانياً بالدرجة وثالثاً بالقوة فان اتفقوا فيها استووا في الاستحقاق فجهة البنوة وان نزلت مقدمة على جهة الابوة وهذه مقدمة على جهة الاخوة وهـذه مقدمة على جهة العمومة فان وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن قدم الابن لانه اقرب درجة وان وجد

شخصان متحدان في الجهة والدرجة قدم الاقوى كأخ شقيق وأخ لأب فيحجب الاول الثاني فان استووا في الكل استووا في الاستحقاق كابنين او أخوين شقيقين اولاب وسيظهر ذلك بما لا مزيد عليه في الارث بالتعصيب

وانما قدمت أصحاب الفروض على العصبات النسبية لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته الفرائض فلأولى رجل ذكر » ولان اصحاب الفروض انما قدرت لهم تلك السهام بلا تعرض لغيرهم ليأخذوها من التركة ابتداء فان بقي شيء يأخذه غيرهم

ولان في تقديم العاصب النسبي حرمان اصحاب الفروض اذ ليس له شيء مقدر بل يأخذ الكل بطريق العصوبة فلو بدأنا به لم يبق شي لاصحاب الفروض

ومحل تقديم اصحاب الفروض على العاصب النسبي اذا لم يكن صاحب الفرض محجوباً به والا فلا يأخذ شيئاً فاذا توفى شخص عن بنت وأم وأخ لاب أخذت البنت فرضها وهو النصف وأخذت الام السدس والباقي للاخ للاب فكل من البنت والام اخذ فرضه لانهما ليستا محجوبتين بالاخ اما اذا توفى شخص عن اخت شقيقة وابن او عن اخت لاب وجد فالابن يأخذ كل المال في الصورة الاولى ولا شيء للأخت الشقيقة معه لانها محجوبة به وان كانت صاحبة فرض والجد يأخذ كل المال في الصورة الثانية ولا شيء للاخت للاب معه لانها محجوبة به وان كانت صاحبة فرض ولا يمكنك أن تقف على هذا الموضوع تمام الوقوف الا بعد معرفة الحجب

الثالث من المستحقين للتركة العصبة السببية وهو مولى العتاقة وهو من كان سبباً لثبوت قوة حكمية للرقيق يرفع بها عن نفسه يد الاستيلاء والتملك ويصير بها اهلا للولاية والشهادة والمالكية فعند عدم العصبة النسبية يعطى للعصبة السببية وانما كان العاصب السابق عاصباً نسبياً وهذا عاصب سببي لان عصوبة الابن والاب مثلا آتية من جهة النسب وعصوبة المعتق آتية من جهة السبب وهو المعتق والعاصب النسبي بنفسه لا يكون الا مذكراً بخلاف العاصب السببي فانه عبارة عن الشخص المعتِق سواء كان مذكراً او مؤنثاً

والولاية ثابتة للمعتق على عتيقه سواء كان العتق اختيارياً او اضطرارياً فالاختيارى أن يعتق عليه بلفظ اعتاق او فرعه كتدبير واستيلاد او بشرائه ذا رحم محرم منه والاضطراريّ بان يرث ذا رحم محرم منه فيعتق عليه فان الارث اضطرارى وحيث انه دخل فى ملكه به عتق عليه لقوله عليه الصلاة والسلام «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له»

فاذا توفى شخص وترك اصحاب فروض وعاصباً نسبياً وعاصباً سببياً أخذ اصحاب الفروض فروضهم وان بقي شيء من التركة أخذه العاصب النسبي ولا شيء للعاصب السببي لانه متأخر عنه فاذا لم يكن هناك عاصب نسبيّ أخذ العاصب السببي ما ابقته اصحاب الفرائض وكذا اذا توفى شخص ولم يترك اصحاب فروض ولا عاصباً نسبياً وترك عاصباً سببياً اخذ كل التركة

الرابع من المستحقين للتركة عصبة العاصب السببي بانفسهم ولا يكونون الا من الذكور وهم منحصرون في اربع جهات الاولى بنوة المعتق وتشمل

ابنه وابن ابنه وان سفل .الثانية ابوته وتشمل أب المعتق وجده الصحيح وان علا . الثالثة اخوة المعتق وتشمل الاخ الشقيق والاخ لاب وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لاب وان نزل كل منهما. الرابعة عمومة المعتق وتشمل عمه الشقيق وعمه لابيه وابن عمه الشقيق وابن عمه لابيه وان نزل كل منهما — وترتيبهم في الاستحقاق يكون كترتيبهم فى الجهات المتقدمة فبنوة المعتق مقدمة على ابوته وابوته مقدمة على اخوته واخوته مقدمة على عمومته ويسمى هـذا التقديم تقديماً بالجهة وقس التقديم بالدرجة وبالقوة على ماتقدم لك فى ارث العصبات النسبية

فاذا توفى شخص وترك اصحاب فروض وعاصباً نسبياً وعاصباً سببياً وعصبة العاصب السببي اخـذ اصحاب الفروض فروضهم أولا وان بقي شئ أخـذه العاصب النسبي ولا شئ للعاصب السببي لانه مؤخر عن العاصب النسبي ولا لعصبته لانها مؤخرة عنه فاذا لم يستحق هو فمن باب أولى من هو مؤخر عنه فاذا لم يترك الا اصحاب فروض وعصبة العاصب السببي اخذ أصحاب الفروض فروضهم والعصبة تأخذ الباقي فاذا توفى الزوج عن زوجته وبنته وابن معتقه مثلا اخذت الزوجة فرضها وهو الثمن فى هذه الحالة والبنت النصف والباقى يأخذه ابن المعتق

وانما قدم العاصب النسبي على السببي لانه اقوى منه اذ عصوبته آتية من جهة النسب فهي اقوى مما هى آتية من جهة السبب وقدم العاصب السببي على عصبته لانها ما انتسبت الى المعتق بفتح التاء الا بالمعتق بكسرها فهو الواسطة والقاعدة ان كل من ادلى بواسطة حجبته تلك الواسطة الا اولاد الام

فانهم ينتسبون بها ومع ذلك لا تحجبهم وستعرف كل ذلك معرفة تامة فى الحجب ان شاء الله تعالى فاذا عدم المعتق وعصبته وكان للمعتق معتق استحق كل المال أوما ابقته اصحاب الفرائض فان لم يوجد فعصبته بانفسهم على الترتيب الذي عرفته فى عصبة المعتق

الخامس ذوو الرد فيرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم فالرد عليهم لا يكون الا عند عدم العصبات سواء كانت نسبية أو سببية اذ لو وجد عاصب مطلقاً اخذ ما ابقته اصحاب الفرائض ولا يتأتى أيضاً الا اذا كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة لان الفروض لو استغرقتها لم يبق شئ حتى يردَّ عليهم فاذا توفيت الزوجة عن زوج وام واخ لام اخذ الزوج النصف والام الثلث والاخ لام السدس وهذه الفروض مستغرقة للتركة فلا رد حينئذ واذا توفى شخص عن أم واخ لام أخذت الام الثلث والاخ لام السدس وهذان الفرضان عبارة عن النصف فلم تستغرق الفروض التركة فيرد النصف الباقي عليهما بقدر استحقاقهما وحيث ان الام تستحق مثلي ما يستحق الاخ لام فيرد الباقى عليهما أثلاثاً فتأخذ الام ثلثي النصف وهو عبارة عن الثلث ويأخذ الاخ لام ثلث النصف وهو عبارة عن السدس وحينئذ تجعل المسئلة من ثلاثة للام اثنان منها فرضاً ورداً وللاخ لام واحد فرضاً ورداً أيضاً فالام اخذت الثلث بالفرض ومثله بالرد والاخ لام اخذ السدس فرضاً ومثله رداً

ثم انه لا يردُّ على كل اصحاب الفروض بل بعضهم وذلك انهم ينقسمون قسمين اصحاب فروض نسبية واصحاب فروض سببيه فاصحاب الفروض النسبية

الاب والجد الصحيح والاخ لام والبنت وبنت الابن والام والجدة والاخت الشقيقة والاخت لاب والاخت لام . واصحاب الفروض السببية الزوجان

فالقسم الاول يردُّ عليه ما بقي من التركة بعد الفروض ان لم يكن فيهم عصبة فان كان وهما الاب والجد أخذ كل منهما الباقي بطريق التعصيب لا الرد . والثاني لا يرد عليه فليس له في التركة الا فرضه وان لم يوجد عاصب . وانما سمي الاول صاحب فرض نسبي والثاني صاحب فرض سببي لان كل افراد القسم الاول استحقوا الفروض من جهة النسب اي القرابة بخلاف الزوجين فانهما استحقا الفرض بجهة السبب وهو الزوجية وانما رد على اصحاب الفروض النسبية لا السببية لان قرابة افراد القسم الاول باقية بعد الموت بخلاف السبب الذي هو الزوجية فانه انقطع بالموت

السادس من المستحقين للتركة ذوو الارحام وهم الذين لهم قرابة للميت وليسوا بعصبة ولا ذوي فرض وحيث قد عرفت مما تقدم اصحاب الفروض والعصبات تعرف ان كل من كان قريباً للميت وليس واحداً منهما فهو من ذوي الارحام كابن البنت وبنت البنت وابي الام وابن الاخت وستعرف جميعهم عند كيفية توريثهم ان شاء الله تعالى فاذا توفي شخص ولم يترك اصحاب فروض نسبية ولا عصبة وكان له ذوو ارحام اخذوا تركته وكذلك اذا ترك صاحب فرض سببي كما اذا ماتت الزوجة عن زوجها وابن بنتها أخذ الزوج فرضه وهو النصف والباقي لابن البنت لان الزوج من اصحاب الفروض السببية فلا يرد عليه شيء بعد اخذ فرضه بخلاف ما اذا كان الموجود من الوارثين صاحب فرض نسبي فانه يأخذ فرضه ويرد عليه الباقي وبخلاف

ما اذا ترك عاصباً سواء كان نسبياً او سببياً مع ذي الرحم فانه لا يأخذ شيئاً لان العاصب يستحق الكل بطريق التعصيب وهو مقدم على ذوى الارحام

السابع من المستحقين للتركة مولى الموالاة وهو الذى قبل موالاة الميت حين قال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فالشخص الموالى بكسر اللام يقال له الادنى والموالى بفتحها يقال له الأعلى ويشترط فى الادنى ستة شروط

الاول ان يكون حراً لانه لو كان رقيقاً فليس له ان يوالي غير سيده اذ هو وكسبه ملك له فليس له ان يوالى غيره — الثاني ان يكون غير عربي لانه لو كان عربياً كان معروف النسب ومتى كان معروف النسب فليس له ان يوالي غير آبائه — الثالث ان لا يكون معتقاً اذ لو كان أصله رقيقاً وأعتق كان ولآؤه لمن أعتقه ولعصبته فليس له ان يعطي هذا الولآء الى غيرهم — الرابع ان لا يكون له وارث نسبي بأن لم يكن له ابن او أخ او بنت مثلا اذ لو كان له وارث فليس له ان يورّث غيره مع وجوده — الخامس ان لا يكون بيت المال عقل عنه فان حصل ذلك كما اذا جنى جناية ولا مال عنده فدفع بيت المال مالزمه من تلك الجناية صار وليه فليس له ان يخرج نفسه من ولايته ويولى غيره — السادس ان لا يكون عقل عنه مولى موالاة آخر فان حصل ذلك بأن والى شخص غيره وجنى جناية فدفع الموالى بفتح اللام ما لزم الموالي بكسر اللام من تلك الجناية فليس له ان يخرج نفسه من موالاة الاول الى موالاة غيره لان حقه تأكد بالعقل

فمتى حصل عقد بالكيفية المتقدمة وتوفرت الشروط في الموالي بكسر

اللام ثبتت الولاية عليه للموالى بفتحها وصار وارثاً له عند عدم من ذكر قبله من المستحقين

واذا فرض ان الموالى بفتح اللام توفرت فيه الشروط المتقدمة ووالى الآخر صح وصار كل منهما ولياً للآخر يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى فعقد الموالاة كما يصح من جانب واحد يصح من الجانبين متى توفرت الشروط في كل منهما

واستحقاقه ثبت بقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) وقد كان التوارث بالموالاة في ابتداء قدومه عليه الصلاة والسلام المدينة مع وجود ذوي الارحام ثم نسخ بآية (وأولوا الارحام بعضهم أولي ببعض) فأخر التوارث به عنهم ولم يهمل لحديث «المسلمون عند شروطهم فيما احل» وتقوم عصبة مولى الموالاة مقامه عند عدمه وترتيبها كترتيب عصبة المعتق

فاذا توفى شخص وترك صاحب فرض نسبي او عصبة او ذا رحم فلا يأخذ مولى الموالاة شيئاً لان صاحب الفرض النسبي يأخذ كل التركة فرضاً ورداً والعاصب يستحق الكل بطريق العصوبة وذو الرحم يستحق الكل واما اذا ترك صاحب فرض سببي ومولى موالاة أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي يأخذه مولى الموالاة وكذا اذا مات شخص ولم يترك صاحب فرض اصلا ولا عاصبا مطلقاً ولا ذا رحم وترك مولى موالاة او عصبته اخذ هو او عصبته كل التركة

الثامن من المستحقين للتركة المقر له بالنسب ولكن لا بد فيه من قيود أربعة — الاول ان يكون مجهول النسب اذ لو كان معروفه لم يصح

هـذا الاقرار أصلا — الثاني ان يكون محمولا على غيره كأن يقول المقر هذا ابن ابي أي اخى أو هذا ابن ابنى أو عمى مثلا فان هذا الاقرار يتضمن حمل النسب على الغير وهو الاب في المثال الاول والابن في المثال الثاني والجـد في المثال الثالث وهو غـير صحيح فى حق ذلك الغير ويصح فى حق نفسه فتلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث

فاذا لم يكن النسب محمولا على غيره بل على نفسه كما اذا قال هـذا ابني واشتمل على شرائط صحته بان كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله صح الاقرار واندرج فى الورثة النسبية المتقدمين

الثالث عدم ثبوت نسب المقر له من ذلك الغير بأن لم يصدقه ابوه في هذا النسب او لم يصـدقه الورثة أو لم يشهد معه رجل آخر اذ لو صدقه الاب او الورثة وكانوا من اهل الاقرار او شهد معه على النسب رجل آخر يكون كباقى الورثة المتقدمين

الرابع ان يموت المقر على اقراره فلو رجع عنه اوانكره ثم مات لا يرث المقر له من المقر لان هذا الاقرار وصية معنى فصح رجوعه عنه ولا ينتقل الارث الى فرع المقر له ولا الى اصله فاذا توفى شخص ولم يترك الاالمقر له بالنسب على الغير أخذ كل التركة وكذلك اذا ترك احد الزوجين معه فان احد الزوجين يأخذ فرضه والمقر له بالنسب المذكور يأخذ الباقى لان أحد الزوجين لا يرد عليه بخلاف ما اذا ترك صاحب فرض غير احـد الزوجين فانه يأخذ الكل فرضاً ورداً وبخلاف ما اذا ترك عاصباً مطلقاً فانه يأخذ الـكل بطريق العصوبة وكذا اذا ترك احـداً من ذوى الارحام فانه

يأخذ الكل ايضاً ومثله ما اذا ترك مولى الموالاة او احداً من عصبته فانه يأخذ كل المال ولا شيء للمقر له لان الكل مقدمون عليه في الاستحقاق

التاسع من المستحقين للتركة الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية ان كانت بالثلث لاجنبي فانها تنفذ وان لم ترض الورثة وتكون مقدمة على الارث واما الوصية المتأخرة الى الدرجة التاسعة فهي بالزائد على الثلث سواء كان الكل أولا فلا يستحق الموصى له الزائد على الثلث سواء كان الكل أولا الا اذا لم يوجد احد ممن تقدم او وجد ولكن لا يستحق كل التركة كأحد الزوجين فانه لا يستحق الا فرضه وحينئذ فليس له الحق في المعارضة

العاشر من المستحقين للتركة بيت المال وهو مكان يوضع فيه المال تحت يد أمين ليصرف في مصارفه الشرعية اي اذا لم يوجد واحد من المذكورين توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فصارت لجميع المسلمين فتوضع تحت يد الامين ليصرفها في مصارفها الشرعية وليس ذلك بطريق الارث بناء على ان الكل اخوة (انما المؤمنون اخوة) بدليل ان الذمي اذا لم يكن له وارث يوضع ماله في بيت المال مع انه لا ميراث للمسلم من غيره ويشهد له ايضاً أنه يسوّى بين المذكر والمؤنث من المسلمين في العطية من ذلك المال ولا تسوية بينهما في المواريث — ويشهد له ايضاً انه يعطى من ذلك المال من ولد بعد موت صاحبه وللولد مع والده ولو كان ارثاً لما صح كل ذلك

وعند الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه ان بيت المال ان كان منتظماً يقدم على الرد وذوي الارحام وان لم ينتظم رد على ذوى الفروض النسبية

بنسبة فروضهم فان لم يوجدا يصرف لذوى الارحام ولا ميراث عنده أصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير — انظر مادة (٥٨٤)

(مادة ٥٨٤) المستحقون للتركة عشرة اصناف مقدم بعضها على بعض كالترتيب الآتي

(الأول) صاحب الفرض وهو من فرض له سهم فى القرآن العزيز أو السنة اوالاجماع

(الثاني) العصبة من النسب وهو من يأخذ مابقى من التركة بعد الفرض او الكل عند عدم صاحب الفرض

(الثالث) العصبة السببية وهو مولي العتاقة وهي عصوبة سببها نعمة المعتق

(الرابع) عصبته بانفسهم على الترتيب والمعتق لايرث من معتقه

(الخامس) الرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم

(السادس) ذووالارحام عند عدم الرد على ذوي الفروض وذوو الرحم هم الذين لهم قرابة للميت وليسوا بعصبة ولا ذوى سهم

(السابع) مولى الموالاة وهو كل شخص والاه آخر بشرط كون الادني حرا غير عربي ولا معتقا لعربي ولا له وارث نسبي ولا عقل عنه ببيت المال او مولى موالاة آخر وكونه مجهول النسب بان قال انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر وهو حر مكلف قبلت فيصح هذا العقد ويصير القابل وارثا واذا كان الآخر ايضاً مجهول النسب الي آخر شروط الادنى وقال للاول مثل ذلك وقبله ورث كل منهما صاحبه وعقل عنه فمن مات وترك مولي الموالاة واحد الزوجين فالباقى من التركة بعد نصيب احد الزوجين له

(الثامن) المقر له بالنسب وهو من اقر له شخص انه اخوه أو عمه بحيث لم يثبت باقراره نسبه من ابي المقر وان يصر المقر على ذلك الاقرار الي حين موته فان لم يكن للمقر وارث معروف غير احد الزوجين ومات وترك المقر له بالنسب المذكور فما بقي من التركة بعد نصيب احد الزوجين فهو له

(التاسع) الموصي له بجميع المال وهو من اوصى له شخص لاوارث له غير احد الزوجين اولا وارث له اصلا فله باقي التركة بعد نصيب الزوج او الزوجة اوكلها

(العاشر) بيت المال يوضع فيه المال الذى لامستحق له ممن ذكر بطريق الحفظ ويصرف فى مصارفه

الباب الثاني

﴿ في الموانع من الارث ﴾

اعلم ان الموانع جمع مانع وهو في عرف الفرضيين ما تفوت به اهلية الارث بعد قيام سببه فما يفوت به الارث دون اهليته ليس بمانع بل هو حاجب والممنوع عن الميراث لفوات الاهلية يسمى محروماً والممنوع من الارث لوجود من هو مقدم عليه يسمى محجوباً والفرق بينهما ان المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة أصلا بخلاف المحجوب فانه يؤثر على غيره — مثلا الزوج يستحق النصف عند عدم وجود الفرع الوارث والرابع عند وجوده فاذا فرض ان امرأة توفيت عن زوجها وابنها الرقيق استحق الزوج النصف وان كان ابنها موجوداً لانه قام به مانع من موانع الارث وهو الرق فهو محروم فلا يؤثر على الزوج في استحقاقه النصف والاخوة لأم يستحقون الثلث في بعض الاحوال ويحجبون بالاب حجب حرمان والأم تستحق الثلث اذا لم يكن معها فرع وارث او اثنان من الاخوة والاخوات فان وجد معها واحد من المذكورين استحقت السدس فاذا فرض ان شخصاً توفى وترك أمه وأباه واخوته لامه فالام تأخذ السدس لوجود الاخوة لام وان كانوا محجوبين بالاب

والموانع المذكورة اربعة

الاول الرق وهو في اللغة الضعف يقال رق الثوب اذا ضعف وفي الاصطلاح عجز حكمي قائم بالانسان بمعنى ان الرقيق عاجز لا يقدر على ما يقدر عليه الحر من الشهادة والولاية والملك ـ والرق يمنع التوارث مطلقاً اي

سواء كان كاملا كالقن والمكاتب او ناقصاً كالمدبر وأم الولد فالقن هو المملوك الذي لم يثبت له نوع من انواع الحرية اصلا والمكاتب هو الذي كاتبه سيده على مبلغ معلوم بأن قال له كاتبتك على عشرين جنيهاً مصرية مثلا ان أديتها لي تصير حراً فكل من هذين كامل الرق أما القن فظاهر وأما المكاتب فلقوله عليه الصلاة والسلام « المكاتب رقيق ما بقي عليه درهم » — والمدبر هو المملوك الذى قال له سيده أنت حر بعد موتي . وأم الولد هى الامة التى أتت بولد من السيد فادعاه بان قال هذا الولد ابنى فانه يثبت نسبه منه وتصير الامة أم ولد فهذان رقهما ناقص لانهما اكتسبا شيأ من الحرية ولذا لا يجوز للسيد بيعها ويعتقان بموت السيد

وانما كان الرق مانعاً من الارث لانه ينافي أهلية الملك اذ الرقيق لا يملك المال بسائر أسباب الملك فلا يملكه أيضاً بالارث ولان جميع مافى يده من المال لمولاه فلو ورثناه من أقاربه لدفع المال الذي أخذه لسيده فيكون توريثاً للاجنبي بلاسبب وهو باطل اجماعاً

ويستثنى من ذلك المكاتب الذي مات عن وفاء فانه يعتق فى آخر حياته ويؤدى بدل كتابته من المال الذي تركه وما بقى فهو ميراث لورثته الموجودين وقت الموت سواء كانوا موجودين وقت الكتابة اولا — انظر مادة (٥٨٥)

(مادة ٥٨٥) موانع الارث اربعة

(الاول) الرق وافرا كان كالقن والمكاتب او ناقصاً كالمدبر وام الولد لان الرق ينافى اهلية الارث لانها باهلية الملك رقبة

الثاني من موانع الارث القتل ولكن ليس كل قتل ما نما منه وذلك ان القتل الذى تتعلق به احكام مخصوصة على خمسة انواع ـ الاول العمد الثانى شبه العمد الثالث الخطأ الرابع ما جرى مجرى الخطأ الخامس القتل بتسبب

فالذي يمنع الارث من هذه الانواع هو القتل الذي يتعلق به حكم القصاص او الكفارة وهو الاربعة الاول فان الاول فيه القصاص والثلاثة التى بعده فيها الكفارة وان كانت فيها الدية ايضاً ـ فالعمد هو ان يتعمد شخص ضرب آخر بشئ لا تطيقه البنية غالباً سواء كان هذا الشيء مفرّقاً للاجزاء كالسلاح والممدد من الخشب والحجر او غير مفرّق لها كحجر ثقيل وابرة فى مقتل وهذا هو المعول عليه . وفي هذا النوع الاثم والقصاص ولا كفارة فيه لأنه كبيرة محضة بدليل قوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما) وقوله عليه الصلاة والسلام « اكبر الكبائر الاشراك بالله تعالى وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور » وفى الكفارة معنى العبادة بدليل ان للصوم والاعتاق فيها مدخلا فلا يناط بها

وانما اشترط في العمد ان يكون بآلة لا تطيقها البنية فى الغالب لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليل ودليله استعمال القاتل آلة القتل فاقيم الدليل مقام المدلول لان الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية ولهذا لم يقبل قول القاتل لم اقصد قتله لان استعمال آلته المتقدمة دليل عليه فلا يلتفت الى قوله

وشبه العمد هو ان يتعمد شخص ضرب آخر بما تطيقه البنية غالباً

كضربه بكفه او بعصا معتادة اوحجر خفيف على القول الظاهر ـ وموجب هـذا الاثم لتعمد الضارب والكفارة والدية المغلظة على العاقلة لا القصاص لانه لم يتعمد قتله — والكفارة هي عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ولا دخل للاطعام فى هذه الكفارة لان النص لم يرد به والمقادير توقيفية ـ والدية المغلظة مائة من الابل خمس وعشرون من التى طعنت في السنة الثانية ومثلها من التى دخلت في السنة الثالثة ومثلها من التي طعنت في الرابعة ومثلها من التى دخلت في الخامسة —وتسمى الاولى بنت مخاض والثانية بنت لبون والثالثة حقة والرابعة جذعة هذا اذا قضى بها من الابل فان قضى بها من النقود تكون الف دينار من الذهب او عشرة آلاف درهم من الفضة

والخطأ ينقسم الى قسمين لانه اما ان يكون خطأ فى الظن او خطأ فى الفعل فالاول كأن يرى شبحاً من بعد فيظنه صيداً فيرميه فاذا هو انسان والثاني كأن يرمي غرضاً او صيداً فيصيب آدمياً

وما جرى مجرى الخطأ كانقلاب نائم على شخص أو سقوطه عليه من سطح فيقتله

وموجب كل منهما الكفارة والدية المخففة على العاقلة والاثم وان كان أخف من اثم القتل العمد وشبهه والدية المخففة لا تظهر الا اذا كانت من الابل فانها تكون اخماساً عشرون من الذكور التي مضى عليها سنة ودخلت فى الثانية ومثلها من الاناث ومثلها من التي مضى عليه سنتان ودخلت في الثالثة ومثلها من التى دخلت في الرابعة ومثلها من التي طعنت في الخامسة

فان كانت من النقود فكما تقدم في المغلظة وهذا رأي بعضهم ويرى بعضهم ان المغلظة لا تكون الا من الابل ارباعاً واما المخففة فانها تكون من الابل اخماساً او من الدنانير او الدراهم وهـذا هو الظاهر اذ به تظهر فائدة التغليظ والتخفيف

والقتل بتسبب كما اذا حفر شخص بئراً او وضع حجراً في غير ملكه فوقع مورثه في البئر او عثر في الحجر فوقع فمات وموجب هذا النوع الدية المخففة على العاقلة لا الكفارة ولا اثم القتل بل عليه اثم الحفر والوضع في غير ملكه وهذا النوع لا يحرم من الارث كما عرفته مما تقدم

والقتل العمد لا يمنع من الارث الا اذا كان بغير حق فان كان بحق كما اذا قتل مورثه قصاصاً او حداً بان قتل الزوج امرأته او ذات رحم من محارمه الاناث لاجل الزنا فانه يرث منها عندنا لكن لابد من تحقق الزنا أما بمجرد التهمة فلا يرث او دفعاً عن نفسه كما اذا اراد مورثه قتله ولا يمكن دفعه عن نفسه الا بقتله فقتله فانه يرثه

ومثله ما اذا كان القاتل صبياً او مجنوناً فانه يرث المقتول ايضاً وكذا لو اكره شخص على قتل مورثه بوعيد قتل ففعل يرث ايضاً

ولكن يقال كيف تستثنى هذه الصور مع ان مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام « القاتل لا يرث» انه يحرم مطلقاً كما ذهب اليه الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه والجواب عن ذلك انه انما اخرج القاتل بحق لان الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فاذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا منع من الارث

وانما اخرج القاتل بسبب لانه ليس بقاتل حقيقة الا ترى انه لو فعل ذلك في ملكه لم يؤخذ بشيء والقاتل يؤخذ بفعله سواء كان في ملكه او في ملك غيره واذا لم يكن قاتلا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو حرمان الميراث والكفارة واما وجوب الدية على العاقلة فلصيانة دم المقتول عن الهدر بخلاف المخطئ فانه مباشر للقتل المحظور فتترتب عليه الكفارة والحرمان من الارث

وانما اخرج الصبي والمجنون لان الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعاً اذ لا يتصور توجيه خطاب الشارع اليهما بخلاف المخطئ فانه اهل لذلك — وايضاً الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ويتصور نسبة التقصير الى المخطئ وماجرى مجراه دونهما

وأما المقتول فقد يرث القاتل ويتصور ذلك مثلا فيما اذا ضرب احد الاخوين اخاه ضربة تؤدي الى موته وقبل موت المضروب مات الضارب بسبب من الاسباب — انظر مادة (٥٨٦)

الثالث من موانع الارث اختلاف الدين فلا يرث المسلم من غير المسلم

(مادة ٥٨٦) (الثاني) القتل الذي يتعلق به حكم القصاص او الكفارة وهو اما عمد وفيه الاثم والقصاص او شبه عمد وفيه الكفارة والاثم والدية المغلظة لاالقود او خطأ كأن رمى صيدا فاصاب انسانا وفيه الكفارة والدية ففي هذه الاحوال لايرث القاتل المقتول اذا لم يكن القتل بحق اما اذا قتل مورثه قصاصا او حدا او دفعا عن نفسه فلا حرمان من الارث. وكذا لو كان القتل تسببا بلا مباشرة او كان القاتل صبيا او مجنونا لعدم تعلق حكم القصاص او الكفارة بذلك

ولا غير المسلم من المسلم فاذا كان اخوان احدهما مسلم والآخر غير مسلم ومات احدهما فلا يرثه الآخر وكذا لو تزوج مسلم بغير مسلمة وكانت كتابية ومات احدهما فلا يرثه الآخر لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يتوارث اهل ملتين شتى» وهذا هو المذهب المنصور وان كان بعضهم يقول يرث المسلم من غير المسلم ولا عكس مستدلا بقوله عليه الصلاة والسلام « الاسلام يعلو ولا يعلى عليه » ومن العلو ان يرث المسلم من غير المسلم بلا عكس والجواب عن ذلك ان المذكور فى هذا الحديث نفس الاسلام فيكون معناه انه ان ثبت الاسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر فانه يثبت ويعلو كالمولود بين مسلم وكتابية فانه يحكم باسلام الولد او المراد العلو بحسب الحجة — والمعول عليه ان غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة — وقال بعضهم يجري التوارث بين اليهود والنصارى لا بينهما وبين المجوس لانهما اتفقا على التوحيد والاقرار بنبوة موسى عليه السلام وانزال التوراة فهما على ملة واحدة بخلاف المجوس حيث ينكرون التوحيد ويثبتون التعدد ولا يعترفون بنبي ولا بكتاب منزل فهم اهل ملة أخرى — وذهب بعض الفقهاء الى انه لا توارث بين اليهود والنصارى أيضاً لاختلاف اعتقادهم في عيسى عليه الصلاة والسلام والانجيل بخلاف اهل الاهواء لانهم يعترفون بالانبياء والكتب ولكنهم يختلفون فى تأويل الكتاب والسنة وذلك لا يوجب اختلاف الملة

واما الشخص المرتد وهو الراجع عن دين الاسلام عاقلا طائعاً سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فلا يرث من المسلم ولا من غيره ولو مرتداً ولكن

ليس ذلك لاختلاف الدين لانه لا دين له لان ما انتقل اليه لا يقر عليه والمعتبر في الارث الملة

ويرثه غيره سواء كان الشخص المرتد مذكراً أو مؤنثاً وسواء كان المال الذي تركه اكتسبه حال اسلامه او حال ردته وهذا قول الصاحبين

وقال الامام ان كان الشخص المرتد مؤنثاً أخذ وارثها جميع ما تركته سواء اكتسبته حال اسلامها او حال ردتها وان كان مذكراً أخذ وارثه ماله الذى اكتسبه حال اسلامه وأما ما اكتسبه حال ردته فيكون فيئاً لبيت مال المسلمين

ووجه قولهما ان الجميع لورثته أن المرتد لا يقر على ما اعتقده بل يجبر على العود الى الاسلام فيعتبر حكم الاسلام فى حقه لا فيما ينتفع به هو بل فيما ينتفع به وارثه

وانما فرق ابو حنيفة بين المذكر والمؤنث لان الانثى لا تقتل بل تحبس وتعزر وتستتاب حتى ترجع الى الاسلام فيعتبر الاسلام مستصحباً فى حقها بخلاف المذكر فانه اذا لم يرجع الى الاسلام بعد استتابته مدة ثلاثة ايام يقتل فردته موجبة الى قتله فلا يمكننا استصحاب الاسلام فى حقه حال ردته فلا يستحق وارثه المال الذى اكتسبه وقتها ويأخذ ماله الذى اكتسبه حال اسلامه لان الارث منه مسند الى وقت الاسلام

وقال الامام الشافعى لا يرث المرتد احداً ولا يرثه احد بل يوضع ماله فى بيت مال المسلمين — انظر مادة(٥٨٧)

(مادة ٥٨٧) (الثالث) اختلاف الدين فلا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من

الرابع من موانع الارث اختلاف الدارين وهذا المانع خاص بغير المسلمين لان دار الاسلام دار أحكام فلا تختلف الدار فيما بين المسلمين لان حكم الاسلام يجمعهم اذ هو لا يتغير فى وقت من الاوقات

فلا توارث بين المستأمن والذمى وان كان سبب الارث كالقرابة موجوداً ولا توارث بين الحربيين ولا المستأمنين اذا اختلفت دارهما بان يكون احدهما فرنساوياً والآخر انكليزياً مثلا

ولا توارث ايضاً بين الحربى والذمى لاختلاف الدار ويوقف مال المستأمن فى دار الاسلام لورثته الذين فى دار الحرب اذا اتحدت دارهما فاذا دخل المانى مثلا دارنا بامان فهو مستأمن فاذا هلك فى ديارنا وكانت له ورثة فى داره أعطى ماله اليهم بخلاف ما اذا اختلفت دارهما كما اذا كانت أقاربه فى فرنسا وتجنس بالجنسية الفرنساوية فانهم لا يعطون شيئاً من ماله لاختلاف الدار

ثم ان اختلاف الدار اما ان يكون حقيقة وحكما او حكما فقط او حقيقة فقط فالاول كالحربي والذمى وكالحربيين من دارين مختلفين لأن الدارين مختلفتان حقيقة وأحكامهما متباينة — والثانى كالذمي والمستأمن فى دارنا لان الدار وان كانت واحدة حقيقة الا انها مختلفة حكما لان المستأمن من اهل دار الحرب حكما لتمكنه من الرجوع اليها — والثالث كمستأمن فى دارنا وحربى فى دارهم فان الدار وان اختلفت حقيقة لكن المستأمن من اهل دار

الكافر بخلاف المرتد فانه يرثه قريبه المسلم اى يرث ماله الذي اكتسبه المرتد في حال اسلامه واما ما اكتسبه فى حال ردته فيوضع في بيت المال هذا فى حق المرتد الذكر واما المرأة المرتدة فيرث قريبها المسلم ما اكتسبته في حال اسلامها وفي حال ردتها

الحرب حكما كما علمت فهما متحدان فى الحكم ولذا يدفع مال المستأمن لوارثه الحربي عند اتحاد الدار لبقاء حكم الامان فى ماله لحقه وايصال ماله لورثته من حقه فيلزمنا القيام به كسائر حقوقه ومما تقدم يعلم أن المانع من الارث هو اختلاف الدارين حكماً سواء كان حقيقة ايضا اولا دون الاختلاف حقيقة فقط

وقال الامام الشافعى رضى الله عنه اختلاف الدارين ليس مانعاً من الارث اصلا

ووجه مذهب أبى حنيفة ان الوراثة تبتنى على النصرة والولاية فاذا اختلفت الدار باختلاف المنعة اى العسكر واختلاف الملك كأن يكون احد الملكين فى الهند وله منعة والآخر فى الروسيا مثلا وله منعة ايضا وانقطعت العصمة فيما بينهم حتى استحل كل منهم قتال الآخر انتفت النصرة والولاية فتنتفى الوراثة المبنية عليهما

ولذا لو كان بين ملكين تناصر وتعاون على اعدائهما بان تحالفا ثبتت الوراثة لوجود التناصر والتعاون والتعاضد — انظر مادة (٥٨٨)

وبقى من موانع الارث اثنان — الاول جهالة تاريخ الموت كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى فاذا انهدم بيت مثلا على من فيه وكان فيه من يرث بعضهم بعضاً فلا توارث بينهم بل نعتبرهم كأنهم أجانب من بعضهم ومال كل واحد منهم يكون لورثته الاحياء

(مادة ٥٨٨) (الرابع) اختلاف الدارين في حق المستأمن والذمي فى دار الاسلام وفي حق الحربيين والمستأمنين من دارين مختلفتين وفي حق الحربى والذمى ويوقف مال المستأمن فى دار الاسلام الى ورثته الذين في دار الحرب اذا اتحدت دارهما

الثانى جهالة الوارث بأن التبس بغيره وذلك فى مسائل منها امرأة أرضعت صبيا مع ولدها وماتت ولم يعلم أيهما ولدها فلا يرثها واحد منهما ـ ومنها ان يترك شخص ولده في مكان ثم يندم يرجع ليأخذه فاذا فيه ولدان ولم يعرف ولده منهما ومات قبل الظهور فلا يرثه واحد منهما ويوضع ماله فى بيت المال ونفقتهما على بيت المال وكذا لا يرث احدهما الآخر ـ ومنها مسلم وغير مسلم استأجرا لولديهما مرضعة واحدة فكبرا ولم يعلم ولد المسلم من ولد النصراني فالولدان مسلمان ولا يرثان من أبويهما الا ان يصطلحا فلهما الميراث

﴿ الباب الثالث ﴾

(فى اصحاب الفروض و بيان فروضهم)

اعلم أن الارث المجمع عليه نوعان الاول ارث بالفرض والثاني ارث بالتعصيب والفروض المقدرة في كتاب الله تعالى لاصحاب الفروض ستة لا سابع لها وهى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس واصول مسائل الميراث سبعة ولكن لا يمكن استخراجها الا بعد معرفة مآخذ هذه الفروض الستة والنسب بين الاعداد والقاعدة عند كل نسبة وجدت فاصغ لما يلقى عليك حتى تعرف في نهايته كيف استخرجت هذه الاصول

مآخذ تلك الفروض

لما كانت هذه الفروض كلها كسوراً كانت مآخذها مآخذ الكسور والمآخذ جمع مأخذ وهو اقل عدد يمكن ان يؤخذ منه كل فرض بانفراده ويكون عدداً صحيحاً ومأخذ كل فرض سميه اى العدد المشارك له في المادة

الا النصف فانه من اثنين فمأخذ النصف اثنان والربع أربعة والثمن ثمانية وكل من الثلثين والثلث ثلاثة والسدس ستة لان عدد اربعة مشارك للربع في مادته وهو اقل عدد يمكن اخذ الربع منه عدداً صحيحاً وقس الباقي على ذلك

وان شئت فقل مأخذ كل فرض من هـذه الفروض مقام الكسر عندما يوضع على هيئة كسر اعتيادي وعلى هذا لا استثناء اصلا لان النصف الذي هو مستثنى من الاول اذا وضعته كسراً اعتيادياً كان مقامه اثنين وهما مأخذه وهكذا الثلثان والثلث وغيرهما

والفروض المذكورة نوعان ـ الاول النصف والربع والثمن ـ والثاني الثلثان والثلث والسدس وان شئت فقل النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما وهذه الطريقة تسمى بطريقة التدلى اي البداءة بالاكبر والانتهاء بالاصغر وهناك طريقة أخرى تسمى بطريقة التعلى بمعنى انك تبتدئ بالاصغر وتنتهى بالاكبر فتقول الثمن والربع والنصف والسدس والثلث والثلثان أو تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه وأخصر من هـذا كله قولك الربع والثلث ونصف كل وضعفه

والسبب الذى دعا الفرضيين الى جعل الفروض الستة نوعين ان اقلها مقدارا هو الثمن الذي مأخذه الثمانية والربع والنصف يؤخذان منها بلا كسر فجعلوا الثلاثة نوعاً واحداً واقل فرض بعده السدس الذى مأخذه الستة والثلث والثلثان يؤخذان منها بلا كسر فجعلوا الثلاثة الاخرى نوعاً آخر وغاية ما يجتمع من الفروض فى مسئلة وان كان بعضها من جنس واحد

خمسة كما لو توفى شخص عن ام واخت شقيقة وزوجة واخت لاب واخت لام فللام السدس وللشقيقة النصف وللزوجة الربع وللاخت لاب السدس وللاخت لام السدس واصل المسألة من اثني عشر وتعول الى خمسة عشر

(النسب بين الاعداد)

كل عددين يفرضان لابد ان تكون بينهما نسبة من اربع وهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين

فتماثل العددين كون احدهما مساوياً للآخر كثلاثة وثلاثة ويسميان بالمتماثلين ولا بد ههنا من اعتبار العددين فى محلين اذ مطلق الثلاثة مجرداً عن المحل لا تعدد فيه فلا تتصف بالمساواة فاذا وجد عددان متماثلان عند الفرضيين أخذوا واحداً منهما وكان هو أصل المسئلة

وتداخل العددين المغاير كل منهما للآخر ان يعد أصغرهما الاكبر اى يفنيه فلا يبقى من الاكبر شئ اذا ألقى الاصغر منه مرتين فأكثر كأربع واثنى عشر فانك اذا ألقيت الاربعة من الاثنى عشر ثلاث مرات لم يبق منها شئ فهذان العددان يسميان بالمتداخلين ولك ان تقول فى معرفة التداخل ان يقبل العدد الاكبر القسمة على الاصغر بدون باق وهو معنى الاول وان اختلف التعبير وحينئذ يكون من أمارات انتفاء التداخل ان يكون الاصغر زوجاً والاكبر فرداً واذا وجد عددان متداخلان عند الفرضيين اخذوا الاكبر ويكون أصل المسئلة

وتوافق العددين ان لا يعد الاقل الاكثر ولكن يفنيهما عدد ثالث غير الواحد فان كان هذا العدد اثنين يقال انهما متوافقان بالنصف كما فى

العشرة والاربعة وان يكن العدد ثلاثة فهما متوافقان بالثلث كما في التسعة والاثنى عشر وان كان العدد اربعة فهما متوافقان بالربع كالثمانية مع العشرين فان الاربعة تعدهما فهما متوافقان فى كسر وهو الربع اذهى مأخذ للجزء الذى وقعت فيه الموافقة والمعتبر في هذه الصناعة اذا تعدد العادّ أن يؤخذ اكبر عدد يعدهما ليكون جزء الوفق اقل فيسهل الحساب فلا يلتفت الي ان الاثنين تعدهما ايضاً فيتوافقان بالنصف وان شئت فقل يعرف توافق العددين بان يوجد بينهما قاسم مشترك فان وحدت عدة قواسم اعتبر القاسم المشترك الاعظم لهذين العددين فان وجد عددان متوافقان عند الفرضيين ضربوا وفق احدهما في كامل الآخر وحاصل الضرب يكون اصلا للمسئلة

ويعرف تباين العدد بان لا يفنى العددين المختلفين عدد ثالث الا الواحد كالست والسبع وعلى هذا القياس وان شئت فقل يعرف تباين العددين بكون العددين اوّلين معاً فان وجد عددان متباينان عندهم ضربوا العددين فى بعضهما وحاصل الضرب يكون أصلا للمسئلة

(أصول المسائل)

كل مسئلة ترد عليك فى علم الفرائض لابد ان يكون أصلها واحداً من سبعة وهى اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون فلا تخرج مسئلة عن هذه الاصول فى اول الامر وان كان بعض هذه الاصول وهو الستة والاثنا عشر والاربعة والعشرون تزيد عن أصلها وستعرف ذلك ان شاء الله تعالى فى باب العَوْل والذى دعانا الى ضرورة معرفة مآخذ الفروض والنسبة بين العددين هو معرفة هذه الاصول اذ لا تتيسر الا بهما اذ

هذه الاصول السبعة آتية من مآخذ الفروض المتقدمة مع ملاحظة النسب بين الاعداد ـ وبيان ذلك أنه اذا وجد معك فى المسئلة صاحب فرض واحد يكون أصل المسئلة من مأخذ ذلك الفرض فاذا توفى شخص عن بنت وأخ شقيق كان أصل المسئلة من اثنين لانه مأخذ النصف الذى هو فرض البنت والباقى للاخ الشقيق لانه عاصب وعلى هذا القياس وان كانت الفروض متعددة فاما ان تكون من نوع واحد او من نوعين فان كانت من نوع واحد فمأخذ الاقل هو المعتبر فاذا اجتمع فى المسئلة السدس والثلث والثلثان كأم وأختين لأم وأختين لأبوين يكون أصل المسألة ستة لان الام لها السدس والاختين لأم الثلث والاختين لأبوين الثلثان وقد عرفت ان مأخذ السدس ستة ومأخذ كل من الثلث والثلثين ثلاثة وبين ثلاثة التي هى مأخذ الثلث وثلاثة التى هى مأخذ الثلثين تماثل فنكتفى بواحد منهما وبين ثلاثة وستة التى هى مأخذ السدس تداخل فنكتفى بالاكبر وهو ستة فيكون أصل المسألة

واذا اجتمع فى المسئلة الثمن مع النصف كزوجة وبنت يكون أصلها من ثمانية لان مأخذ النصف الذى هو اثنان داخل فى الثمانية التى هي مأخذ الثمن فنكتفى بالاكبر ويكون أصل المسئلة

واذا اجتمع الربع والنصف كزوج وبنت كان أصل المسئلة من اربعة لان مأخذ النصف الذى هو فرض البنت اثنان وهو داخل فى الاربعة التى هى مأخذ الربع نصيب الزوج فيكون أصل المسئلة من اربعة

وان كانت الفروض الموجودة فى المسئلة من النوعين لاحظنا النسبة بين الاعداد التى هى مآخذ الفروض الموجودة وجرينا على ما تقدم لنستخرج

أصل المسئلة الموجودة معنا فاذا اختلط النصف الذى هو من النوع الاول بكل النوع الثانى أو ببعضه تكون المسئلة من ستة فالاول كزوج وشقيقتين وأختين لام وأم فللزوج النصف وللشقيقتين الثلثان وللاختين لأم الثلث وللام السدس والثانى كزوج مع واحد من هؤلاء فقط او مع اثنين منهم وهذا الاصل وهو ستة قد أخذ بطريق الانفراد لانه مأخذ السدس

وان اختلط الربع بكل النوع الثانى أو ببعضه تكون المسئلة من اثنى عشر فالاول كزوجة وشقيقتين وأختين لأم وأم فقرض الزوجة الربع ومأخذه من أربعة وفرض الشقيقتين الثلثان ومأخذهما من ثلاثة وفرض الاختين لأم الثلث ومأخذه من ثلاثة أيضاً وفرض الام السدس ومأخذه من ستة فالاعداد الموجودة معنا هي ٣ و٣ و ٤ و ٦ وبين الاولين تماثل فنكتفى بواحد منهما وبينه وبين ستة تداخل فنكتفى بالاكبر وهو ستة وبين ستة وأربعة توافق بالانصاف لان اثنين تعدهما فنضرب وفق احدهما وهو نصفه الذى هو خارج قسمته على القاسم المشترك بينهما فى كامل الآخر وحاصل الضرب يكون أصلا للمسئلة فاذا ضربت ٣ فى ٤ او ٢ فى ٦ يكون الحاصل اثنى عشر فهو أصل المسئلة — والثاني كزوج مع واحد من هؤلاء فقط اومع اثنين منهم واذا اختلط الثمن من النوع الثاني ببعض النوع الاول فالمسئلة من اربعة وعشرين كزوجة وبنتين وام فالاعداد التى معنا ثمانية التى هى مأخذ نصيب الزوجة وثلاثة التى هي مأخذ نصيب البنتين لان لهما الثلثين وستة التي هي مأخذ نصيب الام وبين ثلاثة وستة تداخل فنكتفي بالاكبر وهو ستة وبينها وبين ثمانية توافق بالانصاف لان الاثنين يعد كلا منهما فنأخذ وفق احدهما وهو نصفه ونضربه

في كامل الآخر وحاصل الضرب هو اصل المسئلة بأن نضرب ٣ فى ٨ أو ٤ في ٦ يساوى ٢٤ وهو اصل المسئلة

فعلم لك مما تقدم ان خمسة أصول مأخوذة من المآخذ بطريق الانفراد وهي اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية وان كان بعضها مأخوذاً بطريق الاجتماع أيضاً وان اثنين منها مأخوذان بطريق الاختلاط وهما اثنا عشر واربعة وعشرون فعند ما ترد عليك مسئلة من المسائل انظر فى الفروض الموجودة فيها واتبع الطريقة المتقدمة واستخرج اصلها وأعط كل ذي حق حقه منه

وهناك طريقة اسهل من هذه بكثير وهي ان نفرض كل مسئلة من اربعة وعشرين وتعطي كل وارث ما يستحقه منها ولذا كانت هى المتبعة الآن فى التقسيم واصحاب الفروض المتقدمة اثنا عشر أربعة من الرجال وثمانية من الاناث فالاربعة هم الاب والجد الصحيح وان علا والاخ لام والزوج والثمانية هن البنت وبنت الابن والام والجدة الصحيحة والاخت الشقيقة والاخت لاب والاخت لام والزوجة

وبعض هؤلاء يكون عاصباً بنفسه مع كونه صاحب فرض أيضاً وهما اثنان الاب والجد — أنظر مادة (٥٨٩)

(مادة ٥٨٩) الارث المجمع عليه نوعان ارث بالفرض وارث بالتعصيب والفروض المقدرة فى القرآن العزيز ستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس واصحابها اثنا عشر اربعة من الذكور وهم الاب والجد الصحيح وهو ابو الاب وان علا والاخ لام والزوج . ومن النساء ثمانية هن الزوجة والبنت والاخت لابوين وبنت الابن وان سفلت والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة

فقد عرفت ان الفروض المقدرة ستة ومستحقيها اثنا عشر ولكنك لم تعرف من يستحق منهم النصف ومن يستحق الثمن ومن يستحق الثلث الخ مع انه لابد لك من معرفة ذلك فاليك البيان

(من يستحق النصف)

يستحق النصف من اصحاب الفروض المتقدمة خمسة ـ الاول الزوج لكن بشرط ان لا يكون للزوجة فرع وارث وهو الابن وابن الابن وان سفل والبنت وبنت الابن وان سفل ايضاً ولا فرق بين ان يكون الفرع الوارث للزوجة من الزوج أو من غيره ولو كان ابن زنا لقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) فيستحق كل زوج النصف مما تركته امرأته اذا لم يكن لها فرع وارث لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن بالنص او بالاجماع فاذا توفيت الزوجة عن زوجها ولم تترك فرعاً وارثاً استحق الزوج النصف ولو وجد معه من الورثة عدد كثير . والزوج لا يحجب حجب حرمان اصلا

الثاني البنت الصلبية وهي التي ليس بينها وبين المتوفى واسطة بشرط ان تكون منفردة وان لا يكون معها ابن للمتوفي فان وجد معها مثلها استحقا الثلثين وان وجد معها ابن ورثت معه بالتعصيب أي للمذكر ضعف ما للمؤنث لقوله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) وقوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين)

الثالث بنت الابن بشرط ان تكون واحدة ومنفردة عن الصلبية

وان لا يكون معها معصب فان وجدت مع مثلها استحقتا الثلثين وان وجدت مع الصلبية استحقت السدس فقط وان وجد معها معصب ورثت بالتعصيب أى للذكر ضعف ما للانثى وهي لا يدخل عليها حجب الحرمان

الرابع الاخت لابوين أى الشقيقة بشرط كونها واحدة ومنفردة عن البنت وبنت الابن والاخ الشقيق فان كانت اختان شقيقتان اخذتا الثلثين وان وجدت مع البنت او بنت الابن أو معهما ورثت بالتعصيب مع الغير أى بعد اخذ ذوي الفروض فروضهم تأخذ هي الباقي وان وجد معها اخ شقيق او اكثر ورثت معه للذكر مثل حظ الانثيين ولكن محل ذلك اذا لم يكن معها حاجب لها وهو كل من الفرع والاصل الوارث المذكر

الخامس الاخت لاب اذا كانت واحدة ومنفردة عن البنت الصلبية وبنت الابن والاخ لاب فان وجدت مع مثلها أو البنت الصلبية أو بنت الابن أو الاخ لاب يقال ما قيل في الاخت الشقيقة اذا لم يكن معها من يحجبها فان وجد فلا تأخذ شيئاً وهو ما تقدم في الاخت الشقيقة ويزاد عليه الاخ الشقيق والاخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع الغير والاختان الشقيقتان اذا لم يكن معهما معصب — انظر مادة (٥٩٠)

(مادة ٥٩٠) النصف هو فرض خمسة من الورثة للزوج اذا لم يكن للميت ولد او ولد ابن وان سفل والولد يتناول الذكر والانثى. ولبنت الصلب اذا كانت واحدة. ولبنت الابن اذا كانت واحدة ومنفردة عن الصلبية. وللاخت لابوين اذا كانت واحدة ومنفردة عن البنت وبنت الابن وللاخت لاب اذا كانت واحدة ومنفردة عنهن بشرط عدم وجود المعصب على ما يأتي

(من يستحق الربع)

يستحق الربع اثنان الاول الزوج اذا كان للزوجة فرع وارث وقد عرفته مما تقدم لقوله تعالى في الآية المتقدمة « فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن »

الثانى الزوجة او الزوجات اذا لم يكن للزوج فرع وارث سواء كان منها أو من غيرها

فاذا توفى الزوج عن زوجته ولم يترك فرعاً وارثاً سواء كان منها او من غيرها استحقت الربع ولو ترك من الورثة غيرها ما ترك لقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) انظر مادة (٥٩١)

(من يستحق الثمن)

يستحق الثمن صنف واحد من الورثة وهو الزوجة او الزوجات اذا كان للزوج فرع وارث وهو الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وان نزل أبوها سواء كان من الزوجة أو من غيرها لقوله تعالى فى الآية المتقدمة « فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم » انظر مادة (٥٩٢)

(مادة ٥٩١) الربع هو فرض اثنين من الورثة للزوج اذا كان للميت ولد أوولد ابن وان سفل . وللزوجة اذا لم يكن للميت ولد أوولد ابن وان سفل

(مادة ٥٩٢) الثمن هو فرض صنف من الورثة وهو الزوجة أو الزوجات اذا كان للميت ولد أوولد ابن وان سفل سواء كان منها او من غيرها

(من يستحق الثلثين)

يستحق الثلثين بطريق الفرض اربعة من الورثة الاول بنتا الصلب فأكثر أما استحقاق البنتين للثلثين فلما روى عن جابر انه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيداً وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا فقال النبي عليه الصلاة والسلام « يقضي الله في ذلك » فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الى عمهما فقال اعط ابنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقى فهو لك

وأما استحقاق الاكثر من اثنتين للثلثين فلقوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فعرفنا ان حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولك ان تقول ان حكم المثنى مأخوذ من الآية أيضاً لان الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في المواريث فيكون المثنى مراداً بالآية وهو الظاهر ألا ترى ان الواقعة كانت لاثنتين فاعطاهما رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الثلثين بحكم الآية وعلى هذا تكون لفظة فوق في الآية صلة كما في قوله تعالى (فاضربوا فوق الاعناق) اى اضربوا الاعناق وهذا هو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ عامة الامصار ويشترط ان لا يكون معهما ابن فان وجد كان للذكر ضعف ما للانثى ولا يدخل حجب الحرمان عليهما

الثاني بنتا الابن فاكثر اذا كانتا منفردتين عن الصلبية فان وجدت معهما استحقتا السدس تكملة للثلثين ويشترط ايضاً ان لا يكون معهما معصب والا كان الارث للذكر مثل حظ الانثيين وكذا يشترط ان لا يكون معهما

حاجب وهو الابن أو البنتان اذا لم يكن مع بنتى الابن معصب

الثالث الاختان الشقيقتان اذا كانتا منفردتين عن بنات الصلب وبنات الابن أوواحدة منهن وعن الاخ الشقيق فان وجدتا معهما أو مع واحدة منهما اخذتا الباقي بطريق العصبة مع الغير ـ وان وجد معهما الاخ الشقيق كان الارث بالتعصيب للمذكر ضعف ما للانثى . ويشترط عدم وجود الحاجب كما تقدم فى الاخت الواحدة

الرابع الاختان لاب فاكثر اذا كانتا منفردتين عن بنات الصلب وبنات الابن أو واحدة منهن وعن الاخ لاب فاذا وجدتا مع واحد ممن ذكر يقال ما قيل فى الاختين الشقيقتين ويشترط أيضاً ان لا يكون معهما اخت شقيقة فان وجدت اخذتا السدس تكملة للثلثين وكذا يشترط ان لا يكون معهما حاجب كما تقدم فى الاخت الواحدة — أنظر مادة (٥٩٣)

(من يستحق الثلث)

يستحق الثلث اثنان من الورثة الاول الام ولكن لا تستحقه الا بشرطين الاول عدم الفرع الوارث وهو الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وان نزل أبوها الثانى عدم اثنين من الاخوة أو الاخوات سواء كانت الاخوة او الاخوات لأبوين أو لأب او لأم او مختلطين لقوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) وقوله تعالى (فان

(مادة ٥٩٣) الثلثان هما فرض اربعة من الورثة وهن بنتا الصلب وبنتا الابن فصاعدا اذا كانتا منفردتين عن الصلبية . وللاختين لابوين اذا كانتا منفردتين عن بنات الصلب وبنات الابن أو واحدة منهن . وللاختين لأب اذا كانتا منفردتين عنهن بشرط عدم المعصب الذكر فى الجميع

كان له اخوة فلأمه السدس) واسم الولد في الآية الاولى يتناول الولد وولد الابن سواء كان مذكراً او مؤنثاً ولفظ الجمع في الاخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث الى السدس من جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله تعالى عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه لم يحجب الام عن الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فان الاخوة جمع وأقل الجمع ثلاثة

والثلث الذى تستحقه الام تارة يكون ثلث كل التركة وتارة يكون ثلث الباقى بعد فرض بعض أصحاب الفروض فيكون ثلث كل التركة متى لم يكن في المسئلة فرع وارث او اثنان من الاخوة او الاخوات او منهما . ويكون ثلث الباقى فى مسئلتين الاولى اذا توفيت المرأة عن زوج وأم وأب ففى هذه المسئلة تأخذ الام ثلث الباقى بعد نصيب الزوج فيأخذ الزوج النصف لعدم الفرع الوارث والام تأخذ ثلث الباقى وهو فى الحقيقة سدس والاب له الباقى بطريق التعصيب ـ الثانية اذا توفى الرجل عن زوجة وأم وأب فالام تأخذ ثلث الباقى بعد فرض الزوجة فللزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث وللام ثلث الباقى وهو فى الحقيقة ربع وللأب الباقى بطريق التعصيب فأى مسئلة توجد وفيها اصحاب فروض تعطى لهم فروضهم بنسبة كل التركة الا فى هاتين المسئلتين فان الام تأخذ فيهما الثلث بنسبة الباقي بعد فرض أحد الزوجين

وهذا هو القول المعول عليه وابن عباس رضى الله عنهما لا يرى ثلث الباقى بل ثلث الكل والباقى للاب لان الله تعالى نص على فرضين للام

الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس وكذا قال عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته فلأولى رجل ذكر » . والام صاحبة فرض والاب عصبة فى هذه الحالة . والجواب عنه ان الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث) أى ثلث ما يرثانه والذى يرثانه مع احد الزوجين هو الباقى من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريباً من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه ما اراني الله تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد رضى الله تعالى عنه لا افضل الانثى على الذكر ولذا اعطاها بعضهم ثلث الباقى فى مسئلة الزوج لا فى مسئلة الزوجة لانها هي التى يلزم فيها التفضيل

ومحل عدم تفضيل الانثى على المذكر اذا كان هناك استواء فى القرابة والقرب واما عند الاختلاف فلا يمتنع هذا التفضيل ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع ولا يبالى بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه

الثاني ممن يستحق الثلث اثنان فاكثر من ولد الام سواء كانوا ذكوراً أو اناثا او منهما لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) والمراد بهم اولاد الام لان اولاد الاب والام أوالاب مذكورون فى آية النصف كما عرفته ولهذا قرأها بعضهم وله اخ او اخت لام

واعلم أنه متى اجتمعت اخوة وكانوا ذكوراً واناثا اخذ المذكر ضعف

الانثى الا اولاد الام فانهم يستوون في القسمة فلا يفضل مذكرهم على مؤنثهم لان الشركة المذكورة في الآية تقتضي المساواة ولان قرابة غيرهم من الذكور آتية من جهة العاصب بخلاف اولاد الام فان قرابتهم آتية من جهة الام وهي ليست بعصبة

وكما تستوى اولاد الام في القسمة يستوون في الاستحقاق ايضاً لان الواحد منهم سواء كان مذكراً او مؤنثاً يستحق السدس بخلاف غيرهم من الاخوة والاخوات فان الاخت الشقيقة مثلا صاحبة فرض ولكن اخوها عصبة — انظر مادة (٥٩٤)

(من يستحق السدس)

يستحق السدس سبعة من الورثة الاول الاب بشرط وجود الفرع الوارث — الثاني الجد الصحيح وهو أبو الاب بشرط وجود الفرع الوارث وعدم الاب — الثالث الام بشرط ان يكون للمتوفى فرع وارث او اثنان من الاخوة أو الاخوات او منهما — الرابع الجدة الصحيحة او الجدات بشرط عدم وجود من يحجبها — الخامس ولد الام المنفرد سواء كان مذكراً او مؤنثاً بشرط عدم من يحجبه وهو الفرع الوارث مطلقاً والاصل الوارث المذكر — السادس بنت الابن اذا وجدت معها بنت صلبية — السابع الاخت لأب اذا

(مادة ٥٩٤) الثلث هو فرض اثنين من الورثة فرض الام سواء كان الثلث ثلث الكل اذا لم يكن للميت ولد اوولد ابن او اثنان من الاخوة او الاخوات ذكورا او اناثا او منهما أو ثلث الباقي بعد فرض احد الزوجين في زوج وابوين او زوجة وابوين — ولاثنين فصاعدا من ولد الام ذكورا او اناثا او منهما

كانت معها أخت شقيقة لكل واحد من هؤلاء السبعة يستحق السدس لكن بشروط اكثر مما ذكر فى هذه المادة وستأتيك مفصلة ان شاء الله تعالى فى أحوال أصحاب الفروض — انظر مادة (٥٩٥)

وقد وضعنا لك جدولا تعرف منه أصحاب الفروض المتقدمة بطريقة سهلة بقطع النظر عن حجبهم عن الميراث حجب حرمان لان ذلك له موضوع خاص به وهو الحجب ولهذا ترى ان هذا الجدول غير كاف لاستخراج أى مسألة مشتملة على أصحاب فروض وعصبات تريد البحث عليها بل المتكفل بما ذكر هو الجدول الآتى فى هذا الكتاب قبل توريث ذوى الارحام

(مادة ٥٩٥) السدس هو فرض سبعة من الورثة وهم الاب والجد ابو الاب وان علا اذا كان للميت ولد أو ولد ابن وان سفل — وللام اذا كان للميت ولد أوولد ابن وان سفل او ترك اثنين من الاخوة أو الاخوات فصاعدا او منهما — وللجدة واحدة كانت او اكثر — ولولد الام اذا كان واحدا — ولبنت الابن اذا كان معها بنت صلبية — وللاخت لاب اذا كان معها اخت لابوين

جدول اصحاب الفروض

النصف فرض (٥)	زوج مع عدم الفرع الوارث	بنت صلبية اذا انفردت عمن يساويها او عمن يعصبها	بنت ابن كذلك ومع عدم البنت	اخت شقيقة كذلك ومع عدم البنت وبنت الابن	اخت لاب كسابقتها ومع عدم الاخت الشقيقة		
الربع فرض (٢)	زوج مع وجود الفرع الوارث	زوجة اوزوجات مع عدم الفرع الوارث					
الثمن فرض (١)	زوجة او زوجات مع وجود الفرع الوارث	اعلم ان الفرع الوارث هو ابن الميت وبنته وابن الابن وان نزل وبنت ابن وان نزل ابوها					
الثلثان فرض (٤)	بنتان فأكثر	بنتا ابن فأكثر	اختان شقيقتان فأكثر	اختان لاب فاكثر	ويشترط في الجميع ان لا يكون معهن معصب		
الثلث فرض (٢)	ام مع عدم الفرع الوارث وعدم اثنين من الاخوة والاخوات	اثنان فأكثر من الاخوة والاخوات لام مع عدم الفرع الوارث مطلقا والاصل الوارث المذكر	اعلم انه يستوى في القسمة ولد الام المذكر والمؤنث				
السدس فرض (٧)	اب مع وجود الفرع الوارث	جد مع وجود الفرع الوارث ايضاً ومع عدم الاب	بنت ابن فاكثر مع وجود البنت الصلبية	اخت لاب فاكثر مع وجود الشقيقة الواحدة	ولد الام المنفرد بالشرط المتقدم	ام مع الفرع الوارث او اثنين من الاخوة او الاخوات	جدة واكثر بشرط ان تكون صحيحة وعدم وجود الام

فاذا اردت أن تعرف من يستحق النصف مثلا فانظر فى خانات الجدول الموجودة امامه تجده وهكذا غيره

الباب الرابع

في بيان احوال نصيب ذوى الفروض المتقدمة مع غيرهم من الورثة

اعلم ان فائدة هذا الباب عظيمة جداً اذ يمكنك بعد معرفته ان تعين فرض كل من اصحاب الفروض عند اجتماعه مع غيره بخلاف ما تقدم فان اغلبه قاصر على معرفة الفرض عند الانفراد ويمكنك ايضاً ان تجيب عن اعتراض يرد عليك مما تقدم ومحصله ان هناك تناقضا بين قولكم اصحاب الفروض اثنا عشر وقولكم يستحق النصف خمسة والربع اثنان والثمن واحد والثلثين اربعة والثلث اثنان والسدس سبعة لان مجموع الكل واحد وعشرون فقد زادوا عن اثنى عشر والجواب عن ذلك يعرف من معرفة الاحوال لانك اذا نظرت في الجدول المتقدم ترى الزوج مثلا فيمن يستحق النصف وفيمن يستحق الربع بسبب عدم الفرع الوارث ووجوده وترى الام ايضاً فيمن يستحق الثلث ومن يستحق السدس حسب الاحوال وبنت الابن فيمن يستحق النصف وفيمن يستحق الثلثين وفيمن يستحق السدس على حسب وجودها مع غيرها من اصحاب الفروض واذا تتبعت من ذكروا في الجدول فلا تجد الا اثنى عشر وارثاً هم اصحاب الفروض المتقدمة وحينئذ يندفع التناقض الظاهري

(احوال الاب)

اذا مات شخص وترك أباً فلا يخلو حال الاب بالنسبة للارث من احوال ثلاثة

الحالة الاولى ارثه بالفرض المطلق الخالى من التعصيب بمعنى انه يأخذ فرضه وهو السدس ولا شئ له بعد ذلك اصلا بطريق التعصيب لان هناك من هو مقدم عليه فى التعصيب وهي الحالة التي تكون عند وجود الفرع الوارث بشرط ان يكون مذكراً وهو الابن وابن الابن وان نزل فاذا توفي شخص عن اب وابن أو ابن ابن وان نزل فلا يأخذ الاب الا السدس بطريق الفرض والابن او ابن الابن يأخذ الباقى بطريق التعصيب لان البنوة مقدمة في التعصيب على الابوة فالمسئلة على ما تقدم لك من القواعد من ستة للاب واحد والباقى للابن

فالاب فى هذه الحالة يأخذ السدس ولا يزاحمه فيه غيره. وأما الابن فانه يأخذ الباقى كله اذا لم يكن هناك مستحق معه فان وجد من أصحاب الفروض من يستحق معه أخذ فرضه اوّلا كالام وأحد الزوجين فلو توفى شخص عن أب وأم وزوج وابن أخذ الاب السدس لوجود الفرع الوارث والام السدس ايضاً لما ذكر والزوج الربع لما تقدم والابن الباقى بطريق التعصيب فالمسألة من اثنى عشر فللاب السدس اثنان وللام مثله وللزوج الربع ثلاثة والباقى للابن فليس للابن شئ مخصوص بل نصيبه من التركة يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه

الحالة الثانية ارثه بالفرض والتعصيب معاً وهذه الحالة تكون عند وجود الفرع الوارث اذا كان مؤنثاً وهو البنت وبنت الابن وان نزل ابوها فاذا توفى شخص عن أب وبنت او بنتين او بنت وبنت ابن أخذ الاب السدس بطريق الفرض والبنت فى المسئلة الاولى النصف والبنتان فى الثانية الثلثين

والبنت فى الثالثة النصف وبنت الابن السدس والباقى بعد الفروض يأخذه الاب بطريق التعصيب وهو فى المسئلة الاولى الثلث وفى الثانية السدس ومثلها الثالثة وكذا الحال فيما اذا وجد مع الاب والفرع الوارث المؤنث من يستحق من أصحاب الفروض فانه لايأخذ الا بعد استيفاء أصحاب الفروض فروضهم فاذا توفى شخص عن زوجة وأب وبنت وبنت ابن أخذت الزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث والاب السدس لما ذكر والبنت النصف وبنت الابن السدس لوجود البنت الواحدة فالمسئلة من اربعة وعشرين تأخذ الزوجة ثلاثة والاب أربعة والبنت اثنى عشر وبنت الابن اربعة فيبقى واحد من اربعة وعشرين يأخذه الاب بطريق التعصيب وهو قليل بالنسبة لما أخذه من المسائل المتقدمة فالباقى ليس له حد مقدر بل يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه

الحالة الثالثة — التعصيب المحض وهذه تكون اذا لم يوجد فرع وارث اصلا فاذا توفى شخص عن اب ولم يترك فرعاً وارثاً لا مذكراً ولا مؤنثاً فان لم يكن مع الاب احد من الورثة او كان معه من يحجبون به كالاخوة والاخوات أخذ كل التركة بطريق التعصيب وان كان معه من اصحاب الفروض من يستحق اخذ فرضه وهو يأخذ الباقى فاذا توفى شخص عن اب وام اخذت الام الثلث والاب الباقى بالتعصيب وان كان معهما زوج اخذ فرضه والام ثلث الباقي والاب الباقى

وانما استحق الاب السدس فى الحالة الاولى لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) فقد جعل له السدس مع

الولد . وولد الابن ولد شرعاً قال تعالى (يا بنى آدم) وعرفا قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاباعد

ولك أن تقول عرف ذلك بدليل آخر وهو الاجماع وانما استحق في الحالة الثانية بالفرض والتعصيب الآية المتقدمة ولقوله عليه الصلاة والسلام (ألحقوا الفرائض باهلها فما ابقته فلأولى رجل ذكر)

وانما استحق فى الحالة الثالثة بالتعصيب المحض لقوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث) فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على انه عصبة — أنظر مادة (٥٩٦)

(احوال الجد)

الجد الصحيح وهو الذى لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى قائم مقام الاب عند عدمه وهو أبو الاب وان علا فاذا توفى شخص وترك جداً صحيحاً ولم يترك أباه بل توفى فى حياته قام الجد مقام الاب لو كان موجوداً فى جميع احواله فيرث بالفرض المطلق أى الخالى من التعصيب اذا كان للمتوفى فرع وارث مذكر ويرث بالفرض والتعصيب ان كان له فرع وارث من الاناث ويرث بالتعصيب المحض اذا لم يكن هناك فرع وارث أصلا فان تخلل فى نسبته الى الميت أنثى كأبى الام يقال له جد فاسد وهذا لا يرث الا على انه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسبة يقطع النسب اذ النسب الى

(مادة ٥٩٦) الاب له احوال ثلاث الفرض المطلق الخالي عن التعصيب وهو السدس وذلك مع الابن وابن الابن وان سفل والفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن وان سفلت والتعصيب المحض عند عدم الولد وولد الابن وان سفل

الآباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وانما قام الجد الصحيح مقام الاب فى احواله المتقدمة لان الجد يسمى اباً قال الله تعالى حاكياً عن سيدنا يوسف عليه الصلاة والسلام (واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحق ويعقوب) وكان اسحق جده وابراهيم جد أبيه وقال تعالى (يابنى آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة) وهما آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وانما قالوا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه لانه لو كان الاب موجوداً لما ورث الجد شيئاً لان الاب أقرب منه والجد لا ينتسب الا به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه — ولكن يفارق الجد الاب فى مسائل اربعة فيما يختص بالميراث والافهي كثيرة

الاولى اذا توفى شخص وكان من ضمن ورثته أب وأم أب فلا ترث أم الاب معه بل هى محجوبة به حجب حرمان لانها انتسبت به ولكن لو كان من ضمن ورثته جد وأم أب ورثت معه لانها غير مدلية به فلا يحجبها

الثانية اذا توفى شخص وترك احد الزوجين مع الابوين فان الام تأخذ ثلث الباقى بعد نصيب احد الزوجين وهو فى مسئلة الزوج سدس لان الزوج يستحق النصف فى هذه الحالة فثلث الباقى سدس وفى مسئلة الزوجة ربع لانها تستحق الربع والحالة هذه فثلث الباقى ربع وهذه المسئلة فى الحقيقة مسئلتان احداهما زوج وأب وأم وثانيهما زوجة وأب وأم

ولو كان مكان الاب جد بأن توفيت الزوجة عن زوج وأم وجد او توفى الزوج عن زوجة وأم وجد أخذت الام ثلث الكل لا ثلث الباقى

الثالثة اذا توفى شخص عن أب واخوة أشقاء او لاب كانت التركة

كلها للاب ولا شئ للاخوة الاشقاء او لاب بالاجماع واذا توفى عن جد اخوة أشقاء او لاب أخذ كل التركة الجد وحجب الاخوة حجب حرمان عند أبي حنيفة وعلى قوله لا فرق بين الاب والجد فى هذه الصورة لان كلا منهما يحجب الاخوة من الميراث وعند الصاحبين والشافعي يشتركون في استحقاق التركة ففارق الجد الاب فى هذه الصورة عندهم ايضاً ومذهب الامام هو المعول عليه والمعمول به وسنضع لك باباً ان شاء الله تعالى فى كيفية مقاسمة الجد للاخوة

الرابعة اذا توفى شخص معتق بفتح التاء عن ابن المعتق بكسر التاء وابي المعتق قال ابو يوسف يأخذ الاب السدس بالولاية والابن الباقى وقال الامام الاعظم ومحمد لا شئ للاب بل الكل للابن بالولاء واذا توفى شخص معتق بفتح التاء عن ابن المعتق بكسر التاء وجد المعتق كانت التركة كلها لابن المعتق ولا شئ لجده بالاتفاق وعلى هذا تكون مخالفة الاب للجد في هذه الصورة على مذهب ابى يوسف فقط

ووجه قول أبي يوسف ان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا وترك أباً وابناً كان لابيه سدس ماله والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء

ولابي حنيفة ومحمد أن الولاء وان كان اثر الملك لكن ليس بمال فلا تجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث منه بطريق التعصيب فيعتبر الاقرب فالاقرب والابن اقرب العصبات فيأخذ الكل ولو جرت فيه سهام الورثة بالفرضية كالمال لكان للنساء نصيب من الولاء

بالارث ولا قائل به بل اتفقوا على أنه اذا ترك المعتق بفتح التاء ابن المعتق بكسرها وبنت المعتق كانت كل التركة لابن المعتق ولا شئ لبنته كما ستعرفه ان شاء الله تعالى في العاصب السببي -- انظر مادة (٥٩٧)

(احوال اولاد الام)

الولد لغة وشرعاً يطلق على المذكر والمؤنث والابن خاص بالمذكر والبنت بالمؤنث وان كان العرف لا يطلق الولد الا على المذكر فاولاد الام سواء كانوا ذكوراً او اناثاً لهم احوال ثلاث

الحالة الاولى استحقاق السدس للواحد منهم سواء كان مذكراً اومؤنثاً فاذا توفى شخص وترك أخاً او اختاً لام وليس من ضمن الورثة فرع وارث مطلقاً ولا اصل وارث مذكر استحق السدس

الحالة الثانية استحقاق الثلث للاثنين فاكثر سواء كانوا ذكوراً او اناثاً او منهما وفي القسمة لا يفضل مذكرهم على مؤنثهم فاذا توفى شخص عن

(مادة ٥٩٧) الجد الصحيح وهو الذى لايدخل فى نسبته الي الميت ام كالاب عند عدمه الا في المسائل الآتية

(الاولي) ان ام الاب لاترث مع الاب وترث مع الجد

(الثانية) ان الميت اذا ترك الابوين مع احد الزوجين فللام ثلث مابقى بعد نصيب احد الزوجين ولو كان مكان الاب جد فللام ثلث الكل

(الثالثة) ان الاخوة الاشقاء او لاب يسقطون مع الاب اجماعا ولا يسقطون مع الجد الا عند ابي حنيفة

(الرابعة) ان أبا المعتق مع ابنه يأخذ السدس بالولاء عند أبي يوسف وليس للجد ذلك اتفاقا ويسقط الجد بالاب

اخوين أو أختين لام او اكثر بالشرط المتقدم فى الحالة الاولى استحقا الثلث ويعطى منه للمذكر مثل ما للمؤنث عند الاختلاط

الحالة الثالثة عدم استحقاقهم شيئاً وذلك عند وجود الفرع الوارث مطلقاً اى سواء كان مذكراً او مؤنثاً والاصل الوارث المذكر فالفرع الوارث هو الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وان نزل ابوها والاصل الوارث المذكر هو الاب والجد الصحيح وان علا فالام او الجدة لاتؤثر على اولاد الام في الميراث فاذا توفى شخص عن اخوين او اختين لام وابن أو ابن ابن أو بنت او بنت ابن أو اب أو ابى اب فلا يستحق اولاد الام شيئاً من التركة

وانما كان حكمهم ما تقدم لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله أخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) والكلالة هى عدم وجود الولد والوالد لقوله تعالى (قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد) وقوله عليه الصلاة والسلام الكلالة من ليس له ولد ولا والد وولد الابن داخل فى الولد لقوله تعالى (يا بنى آدم) والجد داخل في الوالد لقوله تعالى (كما اخرج ابويكم من الجنة) فلا ارث لاولاد الام مع هؤلاء بالآية والحديث . ثم لفظ الكلالة فى الاصل بمعنى الاعياء وذهاب القوة ثم استعيرت لقرابة من عدا الولد والوالد كأنها كلالة ضعيفة بالقياس الى قرابة الولاد . ويطلق أيضاً على من لم يخلف ولداً ولا والداً وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلفين

أنظر مادة (٥٩٨)

(أحوال الزوج)

الزوج له حالتان الحالة الاولى استحقاق النصف بشرط عدم الفرع الوارث وهو كما عرفت الابن وابن الابن وان سفل والبنت وبنت الابن وان نزل ابوها لقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) والولد يشمل المذكر والمؤنث وولد الابن ولد على ما عرفته غير مرة فاذا توفيت الزوجة عن زوج ووزثة أخر ليس فيهم فرع وارث استحق الزوج النصف

الحالة الثانية استحقاق الربع بشرط وجود الفرع الوارث لقوله تعالى (فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن) فاذا توفيت الزوجة عن زوج وفرع وارث سواء كان مذكراً او مؤنثاً فلا يستحق الزوج الا الربع — أنظر مادة (٥٩٩)

(أحوال الزوجة او الزوجات)

للزوجة او الاكثر حالتان الحالة الاولى الربع لقوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد) والمراد بالولد الفرع الوارث سواء كان مذكراً او مؤنثاً فمتى توفى الزوج وترك زوجته وليس له فرع وارث سواء كان منها او من غيرها استحقت الربع ولو كان معها كثيرون من الورثة

(مادة ٥٩٨) أولاد الام لهم احوال ثلاث السدس للواحد والثلث للاثنين فصاعدا ذكورهم واناثهم فى القسمة سواء ويسقطون بالابن وابن الابن وان سفل وبالبنت وبنت الابن وان سفل وبالاب والجد

(مادة ٥٩٩) الزوج له حالتان النصف عند عدم الولد وولد الابن وان سفل والربع مع الولد أو ولد الابن وان سفل

الحالة الثانية الثمن لقوله تعالى (فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم) فمتى وجد الفرع الوارث للزوج فلا تستحق الزوجة او الزوجات الا الثمن ولو لم يوجد غيره من الورثة فاستحقاق الزوجة على النصف من استحقاق الزوج كما هو الشأن فى كل مذكر ومؤنث اتفقا في صفة واحدة الا اولاد الام فان مذكرهم كمؤنثهم فى الاستحقاق والقسمة وانما اشتركن فى الربع او الثمن اذا زدن عن واحدة لئلا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطى لكل واحدة منهن ربعاً يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد — أنظر مادة (٦٠٠)

(احوال البنات الصلبية)

بنات الصلب لهن احوال ثلاث الاولى النصف للواحدة اذا انفردت لقوله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) فمتى كان للمتوفى بنت واحدة استحقت النصف ولا يؤثر عليها غيرها من الورثة الموجودين معها

الثانية الثلثان للاكثر من الواحدة لقوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) فاذا توفى شخص وترك بنتين او اكثر استحقتا الثلثين ولا يزاحمها غيرهما فى هذا الاستحقاق وهذا قول عامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم وهو المعمول به الآن فى كافة الامصار وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه جعل حكم البنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف للآية المتقدمة فانه علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع

(مادة ٦٠٠) الزوجة أو الزوجات لهن حالتان الربع لواحدة أو أكثر عند عدم الولد أو ولد الابن وان سفل والثمن مع الولد أو ولد الابن وان سفل

وصرح بقوله فوق اثنتين وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى(فلهن ثلثا ما ترك) والمعلق على شرط لا يثبت بدونه ولأن الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك ان حظ البنتين النصف عند الانفراد — وللجمهور ما روى عن جابر انه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا فقال يقضى الله فى ذلك فنزلت آية الميراث فقال اعط ابنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقى فهو لك فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه

الحالة الثالثة الارث بالتعصيب مع الابن سواء كانت واحدة او اكثر فليس لهن شئ مقدر فى هذه الحالة لقوله تعالى (يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » فاذا توفى شخص عن بنين وبنات كان للابن مثل حظ الانثيين فان لم يوجد معهم احد من الورثة قسموا التركة بينهم على هذه النسبة وان وجد فان كان محجوباً بهم فلا يأخذ شيئاً وقسموا التركة كما سبق كالاخوة والاخوات مطلقاً وان لم يكن محجوباً أخذ فرضه واقتسموا الباقى بينهم كالزوج والاب والام او الجدة والزوجة — انظر مادة [٦٠١]

(مادة ٦٠١) البنات الصليبات لهن احوال ثلاث النصف للواحدة اذا انفردت والثلثان للاثنتين فصاعدا ومع الابن للذكر مثل حظ الانثيين وهو يعصبهن

(احوال بنات الابن وان سفل)

بنات الابن لهن احوال ست الاولى النصف للواحدة اذا انفردت عن البنت الصلبية فاذا توفى شخص وترك بنت ابن او بنت ابن ابن ولم يترك بنتاً فى المثال الاول او بنت ابن فى المثال الثانى اخذت بنت الابن في المثال الاول وبنت ابن الابن في المثال الثانى النصف لا يزاحمهما فيه غيرهما

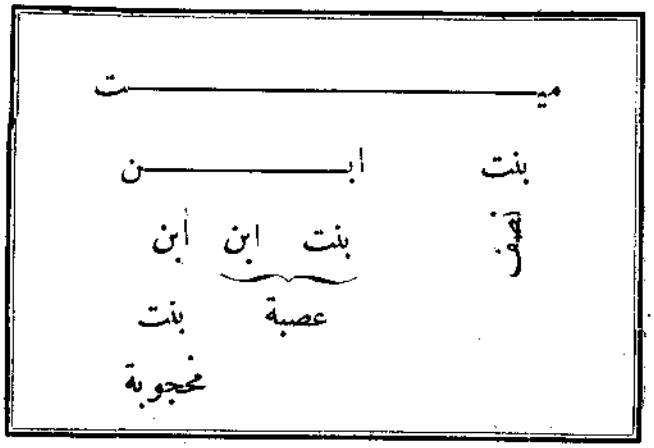
الحالة الثانية الثلثان اذا كانتا اثنتين فأكثر اذا لم يوجد معهما بنت صلبية فاذا توفى شخص عن بنتى ابن ولم يترك بنتاً صلبية أخذتا الثلثين

الحالة الثالثة تعصيبهن بابن الابن فله ضعف ما للانثى

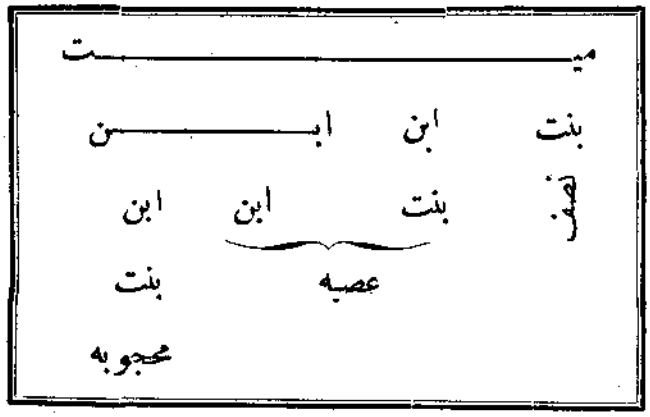
الحالة الرابعة استحقاقهن السدس اذا وجدت او وجدن مع البنت الواحدة الصلبية فاذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن او بنات ابن أخذت الصلبية النصف وبنت الابن او الاكثر السدس تكملة للثلثين لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فى بنت وبنت ابن وأخت «سمعت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين والباقى للاخت» وقوله تكملة للثلثين دليل على انهن يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث ثلثين فاذا أخذت الصلبية النصف بقى سدس فيعطى لها تكملة لذلك فلولا انهن دخلن فى الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له الا ان الصلبية أقرب الى الميت فتفضل عليهن بالنصف

ومحل أخذهن الفروض المتقدمة اذا لم يكن معهن مذكر فان وجد ورثن معه بالتعصيب ويكون للمذكر ضعف ما للمؤنث ولا فرق بين ان يكون

المذكر الذي في درجة بنت الابن أخاها او ابن عمها ويحجب من هي انزل منه درجة. فيكون اخاها اذا خلف شخص بنتاً وابناً وخلف الابن بنتاً وابنين وخلف احد الابنين بنتاً ومات الابن فى حياة ابيه وكذلك ابنه الذى خلف بنتاً ثم مات الاكبر عن بنت وبنت ابن وابن ابن هما اخوان وعن بنت ابن ابن أخذت البنت النصف والباقى لابن الابن وبنت الابن بالتعصيب ولا شئ لبنت ابن الابن لانها محجوبة بابن الابن ويوضح ذلك ما فى هذه الصورة



ويكون ابن عمها اذا خلف شخص بنتاً وابنين وخلف احد الابنين بنتاً والآخر خلف ابنين واحدهما خلف بنتاً ومات بعضهم في حياته ثم مات هو عن بنت وبنت ابن وأحد ابنى الابن الآخر وعن بنت ابن الابن اخذت البنت النصف وبنت الابن وابن الابن الذي هو ابن عمها ياخذان الباقى بالتعصيب وبنت ابن الابن محجوبة بابن الابن كما في هذه الصورة

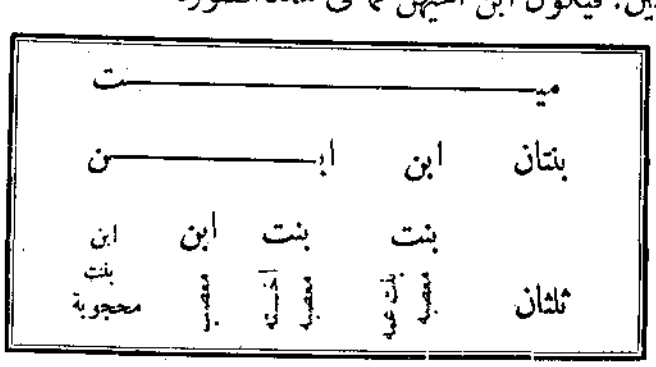


ففي هاتين الصورتين يعصب من كانت بحذائه بدون شرط وهى اخته في الصورة الاولى وبنت عمه فى الثانية فلهم الباقي بعد نصف الصلبية للذكر مثل حظ الانثيين وحيث ان الارث بالتعصيب في هذه الحالة فيسقطن معه لواستغرقت الفروض التركة كما اذا توفيت الزوجة عن زوج وام واب وبنت و بنت ابن وابن ابن فأصل المسئلة على ما عرفت فى كيفية استخراج المسائل اثنا عشر للزوج الربع ثلاثة وللام السدس اثنان وللاب السدس اثنان أيضاً وللبنت النصف ستة فقد عالت المسألة الى ثلاثة عشر وسقطت بنت الابن وابن الابن ولو فقد ابن الابن لكان لبنت الابن السدس تكملة للثلثين وهو أثنان فتعول المسئلة الى خمسة عشر فهو من افراد القريب المشؤوم الذى لولاه لورثت الانثى ولا يكون الا في درجتها

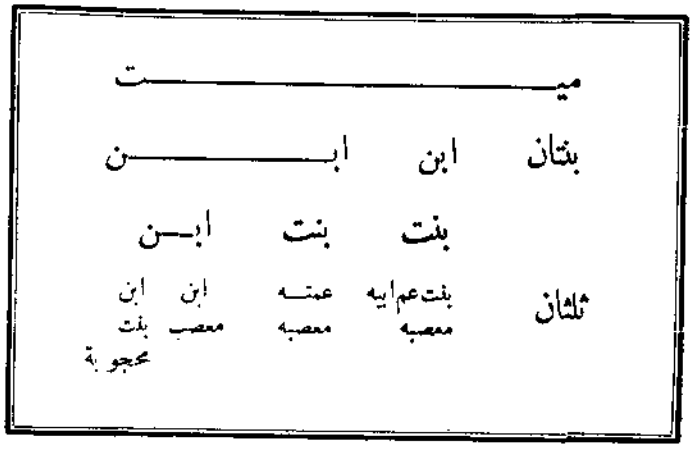
الحالة الخامسة سقوطهن بالصابيتين فأكثر فاذا توفى شخص عن بنتين وبنات ابن فلا شئ لهن بل الكل للبنتين فرضاً ورداً اذا لم يوجد من اصحاب الفروض من يستحق معهما فان وجد أخذ فرضه فان بقى شئ

يرد عليهما وهذا يختلف باختلاف الورثة الموجودين معهما

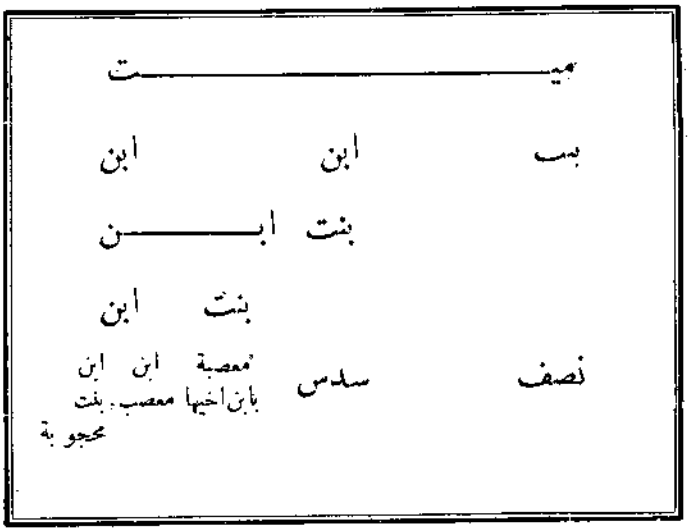
ولكن سقوطهن فى هذه الحالة مقيد بما اذا لم يكن معهن معصب فان وجد أخذن معه بالتعصيب سواء كان فى درجتهن اوأسفل منهن فاذا كان فى درجتهن فلا فرق بين كونه أخاهن او ابن عمهن كما عرفت نظيره فيما تقدم وان كان أسفل منهن فلا فرق بين ان يكون ابن أخيهن او ابن ابن عمهن فيعصب فى هذه الحالة من فى درجته ومن فوقه لاحتياجها اليه بأخذ من فوقها الثلثين. فيكون ابن اخيهن كما فى هذه الصورة



فابن الابن فى هذه الصورة يعصب اخته وبنت عمه ويحجب بنت اخيه لانها انزل منه درجة. ويكون ابن ابن عمهن كما فى هذه الصورة



فابن ابن الابن يعصب بنت عم ابيه وعمته وذلك فى الثلث الباقى للمذكر ضعف ما للانثى وهذا من افراد القريب المبارك اذ لولاه لما ورثتا ولو استغرقت الفروض التركه سقطن معه ولا يشترط فى سقوط بنات ابن الابن أن تحوز الصلبيتان الثلثين بل لو كانت صلبية واحدة وبنت ابن وبنات ابن ابن كان الحكم كما تقدم اذ من فوق بنات ابن الابن يستحقان الثلثين لان البنت لها النصف وبنت الابن لها السدس تكملة للثلثين فلا تستحق بنات ابن الابن شيئاً الا اذا كان معهن معصب سواء كان فى درجتهن او أسفل منهن فيكون فى درجتهن اذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن وبنت ابن ابن فلا شئ للاخيرة الا اذا وجد معها ابن ابن ابن سواء كان أخاً او ابن عم او أنزل منه واذا كان اسفل منهن فلا فرق بين ان يكون ابن اخيهن او ابن ابن عمهن فالاول كهذه الصورة



والثانى كهذه الصورة

ميـــت			
بنت	ابن	ابـــــــــن	
	بنت	ابن	ابن
		بنت	ابـــــن
نصف	سدس	معصبه	ابن ابن معصب بنت محجوبة

ففى هاتين الصورتين يعصب من فوقه اذا كانت محتاجة اليه وهى عمته فى الصورة الاولى وبنت عم ابيه فى الثانية واما التى لها السدس فلا يعصبها لاستغنائها عنه بفرضها فيكون قريباً مباركا اذ لولاه لما ورثن

فقد علمت من ذلك ان ابن الابن يعصب من هى فى درجته مطلقاً اى سواء كانت محتاجة اليه اولا وأما التى فوقه فلا يعصبها الا اذا كانت محتاجة اليه وتكون كذلك اذا كان من فوقها يستحق الثلثين سواء كانتا صلبيتين او صلبية وبنت ابن واما التى اسفل من درجته فلا تستحق معه شيأ لا نه يحجبها

الحالة السادسة سقوطهن بالابن فاذا توفى شخص عن ابن وبنات ابن حجبهن حجب حرمان وهذا جار في كل مذكر درجته اعلى من المؤنث كما

علم مما تقدم — انظر مادة (٦٠٢)

(احوال الاخوات لاب وام اي الشقيقات)

اعلم ان الاخوة والاخوات اذا كانوا لابوين يقال لهم بنوا الاعيان سموا بذلك لانهم خيار الاخوة والاخوات اخذا من اعيان القوم يعنى خيارهم واذا كانوا لاب فهم بنو العلاّت وهم اولاد الرجل الواحد من نسوة شتى سموا بذلك لان العلّة الضرة وهم اولاد الضرائر اذ أم كل منهم ضرة لام الآخر واذا كانوا لام فهم بنو الاخياف لكونهم من اصلين مختلفين مأخوذ من قولهم فرس اخيف اذا كانت احدى عينيه مخالفة للاخرى فاحوال الاخوات الشقيقات خمس (الاولى) النصف للواحدة (الثانية) الثلثان للاثنتين فصاعدا (الثالثة) تعصيبهن بالاخ الشقيق فله ضعف ماللانثى (الرابعة) صيرورتهن عصبة مع البنت او بنت الابن او معهما فلهن الباقى وهو النصف مع البنت والثلث مع البنتين او مع البنت وبنت الابن وحينئذ يسقطن ان استغرقت الفروض التركة فلا يكون لهن شئ كما لو توفيت الزوجة عن بنتين وزوج وام واخت شقيقة فاصلها من اثنى عشر وتعول لثلاثة عشر للبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة وللام السدس اثنان وسقطت الاخت او الاخوات (الخامسة) سقوطهن بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب والجد

(مادة ٦٠٢) بنات الابن كبنات الصلب ولهن احوال ست النصف للواحدة اذا انفردت والثلثان للاثنتين فصاعدا عند عدم بنات الصلب ولهن السدس مع الواحدة الصلبية تكملة للثلثين ولايرثن مع البنات الصلبيات ثنتين فصاعدا الا ان يكون بحذائهن أو أسفل منهن غلام فيعصبهن ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويسقطن بالابن بخلاف بنات الصلب

الصحيح وان علا — انظر مادة (٦٠٢)

(احوال الاخوات لاب)

الاخوات لأب لهن احوال سبع الاحوال الاربع الاول المتقدمة فى الاخوات الشقيقات عند فقد الشقيقة الا ان الذى يعصبهن هو الاخ لاب ولا يشترط فى التعصيب عدم وجود الشقيقة

الخامسة سقوطهن بالابن وابن الابن وان نزل وبالاب والجد الصحيح وان علا وبالاخ الشقيق وبالاخت الشقيقة ايضاً اذا صارت عصبة مع البنت او بنت الابن وبالاختين الشقيقتين الا اذا كان معهن معصب وهو الاخ لاب

وفي هذه الحالة تقدم الشقيقة على اخي الميت لابيه وكذا الاخت لاب عند ما تصير عصبة مع البنت او بنت الابن تحجب من يحجبه اخوها

السادسة استحقاقهن السدس مع الاخت الشقيقة الواحدة تكملة للثلثين لان فرض الشقيقة النصف فالاخت لاب مع الشقيقة كبنت الابن مع البنت فى ذلك الا اذا كان معها في هذه الحالة أخ لاب فانه يعصبها في النصف فله ضعفها وتسقط معه لو استغرقت الفروض التركة كزوج واخت شقيقة واخت لاب واخ لاب فالزوج له النصف والشقيقة النصف ولا شئ للاخت والاخ لاب فيكون اخا مشؤوماً اذ لولاه لورثت السدس وتعول

(مادة ٦٠٣) الاخوات لاب وأم لهن احوال اربع هى النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا ومع الأخ الشقيق للذكر مثل حظ الانثيين ويصرن عصبة به لاستوائهم فى القرابة الى الميت ولهن الباقي مع البنات أوبنات الابن

المسألة الى سبعة

الحالة السابعة سقوطهن مع الاختين الشقيقتين لكن هذا مقيد بما اذا لم يكن معهن معصب ولا يكون الا في درجتهن وهو الاخ لاب بخلاف بنات الابن على ما عرفته فاذا توفى شخص عن اختين شقيقتين واخت او اخوات لاب فلا شئ لها او لهن بل تأخذ الشقيقتان فرضهما وهو الثلثان ويردُّ الثلث الباقى عليهما اذا لم يكن هنالك من اصحاب الفروض من يستحقه فلو كان معها أخ لاب اخذت معه الثلث الباقي للمذكر ضعف ما للانثى وهذا من افراد الاخ المبارك اذ لولاه لما ورثت شيئاً وبالضرورة تسقط معه اذا استغرقت الفروض التركة كزوجة وشقيقتين وام واخت لاب واخ لاب فالمسألة من اثنى عشر للزوجة الربع ثلاثة وللشقيقتين الثلثان ثمانية وللام السدس اثنان فقد عالت المسئلة بواحد فلم يبق شئ للاخت والاخ لاب لانه عصبة — انظر مادة (٦٠٤)

فقد علمت من الاحوال المتقدمة ان الاخوات لابوين او لاب يسقطن بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب والجد الصحيح وان علا والاخوات لاب يسقطن أيضاً بالاخ الشقيق مطلقاً وبالشقيقتين الا اذا كان هنالك معصب وهو الاخ لاب وبالاخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن

(مادة ٦٠٤) الاخوات لاب كالاخوات لابوين ولهن احوال ستة النصف للواحدة اذا انفردت والثلثان للاثنتين فصاعدا عند عدم الاخوات لابوين ولهن السدس مع الاخت الواحدة لابوين تكملة للثلثين ولا يرثن مع الاختين لابوين الا ان يكون معهن أخ لاب فيعصبهن السادس من الاحوال المذكورة ان يصرن مع البنات الصلبيات أو مع بنات الابن كما تقدم فى الاخوات لابوين

ومثل الاخوات فيما ذكر الاخوة الاشقاء أولاب فى انهم يسقطون بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب والجد الصحيح وان علا وهذا لا حاجة اليه هنا لان الكلام هنا انما هو في اصحاب الفروض والاخوة الاشقاء او لاب من العصبات ولهم باب مخصوص فكان اللازم ان يأتي بسقوط الاخوات الشقيقات أو لاب فى احوالهن كما عرفته من الشرح المتقدم ويؤخر الكلام على الاخوة في محله — انظر مادة (٦٠٥)

(احوال الام)

للام احوال ثلاث الحالة الاولى السدس اذا كان للمتوفي فرع وارث وهو الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وان نزل ابوها او كان له اثنان فأكثر من الاخوة او الاخوات او منهما من اى جهة كانا

الحالة الثانية ثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين وعدم الاب وأحد الزوجين

الحالة الثالثة ثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين اذا كانت مع الاب وتحت هذه صورتان الاولى زوج وأم وأب الثانية زوجة وأم وأب فبعد أن يأخذ احد الزوجين فرضه تأخذ الام ثلث الباقى وهو في مسئلة الزوج سدس وفى مسئلة الزوجة ربع اما لو كانت الام مع الجد وأحد الزوجين فلها ثلث جميع المال كما عرفته مما تقدم

(مادة ٦٠٥) الاخوة والاخوات لابوين والاخوة والاخوات لاب كلهم يسقطون بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب والجد وتسقط الاخوة والاخوات لاب بالاخ لابوين وبالاخت لابوين اذا صارت عصبة مع البنات أو مع بنات الابن

وهاتان المسئلتان تسميان بالغرّاوين لشهرتهما كالكوكب الاغر وبالعمريتين لقضاء سيدنا عمر بن الخطاب فيهما بذلك

فكل مسئلة من مسائل المواريث يستحق فيها شخص فرضاً من الفروض ينسب ذلك الفرض الى جملة التركة الا فى هاتين المسئلتين فان نسبة الثلث فيهما الى ما يبقى بعد فرض احد الزوجين لا الى كل التركة وانما سمي ثلثاً وان كان في الحقيقة اقل من ذلك تأدباً مع القرآن الشريف لانه سماه ثلثاً بقوله (فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث) وهناك اقوال أخرى فى هذه المسئله تقدمت في شرح مادة (٥٩٤) فراجعها — انظر مادة (٦٠٦)

(احوال الجدة او الجدات)

الجدة الصحيحة او الجدات لها حالتان والجدة الصحيحة هى التى لم تنتسب لجد فاسد وقد عرفت ان الجد الفاسد من تخلل في نسبته الى الشخص انثى كابى الام فكل جدة لم تنتسب لجد فاسد فهى صحيحة

الحالة الاولى السدس سواء كانت لام كأم الأم او لأب كأم الاب وسواء كانت واحدة او اكثر لكن اذا كانت الجدات اكثر من واحدة يشترط ان تكون متحاذيات فى الدرجة كأم الام مع أم الاب فان اختلفن

(مادة ٦٠٦) للام احوال ثلاث السدس ان كان للميت ولد او ولد ابن وان سفل أو مع الاثنين من الاخوة أو الاخوات فصاعدا من اى جهة كانا ولها ثلث الكل عند عدم المذكورين وثلث مايقي بعد فرض احد الزوجين وذلك فى مسئلتين احداهما زوج وابوان وثانيتهما زوجة وابوان ولو كان مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال بعد فرض الزوج أو الزوجة كما تقدم

فى الدرجة كأم الاب مع أم أم الام حجبت القربى البعيدة

وطريق معرفة الوارثات منهن ان تذكر بمقدار العدد الذى تريده لفظة أم ثم تبدل الأم الاخيرة من جهة الميت بأب في كل مرتبة الى ان يبقى أم واحدة فلو سئلت عن اربع جدات وارثات مثلا تقول ام ام ام ام * ام ام ام اب * ام ام اب اب * ام اب اب اب

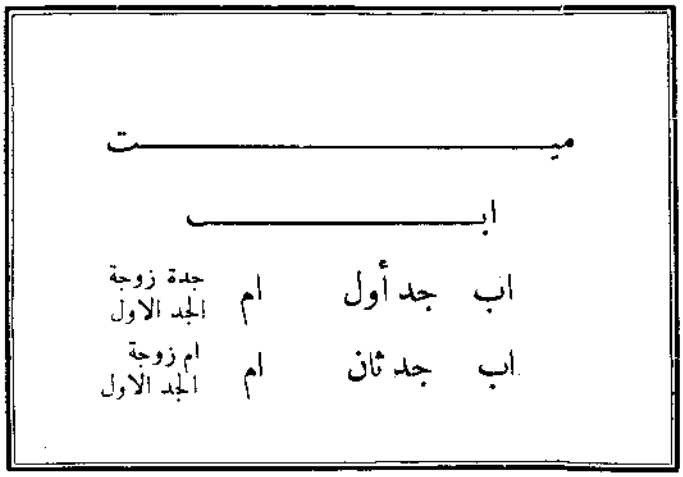
فالاولى أمية والبواقي ابويات ولا يتأتى التعداد في الاميات مع الصحة لانه متى تخللهن اب يكون جدًّا فاسداً وحينئذ تكون الجدات التى فوقه فاسدات لانتسابهن بجد فاسد فالجدة الصحيحة من جهة الام واحدة ابداً

الحالة الثانية سقوطهن وهـذا يختلف بالنسبة لوجودهن مع الام او الاب أو الجد أو مع بعضهن على ما يلقى عليك فيسقطن بالام سواء كن كلهن أبويات أو أميات أو مختلطات فمتى وجدت الام في مسئلة من المسائل ومعها جدات فلا يأخذن شيئاً وتسقط الابوية بالاب وأما الجدة الامية فلا تسقط به فاذا توفى شخص عن اب وام اب حجبها الاب لادلائها به ولو توفى عن اب وام ام ورثت معه السدس لانها لم تنتسب به

وانما حجبت الجدات مطلقاً بالام ولم تحجب بالاب الا الابويات لان كلا من اتحاد السبب والادلاء له تأثير فى الحجب فأم الاب تحجب به للادلاء فقط وتحجب بالام لاتحاد السبب وهو الامومة وام الام ترث مع الاب لانعدام المعنيين وتحجب بالام لوجودهما

وكما تسقط الابوية بالاب تسقط بالجد ايضاً لـكن بشرط ان تكون مدلية به كأم ابي الاب فان لم تكن مدلية به فلا يحجبها وان علت كأم ام

الأب فانها ترث مع ابى الاب لانها ليست من قبله بل هى زوجته ان كان بعدها عن الميت بدرجة واحدة او ام زوجته ان كان بعدها بدرجتين على هذه الصورة

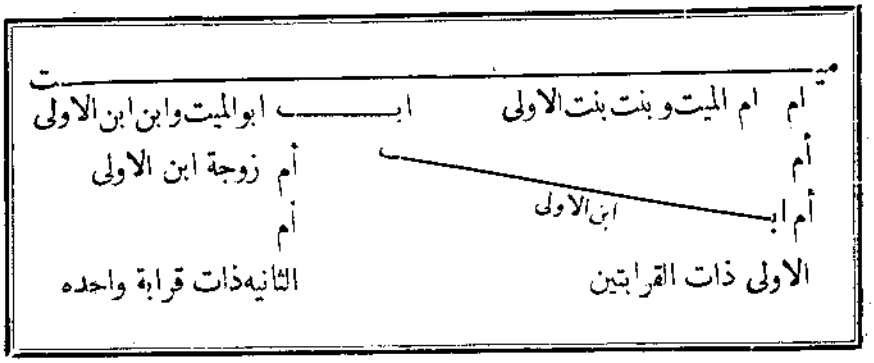


وتحجب القربى البعدى من اى جهة كان كل منهما اي سواء كانت من جهة الام او من جهة الاب فام الاب تحجب ام ام الام وام ابي الاب ولا فرق بين ان تكون القربى وارثة او محجوبة كأم الاب المحجوبة بالاب فانها تحجب ام ام الام فلو لم توجد ام الاب لم تحجب ام ام الام بالاب لانها جدة امية وقد عرفت انها لا تحجب به فان وجدت جدتان صحيحتان فى درجة واحدة استحقتا السدس ويقسم بينهما نصفين اتفاقاً اذا كان كل منهما ذات قرابة واحدة كام ام وام اب فان كانت احداهما ذات قرابتين كام ام الام وهى ايضاً ام ابي الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كأم ام الاب قال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم السدس بينهما انصافاً باعتبار الابدان وهو المعول عليه وقال محمد يقسم السدس بينهما اثلاثاً باعتبار الجهات لان

استحقاق الارث باعتبار الاسباب فاذا اجتمع في واحد سببان متفقان كجدة من جهتين كانت فى الصورة واحدة وفى المعنى متعددة فتستحق الارث بهما معاً كما اذا اجتمع فى شخص سببان مختلفان فانه يرث بهما اتفاقاً فاذا ترك شخص ابنى عم شقيق او لاب احدهما اخ لام يأخذ ذلك الاخ السدس بطريق الفرض والباقى يقسم بينهما نصفين بالتعصيب وكذا اذا توفيت امرأة وتركت ابنى عم شقيق او لاب احدهما زوجها فان الزوج يأخذ النصف بالفرضية ويقاسم الآخر فى النصف الباقى بالتعصيب

ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف أن تعدد الجهة ان اقتضت تعدد الاسم كما في المثالين المذكورين كان مقتضياً لتعدد الاستحقاق بحسب تعددها واما اذالم يقتض تعدد الاسم كان في حكم الجهة الواحدة وما نحن فيه من هذا القبيل فان ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة وعلى هذا لو كانت جدة ذات قرابات ثلاثة مع جدة ذات قرابة واحدة يقسم السدس بينهما انصافاً عند ابي يوسف وارباعاً عند محمد

(وصورة المسئلة)



وتوضيح هـذه الصورة ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد منهما ولد فهذه المرأة جدة لهذا الولد من قبل أبيه لانها ام ابي ابيه ومن قبل امه لانها ام ام امه فهي جدة ذات قرابتين ثم انه من غير شك كانت هناك امرأة اخرى تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولد منهما ابن ابن الاولى الذي هو ابو الميت فهذه ام ام ابي الميت فهى ذات قرابة واحدة فهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة

واذ اردت ان تصور الجدة ذات القرابات الثلاث تقول ان تلك المرأة التي زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد منها مذكراً اذا زوجت هـذا المولود بنت بنت بنت أخرى لها فولد منهما ولد كانت تلك المرأة للمولود الثاني ام ام ام الام وام ام ام الاب وام ابى ابى الاب وكانت صاحبتها اعنى أم زوجة ابنها للمولود الثاني ام ام ابي الاب — انظر مادة (٦٠٧)

فقد بان لك مما سبق ان اصحاب الفروض اثنا عشر اربعة من الذكور وهم الاب والجد الصحيح وان علا والاخ لام والزوج وثمانية من الاناث

(مادة ٦٠٧) وللجدة السدس لام كانت أو لاب واحدة كانت أو أكثر اذا كن صحيحات متحاذيات فى الدرجة لان القربى تحجب البعدى ويسقطن اي الجدات كلهن سواء كن ابويات اي من جهة الأب او أميات اي من جهة الام او مختلطات بالام وتسقط الجدات الابويات دون الاميات بالاب وكذلك تسقط الابويات بالجد الا ام الاب وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله وهكذا القربية تحجب البعيدة من اى جهة كانت وارثة أو محجوبة اذا كانت جدة ذات قرابة واحدة كام ام الاب والاخرى ذات قرابتين اوا كثر كام أم الام وهي ايضاً ام ابي الاب يقسم السدس بينهما اتصافاً

وهن البنت وبنت الابن وان نزل ابوها والاخت الشقيقة والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة والزوجة

وان كل واحد منهم له احوال تختلف باختلاف الورثة الموجودين معه وقد عرفت جميعها من هذا الباب ولكنها مفرقة فلاجل التسهيل وضعنا لك جدولا يبين لك جميع هذه الاحوال في صحيفة واحدة ليسهل لك معرفة اى حالة تريد البحث عنها لاى وارث من المذكورين فان استفدت ما انت طالبه منه فبها والا فارجع الى نفس الحالة التى تريدها في شرح احوالهم تجدها واضحة بما لا مزيد عليه ولاجل زيادة السهولة رتبنا اصحاب الفروض واحوالهم في هذا الجدول على حسب ترتيبها فى الشرح

وكيفية وضعه اننا اثبتنا جميع اصحاب الفروض فى المربعات الرأسية من جهة اليمين ووضعنا احوال كل واحد امامه في الخانات المربعات الافقية وهذا هو الجدول —

﴿ الباب الخامس ﴾

(فى الارث بالتعصيب)

اعلم ان العصبة تنقسم انقساماً اوليا الى قسمين الاول العصبة النسبية وهي الآتية من جهة النسب اي القرابة والثانى العصبة السببية وهى الآتية من جهة السبب اي العتق

والاول ينقسم الى ثلاثة اقسام عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره ولكن عندما يطلق العاصب لاينصرف الا الى العاصب بنفسه وهو من يأخذ جميع المال عند انفراده او ما ابقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر ان لم يكن محجوباً به كالاخت الشقيقة مع الابن فانها وان كانت صاحبة فرض الا انها لا تأخذ شيئاً معه — انظر مادة (٦٠٨)

﴿ القسم الاول ﴾

وهو العاصب بنفسه النسبي

العاصب بنفسه النسبي هو كل مذكر لم ينتسب بالانثى وحدها سواء انتسب بمذكر فقط كابن الابن او انتسب بانثى مع مذكر كالاخ الشقيق فخرج عنه من انتسب بانثى فقط كابن الام فانه ليس بعصبة

وهو ينحصر فى اربعة اصناف البنوة والابوة والاخوة والعمومة — فالبنوة تشمل الابن وابن الابن وان سفل والابوة تشمل الاب والجد الصحيح

(مادة ٦٠٨) العاصب شرعاً كل من حاز جميع التركة اذا انفرد أوحاز ما ابقته الفرائض والعصبة نوعان نسبي وسببي فالنسبي على ثلاثة اقسام عاصب بنفسه وعاصب بغيره وعاصب مع غيره

وان علا والاخوة تشمل الاخ الشقيق والاخ لاب وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لاب وان نزل كل منهما والعمومة تنقسم الى ثلاثة اقسام عمومة نفس الشخص وعمومة ابيه وعمومة جده وان علا وكل من الاقسام الثلاثة يشمل العم الشقيق والعم لاب وابن العم الشقيق وابن العم لاب وان نزل كل منهما

والعصبة في اللغة قرابة الرجل لابيه وهو جمع عاصب مثل كملة وكامل ولكن الفقهاء يستعملون العصبة فى الواحد لانه قام مقام جماعة فى احراز جميع المال والشرع جعل الانثى عصبة فى مسئلة الاعتاق

وهذه المادة معناها في اللغة الاحاطة يقال عصب القوم بالرجل عصباً من باب ضرب احاطوا به لقتال او حماية فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم وأطلقت العصبة شرعاً على الاصناف الاربعة المتقدمة لانهم محتاطون بالشخص من كل جهة فالبنوة من جهة الفرع والابوة من جهة الاصل والاخوة من جهة الحاشية القريبة والعمومة من جهة الحاشية البعيدة فاذا وجد واحد من العصبات المتقدمين استحق كل المال وان وجدت عدة اشخاص منهم فترتيبهم فى الارث يكون كالترتيب المتقدم فالبنوة اولا ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة بتقديم عمومة نفس الشخص على عمومة ابيه وهذه على عمومة جده فالتقديم بينهم يكون اولا بالجهة وثانياً بالدرجة وثالثاً بالقوة فان استووا في الكل استحقوا على السواء

«التقديم بالجهة»

التقديم بها يكون فيما اذا توفى شخص وترك واحداً من جهة البنوة ولو

بعدت درجته عنه كابن ابن ابن وواحداً من جهة الابوة ولو قربت درجته منه كالاب اخذ الاب السدس بطريق الفرض والباقى لمن كان من جهة البنوة بالتعصيب وانما قدم الابن على الاب في التعصيب لقوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث)

فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد المذكر فرضاً مقدّراً فتعين الباقى له فدل على ان الولد المذكر مقدم على الاب في التعصيب وابن الابن ابن كما عرفته فيقوم مقامه فيقدم على الاب ايضاً ولان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولأجله يدخر ماله عادة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « الولد مبخلة مجبنة » وقضية ذلك ان لا يجاوز بكسبه محل اختياره الا اننا صرفنا مقدار الفرض لاصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقى على قضية الدليل وكان مقتضى هذا أن تقدم البنت ايضاً على الاب وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لأولى رجل ذكر

واذا توفى شخص وترك واحداً من جهة الابوة وآخر من جهة الاخوة كان المال كله لمن هو من جهة الابوة لانه مقدم عليه في العصوبة فيأخذ الكل فان كان المتروك من جهة الابوة هو الاب فلا خلاف فى أنه يقدم على جهة الاخوة . وان كان جداً فالذى يقول بتقديمه على الاخوة هو الامام الاعظم والصاحبان يورثانهما بالكيفية التى ستعرفها فى توريث الجد مع

الاخوة . واذا كانت جهة البنوة مقدمة على جهة الابوة والابوة مقدمة على الاخوة فمن باب اولى تقدم جهة البنوة على جهة الاخوة

واذا توفى شخص وترك واحدا من جهة الاخوة ولو كان بعيداً كابن اخ لاب وآخر من جهة العمومة ولو قرب كعم شقيق كان ابن الاخ لاب اولى بالميراث من العم الشقيق فلا شئ له معه

واذا توفى شخص ولم يترك واحداً ومن الجهات المتقدمة ولكنه ترك واحداً من الجهة الرابعة فهو الذي يأخذ كل المال سواء كان من جهة عمومة نفس الشخص المتوفي او من عمومة ابيه او من عمومة جده فاذا اجتمعوا قدم من هو من جهة عمومة الشخص على من كان من جهة عمومة ابيه وهذا على من هو من جهة عمومة جده فاذا توفى شخص عن ابن عمه الشقيق او لاب وعم ابيه الشقيق كان المال كله للاول ولا شئ للثانى وكذا اذا ترك عم ابيه لاب وعم جده الشقيق اخذ الاول كل المال وهذا يسمى عندهم تقديما بالجهة وانما قدمت جهة الابوة على الاخوة لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة وقدمت جهة الاخوة على العمومة لان الاخوة جزء الاب فكانوا اقرب من الاعمام لانهم جزء الجد وهكذا يقال في ترتيب اقسام العمومة — انظر مادة (٦٠٩)

مادة (٦٠٩) العاصب بنفسه هو كل من لم يحتج فى عصوبته الى الغير ولا يدخل في نسبته الى الميت انثى وهو اربعة اصناف بعضها اولى بالميراث من بعض على الترتيب الآتي بعد . الصنف الاول ابن الميت وان سفل فمن مات وترك ابناً لا غير فالمال كله للابن بالعصوبة . الصنف الثاني الاب او الجد الصحيح وان علا عند عدم الابن

(التقديم بالدرجة)

فان وجـدت جملة اشخاص منهم وكان الـكل من جهة واحـدة قدم الاقرب فكل من كان اقرب للميت درجة فهو أولى بالميراث فاذا توفى شخص عن ابن وابن ابن اخذ الابن كل التركة وحجب ابن الابن سواء كان ابنه أو ابن ابن آخر . واذا توفى عن اخ وابن اخ حجب الاخ ابن الاخ سواء كان ابنه او ابن أخ آخر وعلى هـذا يقدم العم على ابن العم ويقدم عم ابيه على ابن عم أبيه ويقدم عم جـده على ابن عم جده وهكذا فيما لو علت عمومة الجـد

(التقديم بالقوة)

فاذا اتحدوا في الجهة والدرجة قدم الا قوي فمن كان صاحب قرابتين قدم على صاحب القرابة الواحدة فالاخ لابوين يقدم على الاخ لاب وابن

فمن مات وترك ابناً وأبا أو جدا فالسدس للاب او الجد بالفرض والباقي للابن بالعصوبة. الصنف الثالث الاخوة لابوين ثم لاب ثم بنو الاخوة لابوين ثم لاب عنـد عدم الاب او الجد فمن مات وترك اباً او جـداً واخاً لابوين او لاب فالمال كله للاب او الجـد بالعصوبة ولا شيء للاخ لان الاب او الجد اولى رجل ذكر عند عـدم الابن او مات وترك اخاً وابن اخ فالمال كله للاخ ولا شيء لابن الاخ عنـد وجود الاخ. الصنف الرابـع عم لابوين ثم لاب ثم بنو العم لابوين ثم لاب وان سفلوا عند عدم الاخ وابنه فمن مات وترك عماً لابوين او لاب واخاً لابوين اولاب اوابن اخ لابوين اولاب فالمال كله للاخ أو ابنـه ولا شيء للعم لان الاخ او ابنه أولى . او مات وترك عماً لابوين أولاب وابن عم فالمال كله للعم دون ابن العم ثم عم ابيـه لابوين ثم لاب ثم بنو عم الاب لابوين وان سفلوا ثم لاب عند عدم ذلك العم وابنه ثم عم جده الصحيح لابوين ثم لاب ثم بنوه وان سفلوا عند عدم عم الاب لابوين اولاب وبنيه وان سفلوا ثم وثم على الترتيب المذكور

الاخ لابوين يقدم على ابن الاخ لاب وابن العم لابوين يقدم على ابن العم لاب وقس على ذلك عمومة الجد والاب وانما كان كذلك لان الاخ لاب وأم مثلاً أقوى من الاخ لاب لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح عند الاستواء فى الدرجة وصاحب القرابتين يقدم على صاحب القرابة الواحدة سواء كان ذو القرابتين مذكراً او مؤنثاً فالاخ الشقيق يقدم على الاخ لاب لقوته والاخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع البنت او بنت الابن تقدم على الاخ لاب فاذا توفى شخص عن بنت واخت شقيقة وأخ لاب اخذت البنت فرضها والباقى تأخذه الاخت الشقيقة بالتعصيب وتحجب الاخ لاب فاذا لم تصر الاخت الشقيقة عصبة مع الغير فلا تحجب الاخ لاب

فاذا توفى شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لاب اخذت الزوجة فرضها وهو الربع لعدم الفرع الوارث والاخت الشقيقة النصف والاخ لاب يأخذ الباقي بطريق التعصيب فالاخت لا تحجبه فى مثل هذه المسألة لانها لم تصر عصبة مع غيرها

(التساوى فى الاستحقاق)

« عند الاتحاد فى الجهة والدرجة والقوة »

فان استووا في الجهة والدرجة والقوة استحق الجميع على السواء بحسب رؤوسهم فمن مات وترك ثلاثة ابناء او اربعة ابناء ابن قسم المال اثلاثاً فى الاول وارباعاً فى الثاني ولو مات وترك ابن اخ شقيق وابنى أخ آخر شقيق ايضاً قسم المال بينهم باعتبار رؤوسهم لا أصولهم فيقسم المال بينهم فى هذا المثال أثلاثاً

فقد علمت مما تقدم ان التقديم فى العصبات يكون اوّلا بالجهة فان

اتحدت الجهة يقدم بالدرجة فان اتحدت الجهة والدرجة يقدم بالقوة فان اتحدت الجهة والدرجة والقوة استحق الكل على السواء — انظر مادة (٦١٠)

﴿ القسم الثاني ﴾

(العاصب بغيره)

العصبة بغيره هي كل انثى احتاجت في عصوبتها الى الغير وشاركت ذلك الغير في تلك العصوبة وهي تنحصر في الاناث التي فرضهن نصف عند الانفراد او ثلثان عند الاجتماع وهن اربعة البنت وبنت الابن والاخت الشقيقة والاخت لاب فكل واحدة منهن تحتاج الى من يعصبها وهو الابن بالنسبة للبنت وابن الابن بالنسبة لبنت الابن والاخ الشقيق بالنسبة للاخت الشقيقة والاخ لاب بالنسبة للاخت لاب فمتى اجتمعت البنات مع الابناء أو ابناء الابناء مع بنات الابناء او الاخوات الشقيقات مع الاخوة الاشقاء او الاخوات لاب مع الاخوة لاب ورث الكل بالتعصيب فيأخذ المذكر ضعف ما للانثى فقد صدق على كل واحدة منهن انها صارت عصبة بغيرها وشاركته في تلك العصوبة لان كلا منهن في حالة اجتماعها مع المعصب ليس لها شئ مخصوص بل يختلف النصيب باختلاف عدد الذكور والاناث

مادة (٦١٠) قاعدة كل من كان اقرب تاميت درجة فهو اولى بالميراث كالابن ثم الاب او الجد وكل من كان ذا قرابتين اولى من ذي قرابة واحدة سواء كان ذو القرابتين ذكراً او انثى فان الاخ لابوين اولى من الاخ لاب والاخت لابوين اذا صارت عصبة مع البنت الصلبية او بنت الابن اولى من الاخ لاب وابن الاخ لابوين اولى من ابن الاخ لاب وعم الميت لابوين اولى من العم لاب وكذلك الحكم في اعمام ابيه واعمام جده

المجتمعين . والمعصب لكل منهن لا يكون الا في درجتها الا بنت الابن فان المعصب لها تارة يكون فى درجتها وتارة يكون أنزل منها درجة او اكثر فان كان فى درجتها عصبها مطلقاً وان كان أنزل منها درجة فلا يعصبها الا اذا كانت محتاجة اليه وقد تقدم كل ذلك فى احوال بنات الابن فراجعها — انظر مادة (٦١١)

فاذا لم تكن الانثى صاحبة فرض واجتمعت مع اخيها العاصب فلا يعصبها كالعم مع العمة لابوين فان المال كله للعم دونها لان العمة ليست بصاحبة فرض بل هى من ذوى الارحام وكذا الحال في ابن العم الشقيق مع بنت العم الشقيق فان المال كله لابن العم الشقيق لان بنت العم ليست بصاحبة فرض ومثل ذلك ابن الاخ الشقيق أو لاب مع بنت الاخ الشقيق اولاب فان المال كله للمذكر ولا تأخذ الانثى منه شيأ وكذلك بنت المعتق مع ابن المعتق فان المال كله لابن المعتق واخته لاتستحق معه شيأ لانها ليست بصاحبة فرض من جهة المعتق (بفتح التاء) فلا تصير عصبة باخيها وذلك لان النص الوارد فى صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما هو فى موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة والاناث في كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض

(مادة ٦١١) العصبة بغيره هي كل انثي احتاجت فى عصوبتها الى الغير وشاركت ذلك الغير فى تلك العصوبة وهن اربعة من الاناث فرضهن نصف اوثلثان كالبنات الصلبيات وبنات الابن والاخوات لابوين والاخوات لاب يحتاج كل واحدة منهن فى العصوبة الى اخوتهن او يحتاج بعضهن الى من يقوم مقام اخوتهن وقسمة التركة بينهم للذكر مثل حظ الانثيين

لهـا من الاناث لا يتناوله النص — انظر مادة [٦١٢]

(القسم الثالث)

﴿ العصبة مع الغير ﴾

العصبة مع الغير هى كل انثى احتاجت في عصوبتها الى الغير ولم يشاركها ذلك الغير في تلك العصوبة وهما اثنتان فقط الاخت الشقيقة والاخت لاب فكل واحدة منهما تصير عصبة مع البنت أو بنت الابن او معهما ولا فرق بين ان تكون كل منهما واحدة او اكثر فاذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن واختين شقيقتين او اختين لاب اخذ كل من البنت وبنت الابن فرضه والباقى للاختين الشقيقتين او الاختين لاب ولو كان معهما صاحب فرض آخر كالزوجة او الام مثلا اخذ فرضه ايضاً منضما الى نصيب البنت وبنت الابن او احداهما والباقى للشقيقتين او الاختين لاب اذا لم تستغرق الفروض التركة والا فلا شئ لمن وجد منهما كبنت وبنت ابن وام وزوج واخت شقيقة — انظر مادة [٦١٣]

والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره ان الغير الذي دخلت عليه الباء عاصب بنفسه اذ هو الابن او ابن الابن وان نزل او الاخ الشقيق او

(مادة ٦١٢) من لافرض لها من الاناث واخوها عصبة فلا تصير عصبة بأخيها كالعم مع العمة لابوين فان المال كله للعم دونها وكذا الحال في ابن العم لاب مع بنت العم لاب وابن الاخ لاب مع بنت الاخ لاب

(مادة ٦١٣) العصبة مع الغير هى كل انثى احتاجت فى عصوبتها الى الغير ولم يشاركها ذلك الغير فى تلك العصوبة وهما اثنتان اخت لابوين واخت لاب تصير كل واحدة منهما عصبة مع بنت الصلب أو مع بنت الابن سواء كانت واحدة او اكثر

الاخ لاب وكل منهم عاصب بنفسه وحينئذ تتعدى بسببه العصوبة الى الانثى ـ والغير الذي دخلت عليه مع ليس عاصباً بنفسه اذ هو البنت او بنت الابن وكل منهما ليس عصبة بنفسه فالعصوبة ليست موجودة فى كل منهما حتى تتعدى الى غيرهما بل حصلت العصوبة باجتماعهما معاً وايضاً العصبة بغيرها تشارك المعصب لها فى العصوبة فيأخذ المذكر ضعف مالانثى والعصبة مع الغير لا تشارك المعصب لها اصلا فى العصوبة بل كل من البنت او بنت الابن او هما يأخذ فرضه والاخت الشقيقة او لاب وان تعددت تأخذ الباقي بعد فرضهما ان لم يوجد معهما صاحب فرض آخر فان وجد اخذ فرضه ايضاً واحدى الاختين تأخذ الباقى . والاخت لاب لا تصير عصبة مع البنت او بنت الابن الا اذا كانت الاخت الشقيقة غير موجودة فان وجدت الشقيقة والاخت لاب مع البنت فلا تأخذ الاخت لاب شيئاً لانها حجبت بالشقيقة حيث صارت عصبة — انظر مادة (٦١٤)

واعلم ان العصوبة قد تؤثر فى اصل الاستحقاق كبنت ابن وابن ابن مع بنتين فلولا عصوبتها لسقطت اذ البنتان تستحقان الثلثين فلا تأخذ بنت الابن شيئاً الا اذا وجد معها معصب فهو قريب مبارك اذ لولاه لسقطت بنت الابن وقد تؤثر فى النقصان كبنت وابن فانهما يرثان للمذكر ضعف ما للانثى فلولا التعصيب لاخذت البنت النصف وقد تؤثر فى الحرمان كبنت

(مادة ٦١٤) الفرق بين هاتين العصبتين ان الغير فى العصبة بغيره يكون عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة الي الانثى وفي العصبة مع غيره لايكون عصبة بنفسه اصلا بل تكون عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير

ابن وابن ابن وبنت وزوج واب وأم فالبنت لها النصف والزوج الربع والاب السدس والام مثله فالمسألة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللاب اثنان وللام مثله فقد عالت المسئلة الى ثلاثة عشر وحينئذ لم يبق لابن الابن وبنت الابن شئ فتسقط معه ولولا وجوده لفرض لها السدس عائلا كما هو قاعدتها مع وجود بنت واحدة فهو قريب مشؤوم اذ لولاه لورثت وقد لا تؤثر العصوبة شيئاً كبنت وبنت ابن وابن ابن واخ شقيق فان البنت تأخذ فرضها وهو النصف والباقي بين بنت الابن وابنه للمذكر ضعف ما للانثى ولا شئ للاخ لانه محجوب بابن الابن فعند قسمة الباقي بعد فرض البنت وهو النصف يخص بنت الابن السدس فلو لم يكن ابن الابن موجوداً لاخذت السدس بالفرض والباقي يأخذه الاخ الشقيق بطريق التعصيب

(العاصب السببي)

العاصب السببي هو مولى العتاقة وسمي بذلك لان عصوبته آتية من جهة السبب وهو العتق فهو وارث بالتعصيب ولكنه مؤخر عن العاصب النسبي ومقدم على ذوى الارحام والرد على ذوى الفروض فاذا مات المعتق (بفتح التاء) وترك ابنا ومعتقا بكسر التاء كان المال كله لابنه ولا شئ للمعتق لان ابنه عصبة نسبية والمعتق عصبة سببية والنسبية مقدمة لقوتها . وان ترك بنتاً واختاً شقيقة ومعتقاً أخذت البنت او الاخت الشقيقة فرضها والمعتق يأخذ الباقي بطريق التعصيب ولا يرد على واحدة منهما اذ العاصب السببي موجود وهو مقدم على الرد لما روى ان ابنة حمزة أعتقت عبداً لها

ومات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة . واذا ترك ابن بنت ومعتقاً أخذ المعتق كل التركة ولا شئ لابن بنته لانه من ذوى الارحام والعصبة السببية مقدمة عليهم

والمعتق بكسر التاء يرث معتقه بفتحها ولو شرط فى عتقه ان لا ولاء له عليه لان هذا الشرط مخالف للشرع فيبطل فقد روى ان عائشة رضى الله تعالى عنها ارادت ان تشترى بريرة لتعتقها فقال اهلها على أن ولاءها لنا فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق اى لا لمن شرطه لنفسه من بائع وموصى وغيرهما فاذا مات المعتق بفتح التاء بعد معتقه فولاؤه لعصبته بانفسهم وهى البنوة والابوة والاخوة والعمومة على ما تقدم لك فى الارث بالتعصيب النسبى اى فيقدم اوّلا بالجهة ثم بالدرجة ثم بالقوة فان اتحدوا فى الكل قسم المال بينهم بالسوية ولا ارث من المعتق بفتح التاء لمن هو عصبة للمعتق بكسر التاء بغيره او مع غيره فاذا مات المعتق بعد المعتق وترك بنت المعتق وابنه كان المال كله لابنه دونها لان البنت ليست عصبة بنفسها بل بغيرها وكذلك لا شئ للاخت لانها تصير عصبة لا بنفسها بل مع غيرها . واذا ترك أبا المعتق وابنه او ابن ابنه كان المال كله لابن المعتق او ابن ابنه ولا شئ لابيه لان البنوة مقدمة على الابوة فى العصوبة وهذا هو الذى عليه المعول وقال ابو يوسف يأخذ الاب السدس والباقى لجهة البنوة واستدل بان الولاء كله اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك والمعتق لو ترك أباً وابناً كان لابيه سدس ماله والباقى لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب عن ذلك ان الاب انما يأخذ السدس من ابنه بطريق

الفرض والابن يأخذ الباقي بطريق التعصيب والارث من معتق ابنه ليس بالفرض بل بالتعصيب فيقدم أولى العصبات وهو الابن وابنه وان نزل . وان ترك المعتق ابن المعتق وجده كان المال كله لابن المعتق بالاتفاق وقد عرفت مما تقدم ان هذه المسئلة من المسائل التي يخالف فيها الاب الجد . وان مات وترك أبا المعتق واخوته كان المال كله للاب اتفاقاً وكذا لو كان مكان الاب جد عند ابي حنيفة لان الجد يحجب الاخوة عنده وهو المعول عليه والمعمول به الآن وعند الصاحبين يرث الجد مع الاخوة كما ستعرفه في كيفية توريثهم اذا اجتمعوا

وان ترك اخاً شقيقاً للمعتق او لاب وعما له كان كل المال للاخ لانه مقدم على العم بالجهة وان ترك اخاً لاب للمعتق وابن أخ شقيق قدم الاخ لقرب درجته وان ترك اخاً شقيقاً واخاً لاب قدم الاخ الشقيق لقوته وان ترك عمين شقيقين استويا في الاستحقاق لعدم المرجح فترتيب عصبة المعتق في الارث من المعتق كترتيبهم في استحقاقهم من جهة النسب فتقدم اولا جهة البنوة فالابوة فالاخوة فالعمومة فان اتحدوا في الجهة قدم الاقرب درجة فان اتحدوا في الجهة والقرب قدم الاقوى فان اتحدوا في الكل اشتركوا في القسمة . فان انعدمت عصبات المعتق قدم معتق المعتق ثم عصبته على الترتيب المذكور ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته الخ ثم انه يشترط في الارث بالعتق ان يحصل العتق لشخص وهو على ملك شخص آخر سواء كان بالاعتاق ولو من وصية بان اوصى بعتق عبده بعد موته او بالاستيلاد او بملك رحم محرم منه وسواء كان الاعتاق لوجه حق او لغيره كالعتق للرسول

او للولى وحينئذ يكون قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن اعتق جرياً على الغالب او ان القصر اضافى فيكون المعنى الولاء لمن اعتق لا لمن شرطه بنفسه من بائع ونحوه كواهب وموصى . — انظر مادة (٦١٥)

والمعتق يرث من معتقه سواء كان مذكراً او مؤنثاً فالمولاة كالمولى فى جميع ما تقدم فاذا اعتقت امرأة شخصاً ثبت لها عليه الولاء فترثه هى وعصبتها بانفسهم على الكيفية والترتيب اللذين عرفتهما مما تقدم فالنساء لا يرثن بطريق لولاء من معتق غيرهن من اب او جد او اخ بل من شخص كن سبباً فى عتقه

والاصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء مُعْتَقهن أو معتق معتقهن » ومعنى هذا الحديث ليس للنساء من الولاء شئ الا ولاء ما اي العبد الذى اعتقنه او ولأما اى العبد الذى اعتقه من اعتقنه او ولاء ما اى العبد الذي كاتبنه او ولاء ما كاتبه

(مادة ٦١٥) والسببي هو مولى العتاقة وهو وارث بالتعصيب وآخر العصبات ومقدم على ذوى الارحام والرد على ذوي الفروض والمعتق يرث من معتقه ولو شرط في عتقه ان لا ولاء له عليه ثم عصبة المعتق الذكور على الترتيب الذي تقدم فى العصبات النسبية فتكون العصبة النسبية للمعتق مقدمة على السببية والمراد بالعصبة النسبية للمعتق ما هو عصبة بنفسه فقط فيكون ابن المعتق عند عدم المعتق اولى العصبات بالارث ثم ابن ابنه وان سفل ثم ابوه ثم جده وان علا الي آخر العصبات ولا ولاء لمن هو عصبة للمعتق بغيره أو مع غيره على من أعتقه ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وولاؤه له فمن مات وترك مولى العتاقة ولا وارث له فالمال كله للمولى ثم لعصبته على ما تقدم

من كاتبنه او ولاء ما دبرنه او ولاء ما دبره من دبرنه أو جر ولاء معتقهن او الولاء الذى هو مجرور معتق معتقهن فحذف من كل نظير ما اثبت فى الآخر اى ليس لهن من الولاء الا ولاء ما اعتقن او ولاء من اعتقه أو كاتبه او دبره من اعتقن أو ولاء ما كاتبن او ولاء ما كاتب او اعتق او دبر من كاتبن او ولاء ما دبرنه او ولاء ما دبر او اعتق او كاتب من دبرنه فكلمة ما المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الاعتاق فانه بمنزلة سائر ما يتملك مما لاعقل له كما فى قوله تعالى (او ما ملكت ايمانكم) وكلمة من عبارة عمن صار حراً مالكا فاستحق ان يعبر عنه بلفظ العقلاء فعبر عن الاول بما وعن الثاني بمن وان كانا حرين لان الاول متصرف فيه كسائر الاموال والثاني متصرف كسائر الملاك وقوله او جر عطف على المستثنى المحذوف وهو ولاء وولاء المذكور مفعوله ومعتقهن فاعله وهو على تقدير ان والمصدر المنسبك بمعنى اسم المفعول كما فى قوله تعالى (وما كان هذا القرآن أن يفترى) اى مفترى او على تقدير موصوف حذف واقيمت صفته مقامه ووضع المظهر موضع المضمر والتقدير ليس للنساء من الولاء الا كذا والا ولاء جر أى مجرور معتقهن او الا ولاء جره معتقهن . وثبوت الولاء بالنسبة للمدبر يكون بالنسبة لعصبة المعتقة لا لها اذ المدبر لا يصير حراً الا بموت المدبر فلا يتصور ان يموت المدبر بفتح الباء المشددة حراً فى حياة المدبر (بكسر الباء) او نقول يمكن ان يكون بالنسبة لها ايضاً ونصوره بان امرأة دبرت عبداً ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها وبحرية عبدها المدبر ثم اسلمت ورجعت الى دار الاسلام ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية فهذه

المرأة عصبته

وصورة جر معتقهن الولاء ان عبد امرأة تزوج باذنها جارية قد اعتقها مولاها فولد منها ولد فهو حر تبعاً لامه وولاؤه لمولى امه فاذا أعتقت تلك المرأة عبدها جر ذلك العبد باعتاقها اياه ولاء ولده الى مولاته حتى اذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة ابيه فولاؤه لها. وصورة جر معتق معتقهن الولاء ان المرأة أعتقت عبداً فاشترى العبد المعتق عبداً وزوجه بمعتقة غيره فولد بينهما ولد فهو حر وولاؤه لولى امه فاذا اعتق ذلك العبد المعتق عبده جر باعتاقه ولاء ولد معتقه الى نفسه ثم الى مولاته — انظر مادة (٦١٦)

(الباب السادس)

فى الحجب

اعلم ان الحجب معناه فى اللغة المنع مطلقاً وفى اصطلاح الفقهاء منع شخص معين من ميراثه كله او بعضه بوجود شخص آخر يعنى انه لولا وجود الشخص الآخر معه لورث كالاب مع الجد مثلا فان الجد لا يأخذ معه شيئاً فلولا وجود الاب لورث الجد فالمنع انما جاء لمعنى فى غيره فان كان المنع لمعنى فى نفسه ككونه رقيقاً او قاتلا سمي محروماً لا محجوباً ويؤخذ من هذا التعريف ان الحجب ينقسم الى نوعين — الاول حجب

(مادة ٦١٦) مولاة العتاقة كمولى العتاقة فيما تقدم والاصل انه ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن فمن مات وترك مولاة العتاقة فالمال كله لها

حرمان وهو منع شخص عن ميراثه كله بوجود شخص آخر كحجب الجد بالاب وابن الابن بالابن وابن الاخ بالاخ فان كلا من الجد وابن الابن وابن الاخ لايستحق شيئاً اصلا مع الاب والابن والاخ

والثانى حجب النقصان وهو منع شخص من فرض مقدر الى فرض أقل منه لوجود شخص آخر كانتقال الزوج بالفرع الوارث من النصف الى الربع وكانتقال بنت الابن بالبنت من النصف الى السدس وكانتقال الزوجة او الزوجات من الربع الى الثمن والام بالفرع الوارث او اثنين من الاخوة او الاخوات او منهما من الثلث الى السدس فلو نقصت السهام بالعول كما اذا توفيت الزوجة عن الزوج واختين لاب واخت لام وأم أو نقصت حصص اصحاب الفروض بالاجتماع مع من يجانسهم كثلاث بنات او اخوات لاب او زوجتين فلا يسمي هذا حجباً — انظر مادة (٦١٧)

فالنوع الاول وهو حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة اصلا وهم الاب والام والابن والبنت والزوج والزوجة فمتى وجد واحد من هؤلاء في مسألة من المسائل فلا بد أن يكون مستحقاً لشيء من التركة ولو وجد معه جميع الورثة ولهذا لو اجتمع كل الورثة ذكوراً واناثا ورث منهم خمسة وهم الابوان والولدان وأحد الزوجين ولا يتأتى ان يكون الزوجان موجودين

(مادة ٦١٧) الحجب منع شخص معين عن ميراثه كله أو بعضه بوجود شخص آخر وهو نوعان — الاول حجب نقصان عن حصة من الارث الى اقل منها كانتقال الزوج بالولد من النصف الى الربع وكانتقال الزوجة مع وجود الولد من الربع الى الثمن والام من الثلث الى السدس والاب من الكل الى السدس — الثاني حجب حرمان من الميراث كحجب ابن الاخ بالاخ

معاً في مسئلة من مسائل الارث ويدخل حجب الحرمان على من عدا هؤلاء الستة

والنوع الثاني وهو حجب النقصان يدخل على خمسة من الورثة وهم الأم وبنت الابن والاخت لاب والزوج والزوجة فان كل واحد من هؤلاء له فرضان فتارة يأخذ الفرض الاكبر اذا لم يوجد معه من يحجبه عنه وتارة يأخذ الاقل اذا وجد معه من يحجبه عنه فالام تأخذ الثلث اذا لم يوجد معها فرع وارث او اثنان من الاخوة والاخوات فان وجد معها احدهما اخذت السدس وبنت الابن تأخذ النصف اذا لم يوجد معها بنت فان وجدت اخذت السدس والاخت لاب تأخذ النصف اذا لم توجد معها اخت شقيقة فان وجدت اخذت السدس والزوج يأخذ النصف اذا لم يوجد معه فرع وارث فان وجد اخذ الربع والزوجة تأخذ الربع اذا لم يوجد معها فرع وارث فان وجدا استحقت الثمن فغير هؤلاء ليس له فرضان يحجب من اكثرهما الى اقلهما ولو الاب لانه وان كان يأخذ السدس مع الفرع الوارث والكل عند عدمه ولكن أخذه الكل لا بطريق الفرض بل بطريق التعصيب — انظر مادة (٦١٨)

والكلام الآن انما هو في حجب الحرمان واما حجب النقصان فقد عرف من اصحاب الفروض وأحوالهم مع غيرهم فبعد ان نخرج من لا يدخل عليه حجب الحرمان وهم الستة المتقدمون الابوان والولدان والزوجان يلزمنا ان نعرف من يحجب غيرهم

(مادة ٦١٨) حجب الحرمان لايدخل على ستة من الورثة وهم الاب والام والابن والبنت والزوج والزوجة ويدخل حجب الحرمان على من عدا الستة المذكورين وحجب النقصان يدخل على خمسة وهم الام وبنت الابن والاخت لاب والزوجان

فالجد يحجب عن الميراث بالاب فتى وجد الاب لا يستحق الجد شيئاً أصلا والجدة تحجب بالام سواء كانت الجدة من جهة الام اومن جهة الاب أو من جهة الجد واما الاب فانه يحجب الجدة التي من قبله وهي امه وان علت وكذلك الجد فانه يحجب الجدة التي من قبله ايضاً وهي امه وان علت فان لم تكن من قبله فلا يحجبها وان علت كام الاب معه لانها زوجته او ام ام الاب فانه لا يحجبها ايضاً لانها ليست منتسبة به لانها ام زوجته وتحجب القربى من البعيدة سواء كانت القربى من جهة الاب او من جهة الام — انظر مادة (٦١٩)

وقد عرفت من شرح ارث العصبات ان التقديم بينهم يكون اولا بالجهة ثم بالدرجة ثم بالقوة وينبني على ذلك ان ابن الابن يحجب بالابن فقط وكل ابن ابن اسفل يحجب بابن ابن اعلى منه والاخوة والاخوات سواء كانوا لابوين او لاب او لام يسقطون باربعة وهم الابن وابن الابن وان نزل والاب والجد الصحيح وان علا اما حجب ابن الابن فللقرب وتحجب الاخوة بالبنوة والابوة بسبب الجهة لان جهة البنوة والابوة مقدمة على الاخوة — انظر مادة (٦٢٠)

والاخ لاب يحجب بستة وهم الابن وابن الابن وان نزل والاب والجد الصحيح وان علا والاخ الشقيق والاخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع الغير

(مادة ٦١٩) يحجب الجد من الميراث بالاب سواء كان الجد يرث بالتعصيب كجد فقط أو بالفرض وحده كجد مع ابن او بالفرض والتعصيب كجد مع بنت وتحجب ام الميت الجدات سواء كن من جهة الام او من جهة الاب او من جهة الجد

(مادة ٦٢٠) الابن يحجب ابن الابن وكل ابن ابن اسفل يحجب بابن ابن اعلى منه وتسقط الاخوة من الميراث ذكوراً او اناثاً سواء كانوا لابوين او لاب او لام بالاب والجد وبالبنين وبني البنين وان سفلوا

بان توفى شخص عن بنت واخت شقيقة واخ لاب فان لم تصر الاخت الشقيقة عصبة مع الغير فلا تحجب الاخ لاب فاذا توفى شخص عن زوجة واخت شقيقة واخ لاب اخذ كل من الزوجة والاخت فرضه والاخ لاب يأخذ الباقي بطريق التعصيب اما حجبه بغير الاخ الشقيق فكما تقدم وحجبه به بالقوة — انظر مادة (٦٢١)

وابن الاخ الشقيق يحجب بسبعة وهم الابن وابن الابن وان نزل والاب والجد الصحيح وان علا والاخ الشقيق والاخ لاب والاخت الشقيقة اولاب اذا صارت كل منهما عصبة مع الغير وانما حجب بمن ذكروا لما عرفته من القاعدة المتقدمة — انظر مادة (٦٢٢)

وابن الاخ لاب يحجب بثمانية وهم السبعة المذكورون في المادة السابقة وابن الاخ الشقيق كما تقدم — انظر مادة (٦٢٣)

والاخوة والاخوات لام يحجبون بستة وهم الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وان نزل ابوها والاب والجد الصحيح وان علا لما عرفته غير مرة من أن اولاد الام يحجبون بالفرع الوارث مطلقاً والاصل

(مادة ٦٢١) الاخ لاب يحجب بالاب والابن وابن الابن وبالاخ الشقيق وبالاخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع الغير

(مادة ٦٢٢) ابن الاخ الشقيق يحجب بسبعة وهم الاب والجد والابن وابن الابن والاخ الشقيق وبالاخ لاب وبالاخت لابوين او لاب اذا صارت عصبة مع الغير

(مادة ٦٢٣) ابن الاخ لاب يحجب بثمانية من الورثة وهم السبعة المذكورون بالمادة السابقة وبابن الاخ الشقيق .

الوارث المذكر — انظر مادة[٦٢٤]

والعم الشقيق يحجب بعشرة وهم الابن وابن الابن وان نزل والاب والجد الصحيح وان علا والاخ الشقيق والاخ لاب والاخت الشقيقة والاخت لاب اذا صارت كل واحدة منهما عصبة مع الغير وابن الاخ الشقيق وابن الاخ لاب لما عرفته من ان جهة البنوة والابوة والاخوة مقدمة على العمومة — انظر مادة[٦٢٥]

والعم لاب يحجب بالورثة الحاجبين للعم الشقيق وبالعم الشقيق وابن العم الشقيق يحجب بالورثة الحاجبين للعم لاب وبالعم لاب . وابن العم لاب يحجب بمن ذكر وبابن العم الشقيق ومع ذلك فالاحسن لك مراجعة الارث بالتعصيب لتعرف ذلك بطريقة سهلة جداً — انظر مادة[٦٢٦]

وبنات الابن لا يحجبن بالبنت الصلبية بل لهن معها السدس تكملة للثلثين فاذا توفى شخص عن بنت صلبية وبنات ابن أخذت الصلبية فرضها وهو النصف وبنات الابن السدس فاذا اخذت الصلبيات الثلثين بان كن اثنتين فاكثر فلا شئ لبنات الابن سواء كن واحدة كما اذا ترك بنتين

(مادة ٦٢٤) الاخوة لام يحجبون بستة بالاب والجد والابن وابن الابن والبنت الصلبية وبنت الابن

(مادة ٦٢٥) العم الشقيق يحجب بعشرة وهم الاب والجد والابن وابن الابن والاخ لابوين وبالاخ لاب والاخت لابوين أو لاب اذا صارتا عصبتين وبابن الاخ لابوين أولاب

(مادة ٦٢٦) ابن العم الشقيق يحجب بالورثة الحاجبين المذكورين فى المادتين السابقتين وبالعم لابوين وكذا ابن العم لاب يحجب بمن ذكرواو بابن العم الشقيق

صلبيتين وبنت ابن أو كن اكثر كبنتين صلبيتين وثلاث بنات ابن وسواء قربت درجتهن كما فى المثالين المتقدمين او بعدت كبنتين صلبيتين وبنت ابن ابن وسواء اتحدت درجتهن كما في الامثلة المتقدمة او اختلفت بان ترك بنتين وبنت ابن وبنتي ابن ابن — ولكن محل حجب بنات الابن بالصلبيتين اذا لم يوجد معهن مذكر من ولد الابن فان وجد فانه يعصبهن فاذا توفى شخص عن بنتين وبنتى ابن وابن ابن أخذت البنتان الثلثين والباقى لابن الابن مع بنتى ابن الابن للمذكر ضعف ما للمؤنث — ومحل تعصيب ابن الابن لبنت الابن في هذه الحالة اذا كان في درجتهن كما في المثال المتقدم أو أنزل منهن درجة كبنتين وبنتى ابن وابن ابن ابن فان كان اعلى منهن درجة فلا يعصبهن بل يحجبهن حجب حرمان كبنتين وابن ابن وبنتى ابن ابن فان البنتين تأخذان الثلثين والباقى لابن الابن بالتعصيب ولا شيء لبنتي ابن الابن لانهن محجوبات بابن الابن — وليس هذا الحكم خاصاً ببنات الابن مع الصلبيتين بل هو جار بالنسبة لبنات الابن مع بعضهن اذا كان بعضهن أعلى درجة من البعض الآخر فاذا ترك بنتى ابن وبنتي ابن ابن كان لبنتي الابن الثلثان ولا شيء لبنتي ابن الابن الا اذا وجد معهما معصب من ولد الابن المذكر سواء كان فى درجتهن او أنزل منهن فاذا كان اعلى منهن درجة حجبهن — فقد علم ان البنت العليا سواء كانت صلبية او بنت ابن او انزل من ذلك لاتحجب من تحتها بل لها معها السدس فان تعددت العليا فلا شيء للسفلى الا اذا كان معها معصب فى درجتها او انزل منها فولد الابن وان نزل يعصب بنت الابن اذا كانت فى درجته مطلقاً اى سواء كانت محتاجة اليه

كما اذا كان فوقها بنتان او غير محتاجة اليه كما اذا كان فوقها بنت واحدة ويعصب من فوقه اذا كانت محتاجة اليه بان كان فوقها بنتان فان لم تكن محتاجة اليه بان كان فوقها بنت واحدة فلا يعصبها لان لها السدس فى هذه الحالة . ولا يعصب من دونه اصلا بل يحجبها حجب حرمان وقد تقدم كل ذلك بمالا مزيد عليه فى احوال بنات الابن فارجع اليه ان لم تكتف بهذا — انظر مادة (١٢٧)

والاخت لابوين وهى الشقيقة لا تحجب الاخت لاب بل لها معها السدس سواء كانت واحدة أو متعددة فاذا توفى شخص وترك اختاً شقيقة واختاً لاب او اكثر أخذت الشقيقة النصف والاخت لاب السدس تكملة للثلثين فاذا وجدت شقيقتان فلا شئ للاخوات لاب الا اذا كان معهن معصب ولا يكون الا فى درجتهن وهو اخو المتوفى لاب فاذا ترك شقيقتين واختين لاب واخاً لاب اخذت الشقيقتان الثلثين والباقى للاخ لاب مع الاختين لاب بالتعصيب للمذكر ضعف ما للمؤنث فالاخت الشقيقة متى كانت صاحبة فرض لا تحجب الاخوات لاب فان صارت عصبة مع غيرها وهو البنت او بنت الابن حجبتهن فاذا ترك شخص بنتاً اوبنت ابن واختاً شقيقة واختاً لاب حجبت الشقيقة الاخت لاب لانها صارت عصبة مع غيرها — وكما تحجب الاخت لاب فى هذه الحالة تحجب الاخ لاب ايضاً

(مادة ٦٢٧) اذا اجتمع بنات الميت الصلبيات وبنات الابن وحازت البنات الثلثين بان كن ثنتين فاكثر سقط بنات الابن كيف كن واحدة كن اوا كثر قربت درجتهن او بعدت اتحدت درجتهن او اختلفت الا اذا وجد ذكر من ولد الابن فانه يعصبهن اذا كان في درجتهن اوانزل منهن ولا يعصب من تحته من بنات الابن بل يحجبهن

لانها صارت عصبة وهى اقوى منه لانها تنسب الى الميت من جهة الاب والام وكل من الاخت لاب والاخ لاب ينتسب اليه بجهة واحدة وهي جهة الاب وقد تقدم كل ذلك فى احوال الاخوات لاب فارجع اليه فانه مرتب ترتيباً حسناً — انظر مادتي (٦٢٨ و ٦٢٩)

واعلم ان الشخص الذى منع من الميراث بعد تحقق السبب اما ان يكون لمانع من الموانع الاربعة المتقدمة فى الباب الثاني وهي الرق والقتل واختلاف الدين وتباين الدارين او لوجود شخص آخر أحق منه بالميراث فالاول يسمى محروماً والثاني يسمى محجوباً وهما مختلفان بالنسبة للتأثير على الغير

فالمحروم لا يؤثر على غيره من الورثة اصلا فاذا توفى شخص عن اب رقيق وابي اب حر فالارث للجد ولو كان لشخص اخ شقيق وابن اخ لاب فقتل الاخ اخاه اخذ التركة ابن الاخ لاب لان الاخ الشقيق صار محروماً فلا يؤثر على ابن الاخ لاب ولو توفيت الزوجة عن زوج وابن رقيق أخذ الزوج النصف ولا يؤثر عليه الابن فى هـذا الاستحقاق لقيام المانع به وهو الرق والمحجوب سواء كان محجوباً حجب نقصان او حجب حرمان يؤثر على غيره

فالاول كالام مع الفرع الوارث فانها محجوبة به من الثلث الى السدس

(مادة ٦٢٨) الاخوات لابوين اذا اخذن الثلثين بان كن اثنتين فاكثر تسقط معهن الاخوات لاب كيف كن الا اذا كان معهن اخ لاب فانه يعصبهن

(مادة ٦٢٩) الاخت لابوين اذا اخذت النصف فانها لا تحجب الاخوات لاب بل لهن معها السدس

ومع ذلك تحجب الجدة ولو ابوية والثاني كالاثنين من الاخوة من اي جهة كانا فانهما لا يرثان مع الاب ولكن يحجبان الام من الثلث الى السدس فاذا توفى شخص عن ام وأب واخوة او اخوات حجب الاب الاخوة والاخوات ومع كونهم محجوبين به حجب حرمان يحجبون الام من الثلث الى السدس وكأم الاب فانها محجوبة به حجب حرمان ومع ذلك فانها تحجب ام ام الام حجب حرمان وانما لم يؤثر المحروم واثر المحجوب لان المحروم بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل للميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فانه اهل له من وجه دون وجه فيجعل كالميت في حق استحقاق الارث فلا يرث شيئاً ويجعل حياً في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه لولا وجود حاجبه فيحجبه — انظر مادة(٦٣٠)

فقد بان لك المحجوب بغيره حجب حرمان سواء كان صاحب فرض او عصبة ولكن لا يمكنك استخراجه في بعض الافراد الا بصعوبة ولذلك اردنا ان نضع لك جدولا تستخرج منه المحجوب بغيره حجب حرمان بسهولة وحيث قد عرفت ان حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة اصلا ثلاثة من الذكور وهم الاب والابن والزوج وثلاثة من الاناث وهن البنت والام والزوجة فلا نثبتهم لك فى جدول المحجوبين — وكيفية معرفة ذلك من الجدول انه اذا كان معك جملة اشخاص في مسئلة واردت ان تعرف من يحجب أى

(مادة ٦٣٠) المحروم من الارث بمانع من موانعه المبينة فى الباب الثاني لا يحجب احدا من الورثة والمحجوب يحجب غيره كالاثنين من الاخوة والاخوات فانه يحجبهما الاب وهما يحجبان الام من الثلث الى السدس

واحد منهم حجب حرمان فانظر الى الشخص الذى تريد معرفته فى خانات المحجوبين وهى الخانات الرأسية الموجودة في الجدول من جهة اليمين تجد الاشخاص الذين يحجبونه في خانات الحاجبين الموجودة امام تلك الخانة

﴿ الباب السابع ﴾

(في بيان مسائل متنوعة)

تكلم في هذا الباب على توريث الحمل والمفقود والخنثى وولد الزنا وولد اللعان والغرقى والحرقى والهدمي والتخارج. والكلام بالنسبة للحمل في مقامين الاول كيفية توريث الحمل الثاني كيفية توريث الورثة الموجودين معه

(توريث الحمل)

لا خلاف بين علمائنا في توريث الحمل وانما الخلاف بينهم فيما يوقف له فقال ابو حنيفة يوقف له من التركة نصيب اربعة بنين أو نصيب اربع بنات ايهما اكثر ويعطى لبقية الورثة اقل الانصباء وذلك للاحتياط فان شريكا النخعي قال رأيت بالكوفة لابي اسماعيل اربعة بنين في بطن واحد ولم ينقل عن المتقدمين ان امرأة ولدت اكثر من ذلك فاكتفينا به — وقال محمد يوقف للحمل نصيب ابنين او بنتين ايهما اكثر لان ولادة اربعة في بطن واحد في غاية الندرة فلا ينبغي الحكم عليه بل على ما يعتاد في الجملة وهو ولادة اثنين — وقال ابو يوسف يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة ايهما كان اكثر وهذا هو الاصح وعليه الفتوى وذلك لان المعتاد الغالب ان لا تلد المرأة في بطن واحد الا ولداً واحداً فينبني عليه الحكم ما لم يعلم خلافه ويؤخذ من هذا ان قسمة التركة لا تتوقف على الولادة بل تقسم بين الورثة ويوقف للحمل نصيبه سواء كانت الولادة قريبة او بعيدة وبعضهم يقول ان كانت الولادة قريبة توقف القسمة اذ لو عجلت ربما لغت بظهور الحمل على خلاف ما قدر وليس في التأخير اضرار بالورثة اذ الوقت قريب

وان كانت بعيدة قسمت التركة كما تقدم اذ فيه اضرار بباقي الورثة ولم يعين للقرب حد بل يذهب به الى العادة وقيل ما دون الشهر قريب والشهر فما فوق بعيد وبما أنك قد عرفت ان المفتى به مذهب أبي يوسف فعند ما يتوفى شخص ويترك من ضمن ورثته حملا سواء كان منه او من غيره نفرضه واحداً وننظر في شأنه فحينئذ لا تخلو حاله من احد امور اربعة — اولا ان يكون نصيبه اكثر على تقدير الانوثة — ثانياً ان يكون استحقاقه اكثر على تقدير الذكورة — ثالثاً استواء النصيبين على اي التقديرين — رابعاً استحقاقه على تقدير وعدم استحقاقه على تقدير آخر . فان كان الاول كما اذا توفى شخص عن اب وام وبنت وزوجة حبلى فانا ان نظرنا في استحقاقهم وجدنا ان الاب له السدس على كل حال لوجود الفرع الوارث والام مثله وللزوجة الثمن على كل حال ايضاً لوجود الفرع الوارث فالمسئلة من أربعة وعشرين للاب السدس وهو اربعة وللام مثله وللزوجة ثلاثة فالمجموع احد عشر سهماً فيكون الباقي ثلاثة عشر فلو قدرنا الحمل مذكراً ورثت البنت معه بالتعصيب فيأخذان الباقي وهو ثلاثة عشر سهماً للمذكر ضعف ما للانثى وحينئذ فليس في المسألة عول وان قدرنا مؤنثاً يكون له مع البنت الموجودة الثلثان وهو ستة عشر وحينئذ تعول المسألة الى سبعة وعشرين فيقدر أنثى لان استحقاقه على هذا التقدير اكثر من استحقاقه على تقدير الذكورة وحينئذ نقسم التركة الى سبعة وعشرين جزءاً ونعطى للاب اربعة وللام مثله وللزوجة ثلاثة وللبنت ثمانية وتوقف الثمانية الباقية الى حين ظهور الحمل فان ظهر انثى اخذ كل الموقوف له وان ظهر مذكراً نقضت القسمة وقسمت التركة الى اربعة وعشرين جزءاً واعطى كل من الاب والام والزوجة فرضه منها

وقسم الباقى بين البنت والحمل الذى ظهرت ذكورته للمذكر ضعف ما للمؤنث — وهذا اذا كان الحمل فرعاً للمتوفى فلو كان من غيره فلا يختلف الحكم عما تقدم فاذا توفيت امرأة عن زوج وأم حبلى من أبى المتوفاة فرضنا الحمل مؤنثاً فى هذه المسئلة ايضاً لان استحقاقه على هذا التقدير اكثر من استحقاقه على فرضه مذكراً لان الزوج فرضه النصف على كل حال لعدم وجود الفرع الوارث والام فرضها الثلث على كل حال ايضاً فان قدر الحمل مذكراً كان أخاً شقيقاً فهو عصبة يأخذ الباقي وهو السدس بطريق التعصيب وان قدر مؤنثاً كان أختاً شقيقة فيكون لها النصف عائلا وحينئذ يكون أصل المسئلة من ستة وتعول الى ثمانية لان الزوج له ثلاثة والام لها اثنان والاخت الشقيقة لها ثلاثة فالمجموع ثمانية ولا شك فى ان ثلاثة اثمان الشئ اكثر من سدسه

وان كان الثانى كما اذا توفى رجل عن أب وزوجة حبلى قدر الحمل مذكراً لاستحقاقه اكثر من التقدير الآخر وذلك لان المسئلة من اربعة وعشرين لوجود الثمن الذى هو فرض الزوجة والسدس الذي هو فرض الاب فتأخذ الزوجة ثلاثة والاب اربعة فلو قدر الحمل انثى يأخذ النصف وهو اثنا عشر فيكون المجموع تسعة عشر وحينئذ يأخذ الاب الباقى بطريق التعصيب ولو قدر مذكرا اخذ كل الباقى بطريق التعصيب لانه ابن وهو مقدم فى العصوبة على الاب فيعطي للاب اربعة من اربعة وعشرين والزوجة ثلاثة ويوقف الباقي وهو سبعة عشر الى الولادة فان ظهر مذكراً اخذ الكل وان ظهر انثى اخذ اثنى عشر وأعطى الباقى وهو خمسة الى الاب بطريق التعصيب

وان كان الثالث كما اذا توفيت امرأة عن زوج وام حبلى من غير ابيها فافرضه كما تشاء اذ هو على تقدير الانوثة اخت لام وعلى تقدير الذكورة اخ لام ونصيبه لا يختلف على اى التقديرين اذ هو السدس على كل حال فالمسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث اثنان وللحمل واحد

وان كان الرابع فاما ان يرث على تقدير الانوثة دون الذكورة اوالعكس وعلى كل يقدر بالانفع له فاذا توفيت امرأة عن زوج واخت شقيقة وزوجة اب حامل فهذا الحمل على تقدير الذكورة لا يستحق شيئاً لانه اخ لاب فهو عصبة يأخذ ما ابقته اصحاب الفروض واصحاب الفروض هنا قد استغرقت فروضهم التركة لان الزوج له النصف والشقيقة لها النصف ايضاً فلم يبق له شئ وعلى تقدير الانوثة يكون اختاً لاب وهى موجودة مع الشقيقة الواحدة فيفرض لها السدس عائلا فى هذه المسئلة فنقدره اثنى في هذه المسئلة لانه على تقدير الذكورة لا يرث شيئاً فنعتبره بما هو انفع له وحينئذ يكون اصل المسئلة من ستة وتعول الى سبعة نعطى للزوج ثلاثة وللاخت الشقيقة ثلاثة ايضاً ويوقف الواحد لحين ظهور الحمل فان ظهر انثى اخذه وان ظهر مذكراً اخذه الزوج والشقيقة مناصفة بينهما — واذا توفى شخص عن ابن اخ شقيق وزوجة اخ شقيق حامل فرضناه مذكراً لانه على تقدير الانوثة لا يأخذ شيئاً اذ يكون بنت اخ شقيق وهى من ذوى الارحام لا تأخذ شيئاً مع العصبة وعلى تقدير الذكورة تقسم التركة مناصفة بينه وبين ابن الاخ الشقيق وحينئذ يعطي ابن الاخ الشقيق النصف ويوقف الآخر لحين ظهور الحمل

(توريث الورثة الموجودين معه)

اعلم ان للورثة مع الحمل ثلاثة احوال

الحالة الاولى أنهم يرثون معه سواء قدر مذكراً او مؤنثاً لكن يتغير استحقاقهم

الحالة الثانية انهم يرثون معه كيفما قدر ولا تتغير انصباؤهم

الحالة الثالثة انهم يحرمون على احد تقديريه

ففى الحالة الاولى يعطى الوارث معه اقل النصيبين على تقدير الذكورة او الانوثة ويوقف الباقى لحين ظهور الحمل كما تقدم لك فيما اذا توفى رجل عن اب وزوجة حبلى فان الاب على تقدير الذكورة يأخذ اقل مما يأخذه على تقدير الانوثة فيعطى له ما يستحقه على تقدير الانوثة لانه اقل النصيبين ويوقف الباقي لحين ظهور الحمل — وكما تقدم لك أيضاً فيما اذا توفى رجل عن اب وام وبنت وزوجة حبلى وغير ذلك من الامثلة فراجعها

وفى الحالة الثانية وهي التى يرثون معه كيفما قدر ولا تتغير انصباؤهم يعطى لهم نصيب تام وما زاد فهو نصيب الحمل كالزوجة فى الامثلة المتقدمة لان فرضها الثمن على اى تقدير قدرت به الحمل فيعطي لها وكما اذا توفى رجل عن ام وأبى أب وزوجة حبلى فالجدة لها السدس مطلقاً والزوجة الثمن كذلك فيعطى كل منهما نصيبه لانه لا يتغير أصلا وأما الجد فهو من افراد المسئلة الاولى لان نصيبه يتغير فاذا فرض ان الحمل انثى اخذ النصف والباقى للجد بطريق التعصيب وعلى فرض الذكورة لايكون للجد الا السدس والباقى كله للابن بالتعصيب لان البنوة مقدمة على الابوة فى العصوبة والمسئلة

من اربعة وعشرين لوجود الثمن والسدس فتعطى الجدة اربعة والزوجة ثلاثة والجد اربعة فالمجموع احد عشر ويوقف الباقي وهو ثلاثة عشر فان ظهر الحمل مذكراً أخذ الكل وان ظهر انثى أخذ اثنى عشر والجد يأخذ الواحد الباقي بطريق التعصيب — وكما اذا توفى شخص عن عم شقيق او لاب وأم حبلى من غير ابيه فنوقف للحمل السدس ليس الا اذ هو أخ او أخت لام وفرضهما لا يختلف ونعطى للام الثلث اذ هو فرضها لا يتغير سواء كان الحمل مذكراً او مؤنثاً والباقي للعم فيأخذه لانه لا يتغير ايضاً

وفي الحالة الثالثة وهي التي تحجب فيها الورثة على احد التقديرين نوقف كل التركة الى البيان بوضعه فان ظهر انه مستحق للجميع فبها والا فيأخذ حقه منها ويقسم الباقي بين الورثة

فاذا توفى رجل عن أخ شقيق وزوجة حبلى فعلى تقدير الذكورة لا يستحق الاخ شيئاً لانه محجوب بالابن وعلى تقدير الانوثة يأخذ الباقي بعد فرض الزوجة والبنت فتعطى الزوجة فرضها وهو الثمن لانه لا يتغير ويوقف كل الباقي لظهور الحال بالوضع فان ظهر الحمل مذكراً اخذ الكل وان ظهر أنثى اخذ النصف والباقي يأخذه الاخ الشقيق. ومثله ما اذا توفيت امرأة عن ام حامل من ابيها وابن أخ شقيق فان الام لها الثلث لا يتغير فتعطاه وابن الاخ الشقيق لا يستحق شيئاً ان قدر الحمل مذكراً لانه يكون أخاً شقيقاً وهو يحجب ابن الاخ الشقيق وان قدر مؤنثاً كانت أختاً شقيقة فتأخذ النصف وابن الاخ الشقيق الباقي بالتعصيب وحينئذ لا يعطى لابن الاخ الشقيق شئ حتى يظهر الحال

ومع كون المفتى به هو مذهب ابى يوسف وهو انه يوقف للحمل نصيب ابن واحد او بنت واحدة أيهما كان اكثر ولكن لجواز ان يكون الحمل متعدداً يؤخذ كفيل من الورثة الذين ينقص استحقاقهم عند تعدد الحمل فاذا توفى رجل عن بنت وزوجة حبلى اخذت الزوجة فرضها وهو الثمن ولا يؤخذ منها كفيل لانه استحقاقها ولو تعدد الحمل والبنت تأخذ ثلث الباقى لان الحمل يقدر مذكراً في هـذه الحالة ويؤخذ منها كفيل لانه من الجائز ان يكون الحمل مذكرين وحينئذ لا تستحق الا خمس الباقى فيؤخذ منها الكفيل حتى اذا ظهر كذلك طولب الكفيل بالفرق بين خمس الباقي وثلثه واذا توفيت امرأة عن زوج وام حامل من غير ابيها أخذ الزوج النصف لعدم الفرع الوارث والام الثلث ويوقف السدس للحمل لانه نصيبه على تقدير الذكورة او الانوثة لانه اخ او اخت لام وهو نصيب كل منهما وفى هذه الحالة لا يؤخذ كفيل من الزوج لان فرضه لا يتغير ويؤخذ من الام لانه من الجائز ان يكون الحمل متعدداً وحينئذ يستحق الثلث والام السدس وكذا لو كان الحمل من ابيها اخذ الكفيل من الام لا من الزوج وانما اخذ الكفيل للحمل لان الحمل عاجز عن النظر في شؤون نفسه فينظر القاضى فيما ينفعه وهو اخذ الكفيل

فقد علمت مما تقدم ان الحمل يرث من المتوفي سواء كان منه او من غيره ولكن الحكم يختلف بالنسبة للزمن الموجود بين الموت والولادة لان الحمل ان كان من المتوفى بان خلف زوجة حاملا وجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت ولم تكن المرأة مع ذلك اقرت بانقضاء العدة يرث ذلك الولد من الميت واقاربه ويورث منه وان كان الحمل من غيره كأن ترك

امرأة حاملا من ابيه او جده او اخيه فان جاءت بالولد لستة اشهر اواقل من وقت الموت يرث الولد من الميت وان جاءت به لاكثر فلا يرث الا اذا كانت معتدة لطلاق او فرقة ولم تقر بانقضاء عدتها او اقر الورثة بوجوده وقت الوفاة كما هو موضح فى ثبوت النسب فراجعه ان شئت

والحمل اما ان يولد بغير جناية على امه أو يولد بها فان كان الاول فلا بد من ولادته حياً ولكن لا يشترط ان تكون الحياة حالة فيه بعد خروجه كله اذ لو وجد منه علامة على الحياة بعد خروج الاكثر كالضحك والعطاس والبكاء وتحرك اى عضو من الاعضاء كفى لان للاكثر حكم الكل والعبرة في الاكثر بخروج صدره ان نزل برأسه فان خرج صدره كله وهو حي فقد خرج اكثره حياً وان خرج برجليه فالمعتبر سرته فان خرجت السرة وهو حى فقد خرج اكثره حياً فيرث والا فلا كما لو خرج ميتاً بنفسه من علة اصابت امه

وان كان الثاني وهو المنفصل بجناية كالضرب مثلا فانه يرث ولو نزل ميتاً وتورث عنه الغرة وهى خمسمائة درهم لانه يجعل حياً تقديراً ثم مات عن الغرة فتنتقل لورثته — انظر مادة (٦٣١)

(مادة ٦٣١) يوقف للحمل من التركة نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان اكثر هذا لو كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فلو كان يحجبهم حجب حرمان وقف الكل — ويؤخذ الكفيل من الورثة فى صورة القسمة ويرث الحمل ان وضع حياً أو خرج أكثره حيا فمات لا ان خرج أقله فمات الا ان خرج بجناية فانه يرث ويورث فاذا ظهر الحمل فان كان مستحقاً جميع الموقوف فيها وان كان مستحقاً للبعض ياخذ ما يستحقه والباقي يعطى لكل وارث ما كان موقوفاً من نصيبه

(توريث المفقود)

المفقود فى اللغة مأخوذ من فقدت الشئ اذا اضللته او طلبته فلم تجده وفى اصطلاح الفقهاء هو الغائب الذى لم يدر احى هو ام ميت فلا يمكن الحكم عليه بأحد الامرين ولذا نص الفقهاء على انه يعتبر حياً فى بعض الاحكام ويعتبر موقوف الحكم بالنسبة للبعض الآخر فيعتبر حياً بالنسبة للاحكام التى تضره وهى التى تتوقف على ثبوت موته وينبنى على ذلك انه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته. ويعتبر موقوف الحكم بالنسبة للاحكام التى تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته وينبنى على ذلك انه لا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا اوصى له بوصية بل يوقف نصيبه فى الارث وقسطه فى الوصية الى ظهور حياته او الحكم بوفاته فان ظهر أنه حي استحق الارث والوصية وان لم تظهر حياته وحكم بموته فالموقوف لاجله من الارث والوصية يكون لورثة المورث والموصى

فاذا توفي شخص وله ورثة ومن ضمنهم مفقود فاما ان يكون على تقدير الحياة يحجبهم حجب حرمان اولا فان كان الاول وقفت كل التركة فلا تأخذ الورثة منها شيأ الى ظهور الحال فان ظهر انه حي أخذ الكل وان حكم بموته أخذت الورثة التركة

وذلك كما اذا توفى شخص عن اخوة اشقاء او لاب وابن مفقود وقف الكل لان الابن يحجب الاخوة حجب حرمان وكذا اذا توفى عن ابن وابن ابن ولكن الابن مفقود وقف الكل ايضاً لان الابن يحجب ابن الابن

حجب حرمان فان ظهر ان الابن حي اخذ الكل وان لم يظهر وحكم بموته أخذت الاخوة التركة فى الصورة الاولى وأخذها ابن الابن فى الصورة الثانية — وان كان الثاني وهو انه لا يحجبهم حجب حرمان بل يشاركهم يعطي لكل واحد منهم الاقل على تقدير حياته أو مماته ويوقف الباقي الى ظهور الحال

فاذا توفى شخص وترك بنتين وابناً مفقوداً فللبنتين النصف لتيقنه ويوقف النصف الآخر الى ظهور الحال فان ظهر انه حي أخذه وان لم يظهر وحكم بموته تعطى التركة للبنتين فرضا وردا واذا توفى شخص عن بنتين وابن مفقود وللمفقود بنتان وابن اخذت البنتان النصف لانه هو المتيقن ويوقف النصف الآخر فان ظهر المفقود حياً اخذه وان ظهر ميتاً اعطي للبنتين سدس كل المال من ذلك النصف ليكمل لهما الثلثان والثلث الباقى لأولاد الابن للذكر ضعف ما للانثى

واختلفوا فى تقدير المدة التى يحكم بموته بعد مضيها والمعول عليه انه لا يحكم بموته الا بعد موت اقرانه فى بلده فان تعذرت معرفة ذلك فبعد مضي تسعين سنة من مولده قال الزيلعي وعليه الفتوى ثم قال المختار تفويضه الى رأي الامام فينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه فلا ينظر الى التقدير بالزمن لانه لم يرد به الشرع فاى وقت رأى المصلحة حكم بموته — وهذا هو الظاهر —

ومتى حكم بموته يعتبر ميتاً في حق ماله من ذلك التاريخ وفي حق مال غيره من يوم الفقد ويترتب على الاول ان ماله يكون لورثته الموجودين وقت الحكم بموته فلا شئ لمن مات قبله لان شرط التوريث بقاء الوارث

حيا بعد موت المورث

فاذا فقد شخص عن ثلاثة ابناء ومات احدهم عن اولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به والابنان واولاد الابن موجودون كان كل التركة للابنين ولا شيء لاولاد الابن لان اباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئاً

ويترتب على الثانى ان المال الذى وقف لاجله من المورث او الموصي يرد الى ورثة مورثه او ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث او الموصى لا وقت الحكم بموت المفقود فاذا توفى شخص عن ثلاثة ابناء احدهم مفقود أخذ الابنان الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر الى ظهور الحال فاذا مات احد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به اخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذي توفى والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر لان اباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثاً عنه — ومثله الوصية فاذا اوصي شخص لآخر بألف جنيه مثلا ومات الموصى والموصي له مفقود وكان الثلث يفى بالموصي به وقف الى ظهور الحال فاذا مات احد ورثة الموصى عن ورثته بعد موت الموصى وقبل الحكم بموت الموصي له وهو المفقود ثم حكم بموته استحقت ورثة المتوفي ما كان يستحقه لو كان موجوداً — انظر مادة (٦٣٢)

(مادة ٦٣٢) المفقود من انقطع خبره ولا يدري حياته ولا موته وحكمه ان يوقف نصيبه من مال مورثه كما فى الحمل فان كان المفقود ممن يحجب الحاضرين لم يصرف لهم شيء بل يوقف المال كله وان كان لا يحجبهم حجب حرمان يعطي لكل

﴿ كيفية توريث الخنثى ﴾

اعلم ان الله تعالى خلق البشر مذكراً ومؤنثاً كما قال جل وعلا (وبث منهما رجالا كثيراً ونساء) وقال عز وجل (يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور) وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل ذلك على انه لا يجتمع الوصفان فى شخص واحد اذ كيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل علامة التمييز بينهما العضو المخصوص ثم قد يقع الاشتباه بأن يوجد العضوان فى شخص واحد فيقال له خنثى على وزن فُعْلى وهذا يكون حكمه حكم الذكور او الاناث بمقتضى العلامات التى ترجح الحاقه بواحد منهما فان لم يمكن التمييز لعدم المرجح فهو مشكل وله علامات تلحقه بأحد المذكورين قبل البلوغ واخرى بعده فان بال من العضو المخصوص بالمذكرين فغلام وان بال من العضو الآخر فانثى لانه عليه الصلاة والسلام سئل « كيف يورّث الخنثى فقال من حيث يبول » وعن على رضي الله تعالى عنه مثله وروي ان قاضياً من العرب في الجاهلية رفعت اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنت فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت دع المحال وأتبع الحكم المبال فخرج الى قومه وحكى لهم ذلك

واحد منهم الاقل من نصيبه على تقدير حياته ومماته فاذا حكم بموته بعد ان لم يبق من اقرانه احد فى بلده فماله لورثته الموجودين عند الحكم بموته ولا شيء لمن مات منهم قبل الحكم بذلك لان شرط التوريث بقاء الوارث حياً بعد موت المورث وما كان موقوفاً لاجله من مال مورثه برد الى ورثة مورثه وان ظهرت حياته استحق ما كان موقوفاً لاجله من مال مورثه

فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فأقره الشرع ولان البول من احد العضوين دليل على انه هو العضو الاصلي فان استويا فمشكل لعدم المرجح ولاعبرة بالكثرة وهذا قبل البلوغ فان بلغ وخرجت له لحية او وصل الى النساء او احتلم كما يحتلم الرجال فذكر لان هذه من علامات الرجال وان ظهر له ثدي او لبن او حاض او حبل فانثى لان هذه من علامات النساء فان لم تظهر علامة او تعارضت العلامات فهو مشكل لعدم مايوجب الترجيح وعن الحسن رضى الله تعالى عنه ان تعد اضلاعه فان اضلاع الرجل تزيد عن اضلاع المرأة بواحد ـ وحيث ان الكلام الآن انما هو في التوريث فنقتصر عليه ويظهر مما تقدم انه ان ظهرت علامات الذكور او علامات الاناث ورث بمقتضى هذه العلامات وهو ظاهر لا يحتاج الى بيان وأما اذا تعارضت العلامات فله أسوأ حالي الذكورة والانوثة فينظر نصيبه على انه مذكر وعلى انه مؤنث ويعطى اقلهما وان كان محروماً على أحد التقديرين فلا شئ له فاذا توفى شخص عن اخوين لاب وام احدهما خنثى مشكل كان المال بينهما اثلاثاً للاخ الواضح الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر انثى لاستحقاقه اقل مما اذا فرض مذكراً اذ لو قدر مذكراً كان له النصف — ولو توفيت زوجة عن زوج وام وخنثى لاب وام كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقى وهو السدس على انه عصبة لانه اقل اذ لو قدر انثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية — واذا توفيت الزوجة عن زوج وام واخت لام وخنثى لاب فان فرض مذكراً كانت المسئلة من ستة للزوج النصف وهو ثلاثة وللام السدس وهو واحد ولولد الام السدس ايضاً وهو واحد فيبقى واحد للخنثى بالعصوبة لكونه اخا لاب ولو جعل انثى

كان اختا لاب وحينئذ تعول المسئلة الى ثمانيه ثلاثة للزوج وواحد للام وواحد للاخت لام وثلاثة للخنثى لكونها صاحبة فرض ومن البين ان ثلاثة من ثمانية اكثر من واحد من ستة اذ الفرض ان العدد المنقسم الى كل منهما واحد فيفرض هنا مذكرا

واذا تركت امرأة زوجا واختا لابوين وخنثى لاب فرض مذكراً لانه ان جعل انثى كانت المسئلة من ستة وتعول الى سبعة فلها سهم منها لان حقها السدس تكملة للثلثين وان جعل مذكراً يصير عاصباً لم يبق له شئ بعد اصحاب الفروض فتكون المسئلة من اثنين فيفرض مذكراً ليكون له اسوأ الحالين — ولو ترك الرجل ولد اخ شقيق او لاب هو خنثى وعما لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى انثى لان بنت الاخ من ذوى الارحام ولو قدر مذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم — انظر مادة (٦٤٣)

« توريث ولد الزنا وولد اللعان »

اعلم ان الشخص متى كان ثابت النسب من اب وام فانه يرث منهما كما

(مادة ٦٤٣) الخنثى هو انسان له آلتا رجل وامرأة وليس له شيء منهما فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى وان بال منهما فالحكم للاسبق وان استويا بان خرج منهما معاً فمشكل وهذا قبل البلوغ فان بلغ وخرجت له لحية أو وصل الى امرأة أو احتلم كما يحتلم الرجل فرجل وان ظهر له ثدى أو لبن أو حاض أو حبل أو أتي كما يؤتي النساء فامرأة وان لم تظهر له علامة أصلا أو تعارضت العلامات فمشكل وله حينئذ في الميراث أضر الحالين فلو مات أبوه وترك معه ابناً واحداً فللابن سهمان وللخنثى سهم لانه الاضر

علم مما تقدم ولا يتأتى ان يكون ثابت النسب من الاب دون الام وانما يتصور ان يكون ثابت النسب من ام لا من اب كما في ولد الزنا وولد اللعان فان كلا منهما ربط الشارع نسبه بامه دون الاب وحينئذ يرث كل منهما بجهة الام فقط فصار كشخص لا قرابة له من جهة الاب فوجب ان ترثه قرابة امه ويرثهم

فاذا توفى ولد اللعان عن بنت وام والملاعن فللبنت النصف وللام السدس والباقي يرد عليهما كأن لم يكن له اب ولو ترك امه واخاه لامه وابن الملاعن فلامه الثلث ولاخيه لامه السدس والباقي يرد عليهما ولا شيء لابن الملاعن لانه لا اخ له من جهة ابيه ولو كان لولد اللعان اخ من امه من الزواج اومن الزنا او من اللعان فانه يرثه من جهة انه اخ لام فيكون صاحب فرض لا عصبة فلا يرث ولا يورث بالعصوبة الا من جهة الولاد او الولاء فيرثه من اعتقه ومن اعتق امه او من ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه اوولده بالعصوبة — انظر مادة (٦٣٤)

(توريث الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى)

قد عرفت ان من شروط الميراث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث او الحاقه بالاحياء تقديراً فاذا انتفى هذا الشرط فلا توارث وينبنى على ذلك انه اذا مات جماعة بينهم قرابة بسبب من الاسباب كما اذا انهدم عليهم البيت او غرقت بهم السفينة او احترق البيت وهم فيه او قتلوا في

(مادة ٦٣٤) ولد الزنا وولد اللعان يرثان الام وقرابتها وترث هى وقرابتها منهما ولا ترث الاب ولا قرابته منهما

معركة فلا يخلو الحال من أحد صور خمس الاولى ان يعلم عين السابق ولم يحصل بعد ذلك التباس

وفى هـذه الصورة يرث المتأخر المتقدم في الموت لوجود الشرط — الثانية ان يعرف موتهما معا — الثالثة ان يعرف التلاحق ولا يعرف من السابق — الرابعة ان لا يعرف شيء وفى هذه الصور الثلاث يجعلون كأنهم ماتوا معاً فمال كل منهم لورثته الاحياء ولا يرث بعض هؤلاء الاموات من بعض وهو المختار عندنا — الخامسة ان يعلم موت احدهم اوّلا بعينه ثم التبس واشكل امره بعد ذلك وفي هذه الصورة يقسم مال كل على ورثته الاحياء قياساً على ما اذا علم موتهما معا وقيل لا يقاس ذلك على المذكور وانما يعطى كل واحد المتيقن ويوقف المشكوك فيه الى ظهور الحال او صلح الورثة بعضهم مع بعض فلو غرق اخوان لكل منهما بنت وعرف موت احدهما اوّلا بعينه ثم أشكل أمره بعد ذلك أخذت بنت كل نصف تركة أبيها حتى يتبين المتأخر فتأخذ بنته نصف تركة أبيها الباقي ونصف تركة عمها او يصطلحا على شيء وانما وقف المشكوك لان التذكر غير ميؤس منه والمعول عليه الاول — انظر مادة(٦٣٥)

« التخارج »

التخارج هو ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم سواء كان هذا الشيء من التركة او من غيرها وهو جائز عند التراضى لانه عقد من العقود وكل عقد يشترط فيـه رضا المتعاقدين وكيفية القسمة

(مادة ٦٣٥) لا توارث بين الغرقي والهـدمي والحرقي اذا كانوا ممـن يرث بعضهم بعضا لانه لا يعلم أيهما مات أولا ويقسم مال كل منهم على ورثته الاحياء

على الموجودين ان تطرح سهام من اخرج من التصحيح وتجعله كأنه استوفى نصيبه ثم تقسم باقى التركة على سهام من بقي منهم — وينبني على ذلك انه اذا توفيت الزوجة عن زوج وام وعم شقيق او لاب فأصل المسألة من ستة للزوج النصف ثلاثة اسهم وللام الثلث وهو سهمان وللعم الباقى بطريق التعصيب وهو واحد فاذا صالح الزوج على ماقي ذمته من المهر للزوجة وخرج من بين الورثة فاطرح سهامه من التصحيح وهى ثلاثة واقسم باقى التركة وهو ما عدا المهر بين العم والام اثلاثا بقدر سهامهما من التصحيح قبل التخارج وحينئذ يكون سهمان للام وسهم للعم ولا يجوز أن نجعل الزوج كانه لم يكن لانه اخذ بدل نصيبه اذ لو جعل كذلك وأعطينا للعم سهمين وللام سهما لانقلب فرضها من ثلث أصل المال الى ثلث الباقى وهو خلاف الاجماع ولو صالح العم على شيء من التركة وخرج فاطرح نصيبه وهو واحد من أصل التصحيح وهو ستة واقسم الباقى على سهام الزوج والام وهى خمسة فيأخذ الزوج ثلاثة اخماس والام خمسين على قدر سهامهما في التصحيح قبل اخراج العم ولو صالحت الام على شيء من التركة وخرجت من بين الورثة فاطرح سهمها وهما اثنان من اصل التصحيح وهو ستة واقسم الباقى بعد المصالح على سهام الزوج والعم من اصل التصحيح وحينئذ يقسم الباقى ارباعا ثلاثة منها للزوج وواحد للعم لان كلا منهما يستحق ذلك من أصل تصحيح المسألة

واذا توفيت امرأة عن اخت شقيقة واخت لاب واخت لام وزوج فاصل المسألة من ستة ولكنها تعول الى ثمانية للشقيقة ثلاثة وللاخت لاب واحد وللاخت لام مثلها وللزوج ثلاثة فاذا صالحت الاخت لابوين وخرجت

من بينهم فاطرح سهامها وهى ثلاثة من التصحيح بعد العول واقسم الباقى على سهام غيرها وحينئذ يكون الباقي بينهم اخماسا ثلاثة منها للزوج وواحد للاخت لاب ومثله للاخت لام ومثل هذا مالو صالح الزوج فاذا صالحت الاخت لاب فاقسم الباقى على سبعة للزوج ثلاثة وللشقيقة مثله وللاخت لام واحد ومثل هذا ما اذا صالحت الاخت لام ولا يخفى عليك بعد هذا تخريج اي مثال يرد عليك من هذا القبيل باتباع الكيفية المتقدمة — انظر مادة (٦٣٦)

﴿ الباب الثامن ﴾

« في العول والرد »

اعلم ان العول في اللغة يستعمل بمعنى الميل الى الجور يقال فلان يعول أى يميل جائراً وبمعنى الغلبة يقال فلان عيل صبره اى غلب وبمعنى الارتفاع يقال عال الميزان اذا ارتفع وفى اصطلاح الفقهاء هو زيادة فى عدد سهام ذوى الفروض ونقصان من مقادير انصبائهم من التركة ولا يتأتى العول الا اذا زادت سهام اصحاب الفروض على مأخذ التركة كما اذا وجد فى مسألة من

(مادة ٦٣٦) التخارج هو ان يتصالح الورثة علي اخراج بعضهم من الميراث علي شئ معلوم من التركة او غيرها وهو جائز عند التراضى فمن صالح على شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم باقى التركة علي سهام الباقين كمن ماتت وتركت زوجا وأما وعما فالمسئلة من ستة النصف للزوج والثلث للام والباقي للعم فصالح الزوج عن نصيبه على ما فى ذمته للزوجة من المهر فيقسم باقى التركة وهو ما عدا المهر بين الام والعم أثلاثا سهمان للام وسهم للعم

يستحق النصف ومن يستحق الثلثين فان المسئلة من ستة فاذا أخذنا من هذا العدد نصفه وهو ثلاثة لم يف الباقى بالثلثين واذا أخذنا الثلثين وهو اربعة لم يف الباقى بالنصف فنزيد على الستة التى هى أصل المسئلة بمقدار العدد الذى زاد عند أخذ نصف الستة وثلثيها وهو واحد اذ نصفها ثلاثة وثلثاها اربعة ومجموعهما سبعة وهذا العدد يزيد عن الستة بواحد فبعد ان كنا نقسم التركة الى ستة اجزاء متساوية ونعطى كلا من الورثة ما يستحقه منها على قدر فرضه اذا لم يكن هناك عول نقسمها عند وجود العول الى سبعة اجزاء متساوية ونعطى كل وارث ما يستحقه فقد زادت سهام اصحاب الفروض على مأخذ التركة ونقصت مقادير انصبائهم لان المقسوم متى كان واحداً فكلما زادت الاجزاء نقصت مقاديرها فيؤخذ من ذلك انه اذا لم تزد سهام اصحاب الفروض فى تركة ميت على مأخذ التركة فلا لزوم الى العول كما اذا توفيت امرأة عن زوج وام وأخوين لام فان المسئلة من ستة للزوج النصف وهو ثلاثة وللام السدس وهو واحد وللاخوين لام الثلث وهو اثنان ومجموع الكل ستة واما اذا زادت سهام اصحاب الفروض فى تركة ميت على مأخذ التركة فلا بد من العول الذى هو الزيادة فى عدد السهام على أصل المسئلة لتوفى سهامهم وحينئذ يدخل النقص فى مقادير انصباء الورثة بسبب زيادة عدد السهام

والمعنى الاصطلاحى يصح ان يكون مأخوذاً من اى معنى من المعانى اللغوية المتقدمة اذ يصح ان يكون مأخوذاً من المعنى الاول وهو الميل الى الجور لان المسئلة مالت على اهلها حيث نقصت من فروضهم ويصح ان

يكون مأخوذاً من المعنى الثانى وهو الغلبة كأن المسئلة غلبت على أهلها بادخال الضرر عليهم ويصح ان يكون مأخوذا من المعنى الثالث وهو الارتفاع لارتفاع السهام عن اصل المسئلة

واول من حكم بالعول سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فانه وقع فى عهده صورة ضاق مأخذها عن فروضها فشاور الصحابة فيها وأشار سيدنا العباس الى العول فقال اعيلوا الفرائض فتابعوه على ذلك ولم ينكره احد الا عبد الله بن عمر بعد موت أبيه فقيل له هلا انكرته في زمن أبيك فقال هبته وكان مهيباً وسأله رجل كيف تصنع بالفريضة العائلة فقال ادخل الضرر على من هو اسوأ حالا وهى البنات والاخوات فانهن ينقلن من فرض مقدر الى فرض غير مقدر فقال الرجل ما تغنيك فتواك شيئاً فان ميراثك يقسم بين ورثتك على غير رأيك فغضب وقال لم يجعل الله فى مال نصفاً وثلثين ويؤيد كلامه انه اذا تعلقت حقوق بمال لا يفى بها يقدم منها ما كان اقوى كالتجهيز والدين والوصية والميراث فكذا اذا ضاقت التركة عن الفروض يقدم الاقوى ولا شك ان من ينقل من فرض مقدر الى فرض آخر مقدر يكون صاحب فرض من كل وجه فيكون أقوى ممن انتقل من فرض مقدر الى فرض غير مقدر لانه صاحب فرض من وجه وعصبة من وجه فادخال النقص أو الحرمان عليه أولى لان ذوي الفروض مقدمون على العصبات ويؤيد الرأى الاول ان أصحاب الفروض المجتمعة في التركة قد تساووا فى سبب الاستحقاق وهو النص فيتساوون فى الاستحقاق وحينئذ يأخذ كل واحد منهم جميع حقه ان اتسع المحل ويضرب بجميع حقه اذا ضاق المحل كالغرماء فى التركة واذا أوجب

الله تعالى في مال نصفين وثلثا مثلا علم ان المراد الضرب بهذه الفروض في المال لاستحالة وفائه بخلاف التجهيز وأخواته فانها حقوق مرتبة كما علمته مما تقدم والنقل من الفرض الى العصبة لا يوجب ضمناً لأن العصوبة أقوى أسباب الارث فكيف يثبت النقصان أو الحرمان بهذا الاعتبار في بعض الاحوال فالحق ما عليه عامة الصحابة وجمهور الفقهاء

وقد علمت ان اصول المسائل سبعة وهي اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون وهذه الاصول ثلاثة منها قد تعول وأربعة لا تعول اصلا فالثلاثة التي تعول هي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون فالستة تعول وتراً وشفعاً الى عشرة فتعول الى سبعة اذا اجتمع فيها نصف وثلثان فقط كما اذا توفيت الزوجة عن زوج وأختين شقيقتين أو لأب فان أصل المسئلة يكون ستة وتعول الى سبعة أو اجتمع فيها نصفان وسدس كزوج وأخت شقيقة وأخت لأب أو زوج وأخت لأب وأخت لأم ويقال عالت وترا بسدسها — وتعول الى ثمانية اذا اجتمع نصف وثلثان وسدس كما اذا توفيت الزوجة عن زوج وأختين شقيقتين وأخت لأم أو عن زوج وأختين لأب وأخ لأم أو اجتمع نصفان وثلث كزوج وأخت شقيقة وأخوين لأم ويقال عالت شفعاً بثلثها — وتعول الى تسعة ويقال عالت وتراً بنصفها اذا اجتمع نصف وثلثان وثلث كزوج وأختين شقيقتين وأختين لأم أو اجتمع نصفان وثلث وسدس كزوج وأخت شقيقة وأختين لام وأم — وتعول الى عشرة فيقال عالت شفعاً بثلثيها فيما اذا اجتمع نصف وثلثان وثلث وسدس كزوج وأختين شقيقتين وأختين لام وأم. وهذه المسئلة تسمى الشريحية لان

شريحاً قضى فيها بان للزوج ثلاثة من عشرة فجعل الزوج يطوف فى البلاد ويسأل الناس عن امرأة تركت زوجاً ولم تترك ولداً ولا ولد ابن ماذا نصيب الزوج فكانوا يقولون النصف فيقول لم يعط شريح نصفاً ولا ثلثاً فبلغه ذلك فأحضره وعذره وقال قد سبقنى بهذا الحكم امام عادل ورع يريد سيدنا عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه فانه أول من حكم بالعول كما عرفته

واثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعاً أى تعول الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والي سبعة عشر فتعول الي ثلاثة عشر ويقال عالت. وترا بنصف سدسها اذا اجتمع في المسئلة ربع وثلثان وسدس كما اذا توفى الزوج عن زوجة وأختين شقيقتين وأخت لام اوزوجة واختين لأب وأخ لام فان أصل هذه المسئلة اثنا عشر وعالت الى ثلاثة عشر وتعول الى خمسة عشر فيقال عالت بربعها اذا اجتمع ربع وثلثان وثلث كزوجة وأختين شقيقتين وأختين لام أو اجتمع ربع وثلثان وسدسان كزوجة وأختين شقيقتين وأخت لام وأم — وتعول الي سبعة عشر فيقال عالت بربعها وسدسها اذا اجتمع فى المسئلة ربع وثلثان وثلث وسدس كزوجة وأختين شقيقتين وأم وأخوين لام

واربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين فقط فيقال عالت بثمنها اذا اجتمع فيها الثمن والثلثان والسدسان كزوجة وبنتين وأب وأم أو اجتمع فيها الثمن والنصف وثلاثة اسداس كزوجة وبنت وبنت ابن واب وام وتسمى هذه المسئلة المنبرية لان سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه سئل عنها وهو يخطب على منبر الكوفة فأجاب عنها بداهة فقال السائل متعنتاً أليس للزوجة الثمن فقال صار ثمنها تسعا ومضى فى خطبته

والاصول الاربعة التى لا تعول هى اثنان وثلاثة وأربعة وثمانية

فالاثنان لا تعول لان المسئلة انما تكون من اثنين اذا كان فيها نصفان كزوج واخت شقيقة او لاب او نصف وما بقى كزوج واخ شقيق او لاب

والثلاثة لا تعول لان المسئلة انما تكون من ثلاثة اذا كان فيها ثلث وما بقي كأم واخ شقيق او لاب او ثلثان وما بقي كبنتين وعم شقيق او لاب او ثلث وثلثان كاختين شقيقتين واختين لام او اختين لاب واخوين لام

والأربعة لا تعول لان المسئلة تكون من أربعة ان كان فيها ربع وما بقى كزوج وابن او ربع ونصف وما بقى كزوج وبنت واخ شقيق او لاب او ربع وثلث ما بقى كزوجة وابوين

والثمانيه لا تعول لانها تكون من ثمانية اذا كان فيها ثمن وما بقى كزوجة وابن او اخ شقيق او ثمن ونصف وما بقى كزوجة وبنت وعم شقيق او لاب ولا عول فى شيء من هذه المسائل — انظر مادة (٦٣٧)

(مادة ٦٣٧) العول هو زيادة في عدد سهام ذوى الفروض ونقصان من مقادير انصبائهم من التركة فاذا زادت سهام اصحاب الفروض فى تركة ميت على مخرج التركة يزاد مخرج التركة لتوفى سهامهم فيدخل النقص فى مقادير انصباء الورثة بسبب زيادة عدد السهام كما اذا ماتت الميتة عن زوجها وشقيقتها فمخرج اصل التركة من ستة اسهم وعالت بسدسها الى سبعة لان فرض الزوج النصف وفرض الشقيقتين الثلثان فزادت الفروض بسهم وهو السدس وهكذا يعول هذا المخرج الى ثمانية بالثلث كهم وام ويعول الى تسعة بالنصف كهم واخ لام ويعول ايضا الى عشرة بالثلثين كهم واخ آخر لام واذا كان مخرج التركة من اثني عشر سهما تعول الى ثلاثة عشر كزوجة فرضها الربع وشقيقتين فرضهما الثلثان وام فرضها السدس والى خمسة عشر كهم واخ لام والى سبعة عشر كهم

« الرد »

اعلم ان الرد ضد العول وهو في اصطلاح الفقهاء صرف الباقي من الفروض الى ذوى الفروض النسبية بقدر فروضهم عند عدم العاصب ويؤخذ من هذا التعريف انه لا يردُّ على الزوجين لانهما ليسا من اصحاب الفروض النسبية بل من اصحاب الفروض السببية ولا يتأتى الرد الا اذا وجد امران

الاول — ان تكون الفروض الموجودة معنا فى المسئلة غير مستغرقة للتركة اذ لو كانت مستغرقة لها لما بقى شيء

الثانى ان لا يكون هناك عاصب اذ لو وجد لاخذ ما أبقته اصحاب الفروض ولم يبق بعدهم شيء يرد — واصحاب الرد من الورثة ثمانية واحد من الذكور وهو الاخ لام وسبعة من الاناث وهن البنت وبنت الابن وان نزل أبوها والاخت الشقيقة والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة سواء كانت من قبل الاب كأم الاب او من قبل الام كأم الام ولا فرق بين ان يكون احد الثمانية المذكورين واحدا او متعددا ما عدا الام فان تعددها غير متأت فى الحقيقة

ومسائل الرد اربعة اقسام لان المردود عليه اما صنف واحد او اكثر وعلى كل فاما ان يوجد من لا يرد عليه اولا يوجد فالناتج اربعة أقسام . الاول ان يكون فى المسألة صنف واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد

واخ آخر لام واذا كان مخرج التركة من اربعة وعشرين فانها تعول الي سبعة وعشرين فقط كزوجة فرضها الثمن وبنتين فرضهما الثلثان وابوين فرض كل منهما السدس

عليه . الثاني ان يكون فى المسألة صنفان او ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه ايضا . الثالث ان يكون في المسألة صنف واحد ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه . الرابع ان يكون فى المسألة صنفان او ثلاثة ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه

فان كان الاول فاما ان يكون فردا واحدا او متعددا فان كان فردا واحدا كأخت مطلقا او اخ لام او ام او بنت أو بنت ابن اخذ هذا الفرد كل التركة فرضا وردا لان تقدير الفرض انما شرع للمزاحمة ولا مزاحمة هنا فيعطى الكل للموجود

وان كانت افراد هذا الصنف متعددة كما اذا ترك الميت بنتين او ثلاث اخوات شقيقات او أربعة اخوة لام فاجعل المسألة من عدد رؤوسهن لاستواء الكل في الاستحقاق الاصلى فيستوون في المردود أيضا فتكون المسألة من اثنين فى المثال الاول ومن ثلاثة فى الثاني ومن أربعة فى الثالث وانما جعلت المسألة من عدد الرؤوس تركا للتطويل

وان كان الثانى وهو ما اذا كان في المسألة صنفان او ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فخذ عدد سهامهم من ستة دائماً واجعل عدد السهام المأخوذة أصلا لمسألتهم . ولا تكون الاصناف المردود عليها اكثر من ثلاثة كما علم بالاستقراء وانما أخذنا عدد سهامهم من ستة دائماً لان الفروض كلها توجد فيها الا الربع والثمن ولا يكونان لغير الزوجين وليسا من اهل الرد

وحينئذ تكون المسألة من ثلاثة اذا كان فيها ثلث وسدس كما اذا توفي شخص عن ام واخوين لام لان أصل المسألة ستة والسهام المستحقة فيها ثلاثة

التى هي عبارة عن سدسها وثلثها فتجعل السهام المستحقة أصل المسألة ويكون للام واحد من ثلاثة فرضاً ورداً وللاخوين لام اثنان فرضاً ورداً ايضاً وانما جعلت من ثلاثة تركا للتطويل لاننا لو اعطينا الام واحداً من ستة والاخوين لام اثنين من ستة ثم رددنا الثلاثة الباقية عليهم بقدر استحقاقهم لخص الام واحد والاخوين اثنان فتأخذ الام اثنين من ستة فرضاً ورداً وهما ثلثها والاخوان لام اربعة من ستة فرضاً ورداً وهى ثلثاها فاذا جعلت من ثلاثة من اول الامر التى هى قدر السهام المأخوذة منها واعطيت الام واحداً منها والاخوان اثنين كان لها الثلث ولهما الثلثان والنتيجة واحدة فلا لزوم الى التطويل وقس على هذا كل الامثلة التى ترد عليك من هذا القبيل

وتكون المسألة من اربعة اذا كان فيها نصف وسدس كما اذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن او بنت وام او اخت شقيقة واخت لاب او اخت لاب واخ لام لان أصل المسألة ستة والسهام المأخوذة منها فى كل مثال اربعة اذ النصف ثلاثة والسدس واحد فتعطى البنت فى المثال الاول ثلاثة من اربعة فرضاً ورداً وبنت الابن واحداً من اربعة فرضاً ورداً أيضاً وفي الثانى تعطى البنت ثلاثة والام واحدا وتعطي الشقيقة فى الثالث ثلاثة والاخت لاب واحداً والاخت فى الرابع ثلاثة والاخ لام واحدا

وتكون المسألة من خمسة اذا كان فيها ثلثان وسدس كما اذا توفى شخص عن بنتين وام او اختين شقيقتين وام او كان فيها نصف وسدسان كما اذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن وأم او اخت شقيقة وام واخت لاب او كان فيها نصف وثلث كما اذا توفي شخص عن اخت شقيقة واخوين لام او عن اخت

شقيقة وام فالمسألة فى هذه الصور من ستة ايضاً والسهام التى اخذت منها خمسة ففى الاولى للبنتين سهام اربعة وللام سهم واحد فتجعل التركة اخماسا اربعة منها للبنتين وواحد للام ومثلها الثانية بان يعطى للشقيقتين اربعة وواحد للام وفي الصورة الثالثة قد اجتمع اجناس ثلاثة وسهامهم المأخوذة من الستة خمسة ايضاً ثلاثة للبنت وواحد لبنت الابن وواحد للام فتقسم التركة عليهن اخماساً بقدر سهامهن فللبنت ثلاثة اخماس ولبنت الابن خمس وللام الخمس الآخر والصورة الرابعة مثلها فللاخت الشقيقة ثلاثة وللاخت لاب واحد وللام واحد وفى الصورة الخامسة تكون السهام المأخوذة من الستة خمسة ايضا فللاخت من الابوين ثلاثة اسهم وللاخوين لام سهمان وكذا للام مع الاخت لابوين سهمان فتجعل الخمسة اصل المسئلة وتقسم التركة اخماسا فتجعل القسمة قسمة واحدة من اول الامر خشية التكرار

الا ترى انك اذا اعطيت كل واحد من الورثة مايستحقه من السهام ثم قسمت الباقي من سهامهم بينهم بقدر تلك السهام صارت القسمة مرتين مع ان النتيجة واحدة فلا لزوم الى التطويل ولا يمكن ان تتجاوز الخمسة والا لم يبق ما يرد كما اذا كان فيها ثلثان وثلث كاختين شقيقتين واخوين لام

وان كان الثالث وهو ما اذا كان في المسئلة صنف واحد ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه وهو احد الزوجين فالقاعدة فيه ان تعطى من لا يرد عليه نصيبه من اقل مآخذ فرضه وتقسم الباقى على رؤوس من يرد عليه ان كان متعددا فان كان واحدا فأعطه جميع الباقى

فاذا توفي الزوج عن زوجته وبنت ابن فأعط الزوجة فرضها وهو الربع

فى هذه المسئلة من اقل مآخذ فرضها وهو اربعة اذ هو اقل عدد يؤخذ منه الربع عددا صحيحاً والباقي وهو ثلاثة من اربعة يعطى لبنت الابن فرضاً وردا اذ لا مزاحم لها

واذا توفيت الزوجة عن زوج وثلاث بنات فاعط الزوج فرضه وهو الربع من اقل مآخذ فرضه وهو اربعة ثم أعط الباقى للبنات وهو منقسم عليهن فكل واحدة تأخذ الربع وهو واحد

وان كان الرابع وهو ان يكون في المسئلة صنفان او ثلاثة ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه وهو احد الزوجين فالقاعدة فيه ان تعطى من لا يرد عليه نصيبه من اقل مآخذ فرضه ايضاً ثم تقسم الباقى على سهام من يرد عليه

فاذا توفى الزوج عن زوجته وجدة صحيحة واختين لام فاجعل المسئلة من اربعة لانها اقل ما خذ فرض الزوجة واعط للزوجة ربعها واقسم الباقى وهو ثلاثة على سهام من يرد عليه فتأخذ الجدة سهماً وهو الربع وتأخذ الاختان لام سهمين وهما النصف لان استحقاقهما ضعف استحقاق الجدة

واذا توفيت الزوجة عن زوج وبنت وبنت ابن فاجعل المسئلة من اربعة ايضاً التى هى اقل مآخذ فرض الزوج واعطه واحدا منها واقسم الباقي الذي هو ثلاثة على سهام البنت وبنت الابن وهى اربعة لان البنت لها النصف وبنت الابن لها السدس والنصف ثلاثة امثال السدس واعط البنت ثلاثة وبنت الابن واحدا ولا يخفي عليك بعد كل ماتقدم تخريج اى مثال يرد عليك من اى قسم من الاقسام المتقدمة

وليس عدم الرد على احد الزوجين متفقاً عليه بل افتى كثير من المتأخرين بالرد عليهما اذا لم يوجد احد من الاقارب كما يؤخذ من رد المحتار جزء خامس صحيفة ٦٨٩ وما بعدها

والرد على الوجه المذكور قول جمهور الصحابة كعلى ومن تابعه وبه اخذت الحنفية والحنابلة وقال زيد بن ثابت لا يرد الفاضل على ذوى الفروض بل هو لبيت المال وبه أخذ عروة والزهرى ومالك والشافعى لكن المحققون من اصحاب الشافعي قالوا لو اندرس بيت المال يردّ الفاضل على ذوى الفروض بنسبة فرائضهم والا يكون لبيت المال

واحتج من منع الرد مطلقاً بأن النص قد قدر فرض كل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن مطلقاً اثباتها بالرأي فامتنع أصلا

واحتج المثبتون له بقوله تعالى (واولو الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله) وهو الميراث فيكونون اولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغى ان يكون ذلك لجميع ذوى الارحام لاستوائهم فى هذا الاسم الا ان اصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوى الارحام لقوة قرابتهم الا ترى انهم يقدمون في الارث فكانوا أحق به فهذه الآية دلت على استحقاقهم جميع الميراث بصلة الرحم وآيات المواريث اوجبت استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهم فوجب العمل بالآيتين بأن يجعل لكل واحد فرض بآيات المواريث ثم يجعل ما بقى مستحقاً لهم للرحم بهذه الآية

وأيضاً لما دخل عليه الصلاة والسلام على سعد بن ابي وقاص يعوده قال سعد اما انه لا يرثني الا ابنة لى أفأوصى بجميع المال قال لا قال الشطر قال لا الثلث والثلث كثير لأن تترك ورثتك أغنياء خير لك من ان تتركهم عالة يتكففون الناس فيؤخذ من هذا الحديث ان سعداً اعتقد أن البنت ترث جميع المال ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم حصر الميراث في ابنته ولولا ان الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطا — لا سيما فى موضع الحاجة الى البيان .وثبت ان النبي عليه الصلاة والسلام ورّث الملاعنة جميع المال من ولدها ولا يكون ذلك الا بطريق الرد — وكذا روي ان امرأة أتت الى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت يا رسول الله انى تصدقت على امى بجارية فماتت امى وبقيت الجارية فقال وجب اجرك ورجعت اليك فى الميراث فجعل جميع الجارية راجعا اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد بعينه — انظر مادة (٦٣٨)

(مادة ٦٣٨) الرد ضد العول وهو رد ما فضل عن فرض ذوى الفروض ولا مستحق له من العصبة فيرد ما فضل على ذوى الفروض بقدر سهامهم الا على الزوجين واصحاب الرد من الورثة سبعة واحد من الذكور وهو اخ لام وستة من الاناث وهن بنت الصلب وبنت الابن والاخت لابوين والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة لافرق بين ان يكون أحد السبعة المذكورين واحدا اومتعددا سوى الام ومن انفرد منهم حاز جميع التركة ومسائل الرد اقسام اربعة احدها ان يكون فى المسئلة صنف واحد ممن يرد عليه ما فضل عن الفروض عند عدم من لايرد عليه وحينئذ تقسم التركة على عدد رؤسهم كما اذا ترك الميت بنتين او اختين او جدتين فتقسم التركة بينهما نصفين والثاني ان يكون فيها صنفان او ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه وحينئذ

﴿ الباب التاسع ﴾

(فى ذوي الارحام وكيفية توريثهم)

اعلم ان ذا الرحم فى اللغة صاحب القرابة مطلقاً أى سواء كان صاحب فرض أو عصبة أولا وفى اصطلاح الفرضيين هو كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصبة ومن السهل عليك معرفته بعد ما عرفت أصحاب الفروض والعصبات مما تقدم فكل من خرج عنهما فهو من ذوى الارحام

تقسم التركة من مجموع سهامهم اذا كان فيها سدسان كجدة واخت لام تقسم من اثنين لكل منهما نصف المال وتقسم من ثلاثة اذا كان فيها ثلث وسدس كولدى أم معها فلولدى الام الثلثان وللام الثلث من التركة ومن اربعة اذا كان فيها نصف وسدس كبنت وبنت ابن او بنت وام فللبنت ثلاثة ارباعها ولبنت الابن او الام ربعها ومن خمسة اذا كان فيها ثلثان وسدس كبنتين وام او كان فيها نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وام او كان فيها نصف وثلث كاخت لابوين وام او اخت لابوين واختين لام فيعطى في لاول اربعة اخماسها للبنتين وللام خمسها وفى الثانية يعطى للبنت ثلاثة منها ولبنت الابن واحد وللام واحد وفي الثالثة يعطي للاخت من الابوين ثلاثة وللام او للاختين لام سهمان. والثالث ان يكون مع الصنف الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه وحينئذ يعطي من لا يرد عليه نصيبه من أقل مخارج فرضه ويقسم الباقى على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات فيعطي للزوج فرضه الربع واحد من اربعة ويقسم الباقى على عدد رؤس البنات الثلاث فى هذا المثال لاستقامة الباقى على عدد رؤسهن والرابع ان يكون مع الصنفين ممن يرد عليه من لا يرد عليه وحينئذ يعطى من لا يرد عليه نصيبه من اقل مخارج فرضه ويقسم الباقي على سهام من يرد عليه كزوجة وجدة واختين لام فيعطى للزوجة فرضها الربع واحد من اربعة ويقسم الباقي على سهام من يرد عليه من الصنفين المذكورين وهو مستقيم فى هذا المثال على السهام فيعطي للجدة سهم وهو الربع وللاختين لام سهمان وهما النصف

واختلفت الائمة فى توريثهم فأثبته أبو حنيفة وأصحابه والامام أحمد بن حنبل متبعين جماعة من الصحابة والتابعين — فمن الصحابة سيدنا عمر وسيدنا على وابن مسعود وابن عباس في أشهر الروايتين عنه ومن التابعين علقمة وشريح وابن سيرين ومجاهد وفقهاء الامام الشافعى والامام مالك متبعين زيد بن ثابت وابن عباس فى رواية شاذة واستدل النافون بأنه تعالى بين فى آيات المواريث نصيب ذوي الفروض والعصبات ولم يذكر لذوى الارحام شيئاً ولو كان لهم حق لبينه وبأنه عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ميراث العمة والخالة قال اخبرنى جبريل عليه السلام ان لا شيء لهما

واستدل المثبتون بقوله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) لان معني هذه الآية بعضهم أولى بميراث بعض فيما كتب الله تعالى وحكم وهذه الآية نسخت التوارث بالموالاة والمؤاخاة كما كان فى ابتداء قدومه عليه الصلاة والسلام المدينة فما كان لمولى الموالاة والمؤاخاة فى ذلك الزمن صار مصروفاً الى ذوى الارحام وما بقى عندنا من ارث مولى الموالاة صار متأخراً عن ارث ذوى الارحام فقد شرع الميراث لعموم الاقارب بهذه الآية بلا فصل بين ذي رحم له فرض أو تعصيب وذى رحم ليس له شيء منهما فلا يجب تفصيلهم كلهم فى آيات المواريث — وأيضاً روي ان رجلا رمى سهماً الى سهل بن حنيف فقتله ولم يكن له وارث الا خالة فكتب فى ذلك أبو عبيدة بن الجراح الى عمر فأجابه بأن النبي عليه السلام قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له

وأيضاً لما مات ثابت بن الدحداح قال عليه السلام لقيس بن عاصم هل

تعرفون له نسباً فيكم فقال انه كان فينا غريباً فلا نعرف له الا ابن أخت هو أبو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه له والتوفيق بين ما رواه الحنفية موافقاً للقرآن وما رواه غيرهم مخالفاً له ان يحمل ما رواه غيرهم على ما قبل نزول الآية الكريمة

واعلم ان ذوى الارحام منحصرون في أربعة أصناف الصنف الاول من ينتسب للميت وهو منحصر في اثنين الاول أولاد البنات وان سفلوا سواء كانت الاولاد ذكوراً أو اناثا الثانى اولاد بنات الابن كذلك فمتى كانت الدرجة المباشرة للميت اناثاً كانت كل فروعهن من ذوي الارحام ومتى كانت ذكوراً فان كانت الدرجة التى تجيء بعدها ولو بعدت ذكوراً أيضاً كان الكل عصبة وان كانت الدرجة التى تجىء بعدها مباشرة او بواسطة اناثاً فهي صاحبة فرض وكل ما تفرع من هذه الدرجة فهو من ذوي الارحام سواء كان مذكراً أو مؤنثاً — انظر مادة(٦٣٩)

الصنف الثانى من ينتسب اليهم الميت وهو منحصر فى اثنين الاول الاجداد الساقطون الثانى الجدات الساقطات والجد الساقط هو من تخلل في نسبته الي الميت انثي كأبي ام الميت وابى ابي امه والجدة الساقطة هى من دخل فى نسبتها الى الميت جد ساقط كأم ابي ام الميت وام ام ابي امه سواء كان كل من الجد والجدة المذكورين قريباً أو بعيداً — انظر

(مادة ٦٣٩) ذوو الارحام على اربعة اصناف بعضها اولى بالميراث من بعض على الترتيب في المواد الآتية — الصنف الاول من ينتسب للميت وهم اولاد البنات وان سفلوا ذكورا كانوا او اناثا واولاد بنات الابن كذلك

مادة [٦٤٠]

الصنف الثالث من ينتسب الى أبوي الميت وهو منحصر في ثلاثة الاول اولاد الاخوات مطلقاً اى سواء كانت تلك الاولاد ذكوراً او اناثاً وسواء كانت الاخوات شقيقات او لاب او لام الثاني بنات الاخوة مطلقاً اى سواء كانت الاخوة اشقاء أو لاب اولام الثالث فروع الاخوة لام وان سفلوا فمتي كانت طبقة الاخوة اناثاً كانت جميع اولادها ذكوراً واناثاً من ذوي الارحام ومتى كانت ذكوراً فان كانت أشقاء أو لأب فان كانت فروعها ذكوراً ايضاً كان الكل عصبة وان كانت اناثاً فهي من ذوى الارحام وان كانت لام كانت جميع فروعها من ذكور واناث من ذوى الارحام — أنظر مادة [٦٤١]

الصنف الرابع من ينتسب الى جدى الميت وهما أبو الاب وأبو الام سواء كانا قريبين أو بعيدين أو الى جدتيه وهما أم الام وأم الاب سواء كانتا قريبتين او بعيدتين ايضاً

وهو منحصر في ثلاثة الاول الاعمام لام الثاني العمات مطلقاً اى سواء كن شقيقات اولأب اولام الثالث الاخوال والخالات مطلقاً أى سواء كانت الاخوال أشقاء او لاب او لام ومثلهم الخالات واولادهذا الصنف

(مادة ٦٤٠) الصنف الثانى من ينتسب اليهم الميت وهم الاجداد الساقطون كابي ام الميت وابي ابي امه والجدات الساقطات وان علون كأم ابي ام الميت وام ام ابي امه

(مادة ٦٤١) الصنف الثالث من ينتسب الى ابوي الميت وهم اولاد الاخوات سواء كانت تلك الاولاد ذكورا او اناثا وسواء كانت الاخوات لابوين او لاب او لام وبنات الاخوة وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما وبنو الاخوة لام وان سفلوا

ملحقون به وكذا بنات الاعمام الاشقاء او لاب وبنات أبنائهما

فالاعمام لام هم اخوة ابى الشخص من امه فيكونون منتسبين الى جدة الميت من قبل ابيه والعمات أخوات ابى الميت فان كن اخوات له من الابوين فهن منتميات الى جد الميت وجدته من قبل أبيه وان كن لاب فهن منتميات الى جد الميت من قبل أبيه فقط وان كن أخوات له من امه فهن منتميات الى جدته من قبل أبيه أيضاً

والاخوال والخالات اخوة واخوات لام الميت فان كانوا من ابيها وامها فهم منتمون الى جد الميت وجدته من قبل امه وان كانوا من امها فهم منتمون الى جدته من قبل امه

فالاعمام ان كانوا اشقاء او لاب فهم عصبة وفروعهم ان كانوا ذكوراً فهم عصبة ايضاً وان كانوا اناثا فهن من ذوى الارحام وان كانوا اى الاعمام لام فهم من ذوى الارحام وبالاولى فروعهم سواء كانوا ذكوراً او اناثاً

والعمات مطلقاً من ذوى الارحام ومن باب اولى اولادهن سواء كانوا ذكوراً او اناثاً والاخوال والخالات مثل العمات ومثل عمومة نفس الشخص وخؤولته عمومة أبيه وجده وخؤولتهما

وترتيب ذوى الارحام فى الميراث يكون بتقديم الصنف الاول على الثانى والثانى على الثالث والثالث على الرابع ومن يلحق به وعمومة نفس الميت وخؤولته مقدمة على عمومة ابيه وخؤولته وهذه مقدمة على عمومة جده وخؤولته فاذا توفى شخص وترك بنت بنت وابا ام اخذت بنت البنت كل المال واذا ترك ابا ام وبنت اخت مثلا اخذ ابو الام كل المال واذا ترك بنت

اخت وعما لام اخذت بنت الاخت كل المال فترتيبهم كترتيب العصبات الذي عرفته مما تقدم — انظر مادة (٦٤٢)

وهذا يسمى عندهم تقديماً بالجهة اعنى ان جهة الفرع مقدمة على جهة الاصل وهذه مقدمة على جهة الاخوة وهذه مقدمة على جهة العمومة والخؤولة فان وجد من اى جهة شخص واحد استحق كل التركة وان وجد شخصان او اكثر احتاج المقام الى تفصيل كل صنف من الاصناف الاربعة على حدته ولنبدأ بالصنف الاول

فاذا وجدت جملة اشخاص منه فلا يخلو الحال فى اول الامر من احد امرين الاول تفاوت الدرجة بأن يكون بعضهم ينتسب الى الشخص المتوفى بدرجة واحدة وبعضهم بدرجتين او اكثر الثاني اتحاد الدرجة بأن يكون الكل ينتسب اليه بدرجتين او اكثر فان كان الاول قدم من كان اقرب درجة اتفاقاً كما فى مثال (١)

(١) ميت	
بنت	بنت
بنت	ابن
ابن	

(مادة ٦٤٢) الصنف الرابع من ينتسب الى جدى الميت وهما ابو الاب وابو الام سواء كانا قريبين او بعيدين او الى جدتيه وهما ام الام وام الاب سواء كانتا قريبتين او بعيدتين وهم الاعمام لام والعمات والاخوال والخالات على الاطلاق ثم اولادهم وان سفلوا ذكورا كانوا او اناثا

فحينئذ تقدم بنت البنت على ابن ابن البنت لان بينها وبين المتوفى درجة واحدة وهى امها وابن ابن البنت بينه وبين المتوفي درجتان وهما أبوه وام ابيه

وان كان الثاني وهو الاتحاد فى الدرجة فلا يخلو الحال من احد امور ثلاثة الاول ان يكون بعضهم يدلى بوارث والبعض الآخر يدلي بغير وارث — الثانى ان يكون الكل يدلى بوارث والمراد من ينتسب به مباشرة بان تكون امه من اصحاب الفروض — الثالث ان يكون الكل يدلى بغير وارث فان كان الاول قدم ولد الوارث على ولد غير الوارث اتفاقاً كما فى مثال (٢)

(٢) ميـــــــت	
ابن	بنت
بنت	ابن
بنت	ابن

ففي هذا المثال اتحدت الدرجة لان كلا منهما ينتسب الى الميت بدرجتين ولكن بنت بنت الابن انتسبت بوارث لان امها التى هى بنت الابن صاحبة فرض وابن ابن البنت انتسبت بغير وارث لان أباه الذى هو ابن البنت من ذوى الارحام فحينئذ يكون كل المال لبنت بنت الابن ولا شىء لابن ابن البنت

وان كان الاخيران وهما إدلاء الكل بوارث وادلاؤه بغير وارث فلا يخلو الحال من أحد امرين — الاول ان تتفق صفة الاصول فى الذكورة والانوثة — الثاني ان تختلف تلك الصفة فان اتفقت صفة الاصول فالقسمة على الفروع

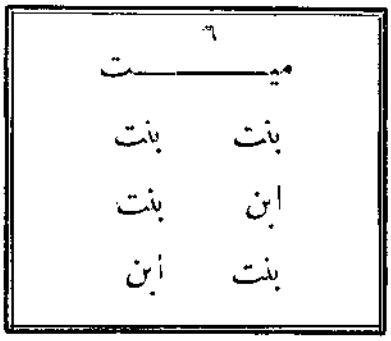
الموجودة معنا اتفاقاً ايضاً فان كان الكل اناثاً اخذن بالسوية وان كانوا ذكورا فكذلك وان كان بعضهم ذكوراً والبعض اناثاً فللذكر ضعف الانثى كما فى الامثلة (٣) و (٤) و (٥)

(٣)		(٤)		(٥)	
ميـــــت		ميـــــت		ميـــــت	
ابن	ابن	ابن	ابن	بنت	بنت
بنت	بنت	بنت	بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن	ابن	ابن	بنت

فى المثال الثالث بنت بنت الابن مع مثلها فالكل يدلي بوارث وصفة من انتسبوا به متحدة فيقسم المال عليهما انصافاً وفي المثال الرابع ابن بنت الابن مع مثله والكل اولاد وارث ايضاً وهى بنت الابن والصفة متحدة فيقسم انصافاً بين الابنين وفى المثال الخامس ابن بنت البنت مع بنت بنت البنت والكل ينتسب بغير وارث وهى بنت البنت والصفة متحدة ايضاً فيقسم المال أثلاثاً ثلثاه لابن بنت البنت وثلثه لبنت بنت البنت. وان اختلفت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة فلا يخلو الحال من احد امور اربعة

الاول ان تتوحد الفروع بان يكون لكل اصل فرع واحد وليس فيهم صاحب جهتين — الثاني ان تتعدد الفروع وليس فيهم صاحب جهتين ايضاً — الثالث ان تتوحد الفروع وفيهم ذو جهتين — الرابع ان تتعدد الفروع وفيهم صاحب جهتين فان كان الاول وهو ما اذا توحدت الفروع وليس فيهم

صاحب جهتين كما فى مثال (٦)



ففيه خلاف فأبو يوسف يقسم المال على ابدان الفروع هنا ايضاً فيعطى ثلثه للانثى التى هي بنت ابن البنت وثلثيه للذكر الذي هو ابن بنت البنت

ومحمد رحمه الله يقسم المال على اول درجة حصل فيها الاختلاف بالذكورة والانوثة وهي فى هذا المثال الدرجة الثانية ويجعل ما اصاب كل اصل لفرعه وحينئذ يعطى ثلثيه لبنت ابن البنت لأن ذلك نصيب ابيها وقد انتقل اليها ويعطى ثلثه لابن بنت البنت لانه نصيب امه وقد انتقل اليه فصار الارث عنده فى مثل هذا المثال على عكس مذهب ابى يوسف وهو ان للانثى من الفروع ضعف ما للمذكر — ومحل اعطاء نصيب كل اصل لفرعه بعد القسمة على اول درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والانوثة عند محمد اذا لم يكن في الدرجة المقسوم عليها جملة اشخاص اما اذا وجد ذلك فان محمدا بعد ان يقسم على اول درجة وقع فيها الاختلاف ويعطي للمذكر ضعف ما للمؤنث يجعل الذكور من هذه الدرجة طائفة على حدتها ويجعل الاناث طائفة اخرى على حدتها ايضا ويجمع ما اصاب كل طائفة ويعطيها لفروعها فما اصاب الذكور يجمع ويعطى لفروعهم بحسب صفاتهم ان لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الاصول

اختلاف في الذكورة والانوثة بأن يكون جميع ما يتوسط بينهم ذكوراً فقط او اناثاً فقط فان كان فيما بينهم من الاصول اختلاف يجمع ما اصاب الذكور ويقسم على اعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهم ويجعل الذكور ههنا ايضاً طائفة والاناث طائفة على قياس ما تقدم

وكذلك مااصاب الاناث فيجمع ويعطى لفروعهن ان لم تختلف الاصول التي بينهما فان اختلفت يجمع ما اصابهن ويقسم على أعلى الخلاف الذى وقع فى اولادهن وهكذا يعمل الى النهاية كما يظهر لك من الامثلة الآتية

« وان كان الثانى » وهو ما اذا تعددت الفروع وليس فيهم صاحب جهتين كما فى مثال ٧ ففيه خلاف ايضاً

٧

ميـــــــــت

بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن
٨	٤	١٤
بنت	ابن	بنت
٦	٦	
ابني	بنت	بنتى
٦	٦	١٤

فأبو يوسف جرى على اصله من القسمة على الفروع الموجودة معنا فيقسم

المال عليهم اسباعا لان الفروع الموجودة معنا ابنان وبنت و بنتان اى ثلاث بنات والابنان كأربع بنات فالمجموع سبعة فيعطى للابنين اربعة اسباع وللبنات ثلاثة اسباع

ومحمد رحمه الله جرى على اصله ايضا من القسمة على اول درجة وقع فيها الخلاف ولكنه يجعل الاصل موصوفا بصفته متعددا بتعدد فرعه وحينئذ يقسم المال على الدرجة الثانية اسباعا لان البنت الاولى في الدرجة الثانية كبنتين لتعدد فرعها لان فرعها الاخير ابنان والبنت الثانية فيها على حالها لعدم تعدد فرعها والابن فيها كابنين لتعدد فرعه الاخير فهو كاربع بنات فله اربعة اسباع وللبنتين ثلاثة اسباع سبعان للبنت التى فرعها متعدد وسبع للبنت التى فرعها غير متعدد ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة اخرى ويعطى اربعة اسباع الابن لبنتى بنته وثلاثة اسباع البنتين لولديهما وهما البنت والابن فى الدرجة الثالثة سوية بينهما لان البنت كبنتين لتعدد فرعها فقد ساوت الابن ثم نعطى نصيب كل اصل لفرعه

وان كان الثالث وهو ما اذا توحدت الفروع وفيهم صاحب جهتين كما فى مثال ٨ فانك تجد فيه ابن بنت بنت وهو أيضا ابن ابن بنت ومعه

(٨)

ميـــــــت	
بنت	بنت
بنت	ابن
ابـــن	ابن

ابن ابن بنت لاغير فالفروع متوحدة ولكن فيهم صاحب جهتين ففيه خلاف ايضاً لان ابا يوسف اعتبر الجهات فى الفروع الموجودة معنا وحينئذ فيقسم المال على الابنين ولكن يجعل الابن الذى ينتسب بجهتين كابنين واحد من جهة الاب والآخر من جهة الام فيعطيه الثلثين والابن الآخر الثلث لانه صاحب جهة واحدة

ومحمد اعتبر الجهات فى اعلى درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والانوثة مع جعله الاصل موصوفاً بصفته متعدداً بتعدد فرعه فيقسم هنا على الدرجة الثانية ويجعل الذكور طائفة على حدتها والاناث طائفة اخرى ويعطى نصيب كل طائفة الى فروعها بحسب صفاتهم كما تقدم

وان كان الرابع وهو ما اذا تعددت الفروع وفيهم صاحب جهتين كما في مثال ٩ فان فيه بنتي بنت بنت وهما ايضاً بنتا ابن بنت ومعهما ابن بنت بنت اخرى

(٩)

ميـــــــــت		
بنت	بنت	بنت
بنت	ابن	بنت
٦	١٦	٦
بنـــــتى		ابن
٢٢		٦

فأبو يوسف اعتبر الجهات فى ابدان الفروع الموجودة معنا فجعل البنتين كاربع بنات بنتان من جهة الام وبنتان من جهة الاب فيكون لهما الثلثان وللابن الثلث ومحمد اعتبر الجهات في اعلى درجة وقع فيها الاختلاف مع اخذه العدد من الفروع كما عرفته مما تقدم

فيقسم هنا على الدرجة الثانية لأنها اول درجة كذلك فى هذا المثال وفيها ابن مثل ابنين وبنتان احداهما كبنتين فصار المجموع كسبع بنات فالمسألة من عدد رؤسهن فللابن اربعة اسهم لأنه كابنين لتعدد فرعه فيصير كاربع بنات وللبنت التى فى فرعها تعدد سهمان وللاخرى سهم ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة ويعطى نصيب كل طائفة الى فروعها كما تقدم فيعطى نصيب الابن الى بنتيه ويعطى ما خص البنتين في الدرجة الثانية الى البنتين والابن في الدرجة الثالثة انصافا للبنتين النصف وللابن النصف

واستدل ابو يوسف بأن استحقاق الفروع انما يكون لمعنى فيهم لا لمعنى في غيرهم وذلك المعنى هو القرابة التى فى ابدان الفروع وقد اتحدت الجهة أيضاً وهى الولاد فيتساوى الاستحقاق فيما بينهم ولا عبرة باختلاف صفة الاصول لاننا لو اعتبرنا صفة الاصل لقلنا المدلى بالرقيق أو الكافر لا يرث مع انه لم يقل أحد بذلك فقد اعتبرنا المدلى ولم نعتبر المدلى به فكذا صفة الذكورة والانوثة تعتبر فيه فقط لا فى غيره

واستدل محمد باتفاق الصحابة على انه لو توفى شخص عن عمة وخالة كان للعمة الثلثان وللخالة الثلث ولو كان الاعتبار بأبدان الفروع لكان المال بينهما نصفين فظهر ان المعتبر فى القسمة هو المدلى به فانه الاب فى العمة والام

فى الحالة — وأيضاً قد وافقه أبو يوسف على انه اذا كان أحدهما ولد وارث والآخر ولد غير وارث قدم ولد الوارث فقد ترجح باعتبار معنى في المدلى به

وقد اختلف فى المفتى به فمن قائل يفتي بمذهب أبي يوسف لسهولته ومن قائل بمذهب محمد وهو المأخوذ من أكثر الكتب. فالذى علم مما تقدم بطريق الاختصار انه اذا وجدت جملة أشخاص من الصنف الاول من ذوى الارحام فلا يخلو الحال من أحد أمرين — الاول اختلاف الدرجة — الثانى اتحاد الدرجة فان كان الاول قدم الاقرب اتفاقاً وان كان الثاني فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة — الاول ان يكون بعضهم مدلياً بوارث وبعضهم مدلياً بغير وارث — الثانى ان يكون الكل يدلى بوارث — الثالث ان يكون الكل يدلى بغير وارث فان كان الاول قدم ولد الوارث اتفاقاً وان كان الثانى أو الثالث فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول ان تتفق صفة الاصول في الذكورة والانوثة الثانى ان تختلف صفتهم فان كان الاول يقسم المال على أبدان الفروع اتفاقاً بمعنى انه ان كان الكل ذكوراً تساووا فى القسمة وان كان الكل إناثاً فكذلك وان كانوا مختلطين فللذكر ضعف ما للانثى — وان كان الثانى فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة الاول ان تتوحد الفروع وليس فيهم صاحب جهتين — الثانى ان تتعدد الفروع وليس فيهم صاحب جهتين ايضاً — الثالث ان تتوحد الفروع وفيهم صاحب جهتين — الرابع ان تتعدد الفروع وفيهم صاحب جهتين — فان كان الاول فأبو يوسف قسم المال على الفروع الموجودة معنا هنا ايضاً ومحمد قسم على أول درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والانوثة ويجعل ما أصاب كل أصل لفرعه ان لم يحصل بعده اختلاف

أما اذا وقع بعده اختلاف بالذكورة والانوثة فى درجة أو أكثر فانه يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة ويقسم نصيب كل طائفة على أعلى درجة وقع فيها الاختلاف وهكذا حتى تنتهى الدرجات

وان كان الثانى فأبو يوسف جري على أصله المتقدم من القسمة على الفروع الموجودة معنا ومحمد جري على أصله أيضاً من القسمة على أول درجة وقع فيها الاختلاف مع كونه يجعل الاصل موصوفاً بصفته متعددا بتعدد فرعه

وان كان الثالث فأبو يوسف اعتبر الجهات في الفروع فمن كان صاحب جهتين يعتبره اثنين ومن كان صاحب جهة واحدة يعتبره واحداً ويقسم عليهم — ومحمد اعتبر الجهات في أعلى درجة وقع فيها الاختلاف ويقسم عليها مع جعله الاصل موصوفاً بصفته متعددا بتعدد فرعه — وان كان الرابع فكل على أصله فى الثالث — انظر مادة (٦٤٣)

(مادة ٦٤٣) الصنف الاول من ذوي الارحام اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت درجة كبنت البنت فانها اولي بالميراث من بنت بنت الابن فان استووا في الدرجة بان يدلوا كلهم الي الميت بدرجتين او ثلاث درجات مثلا فولد الوارث اولي من ولد ذى الرحم كبنت بنت الابن فانها اولى من ابن بنت البنت فان استوت درجاتهم فى القرب ولم يكن فيهم مع ذلك الاستواء ولد وارث كبنت ابن البنت وابن بنت البنت او كانوا كلهم يدلون بوارث كابن البنت وبنت البنت فيعتبر ابدان الفروع المتساوية فى الدرجات المذكورة ويقسم المال عليهم باعتبار حالة ذكورتهم وانوثتهم اعني ان كانت الفروع ذكورا فقط او اناثا فقط تساووا فى القسمة وان كانوا ذكورا واناثاً فللذكر مثل حظ الانثيين هذا ان اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة وان اختلفت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة كبنت ابن بنت وابن بنت بنت قسم المال على اول بطن اختلف بالذكورة والانوثة وهو هنا البطن الثانى وهو ابن بنت وبنت بنت فتعتبر صفة الاصول فى البطن الثاني فى هذه الصورة فيقسم عليهم اثلاثا ويعطي كل من الفروع نصيب اصله

وان وجد شخصان أو اكثر من الصنف الثانى (وهذا الصنف ينحصر في الاجداد الساقطين والجدات الساقطات والجد الساقط هو من تخلل بينه وبين المتوفى انثى والجدة الساقطة من أدلت به)فلا يخلو الحال من احد أمرين الاول اختلاف الدرجة الثاني اتحاد الدرجة فان كان الاول قدم الاقرب فى الدرجة مطلقاً أى سواء كان من جهة الاب او من جهة الام وسواء كان مدلياً بوارث أو بغير وارث وسواء كان مذكراً أو مؤنثاً كما فى الامثلة(١)و(٢) و (٣)

(١)		(٢)		(٣)	
أب		أب		اب	
أب	أم	أب	أم	اب	ام
أم	أم	أم	أم	ام	اب
		اب	اب		
ميـــــت		ميـــــت		ميـــــت	

فى المثال الاول أبو أم وأبو ام ام فيقدم ابو الام على أبي أم الام لقربه لان بينه وبين الميت درجة واحدة وبين الثاني والميت درجتين وكل منهما في هذا المثال انتسب الى الميت بوارث لان كلا من الام وام الام صاحب فرض

وفي المثال الثانى ابو ام اب وابو ام ام اب فيقدم الاول على الثاني لانه ينتسب الى الميت بدرجتين والثانى بثلاث درجات وكل منهما من جهة الاب ويدلى بوارث — وفى المثال الثالث ابو ام وابو ام اب فيقدم الاول على الثانى وان

فحينئذ يكون ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب أبيها وثلثه لابن بنت البنت لانه نصيب أمه

كان الاول من جهة الام والثاني من جهة الاب وقس على ذلك أمثلة الجدات

وان كان الثانى فلا يخلو الحال من احد امور ثلاثة — الاول ان يكون بعضهم مدلياً بوارث والبعض الآخر غير مدل به — الثانى ان يكون الكل مدلياً بوارث — الثالث ان يكون الكل مدلياً بغير وارث والمراد بالوارث هنا صاحب الفرض

فان كان الاول فبعضهم يقدم المنتسب بوارث قياساً على الصنف الاول وبعضهم يشرك الكل في الميراث كما فى مثال ٤

(٤)

اب	اب
ام	اب
ام	ام
ميت	

فان فيه ابا ام ام وابا ابي ام وهما متساويان فى الدرجة ولكن الاول يدلى بوارث وهو ام الام والثانى يدلى بغير وارث وهو ابو الام فمن قال بتقديم المدلى بوارث على غيره يقول كل المال لابي ام الام ومن سوّى بينهما يقسم المال نصفين على ابدان الاصول الموجودة مغنا على مذهب ابي يوسف وعلى اول درجة وقع فيها الخلاف وهى هنا الدرجة الثانية ويعطى نصيب كل فرع لأصله على مذهب محمد كما تقرر في الصنف الاول — وان كان الثانى او الثالث فلا يخلو الحال من احد امرين الاول اتحاد جهة القرابة بأن يكون الكل من جهة الاب او من جهة الام الثانى اختلاف جهة القرابة بأن يكون

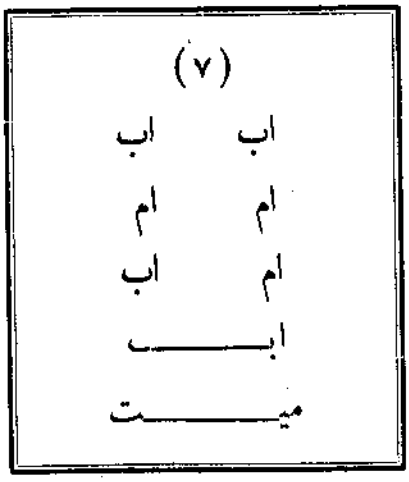
بعضهم من جهة الام والبعض من جهة الاب وحينئذ ففيه امران الاول اتفاق صفة من ينتسبون به فى الذكورة والانوثة الثانى اختلاف تلك الصفة فان كان الاول اعتبرت ابدان الاصول الموجودة معنا بالاتفاق فللمذكر ضعف مالمؤنث كما فى المثالين (٥) و (٦)

(٥)	(٦)
اب ام	اب ام
ابـــــ	ابـــــ
امـــــ	امـــــ
	ابـــــ
ميـــــت	ميـــــت

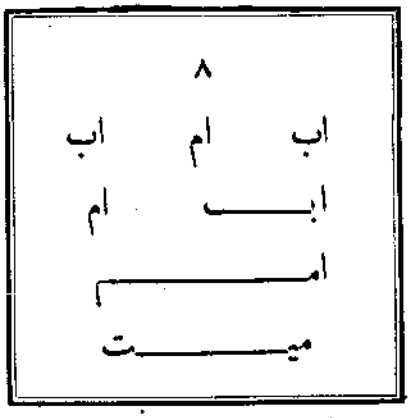
فى المثال (٥) ابو ابي ام وام ابى ام وهما من جهة الام لان المباشر للميت ام وصفة من انتسبوا به متحدة فيعطى ابو ابى الام الثلثين وتعطي ام ابى الام الثلث

وفى المثال ٦ ابو ابى ام اب وام ابى ام اب وهما من جهة الاب لان المباشر للميت اب وصفة من انتسبوا به متحدة ايضاً فيأخذ المذكر ضعف الانثى

وان كان الثانى وهو اختلاف صفة الفروع فأبو يوسف يقسم ايضاً على الاصول الموجودة معنا ولا ينظر الى اختلاف الفروع ومحمد يقسم على اول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والانوثة كما فى الصنف الاول سواء كان الكل مدلياً بوارث ولا يكونون الا ذكوراً من جانب الاب كما فى المثال ٧



ففى هذا المثال ابو ام ام اب وابو ام ابى اب فأبو يوسف يقسم المال بينهما نصفين ومحمد يقسم على اول درجة وقع فيها الخلاف وهى فى هذا المثال الدرجة الثانية فيعطى لام الاب الثلث ويعطى أبا الاب الثلثين وبعد ذلك يعطى نصيب كل فرع لاصله وحينئذ يأخذ ابو ام ابى الاب الثلثين نصيب ابن بنته ويأخذ ابو ام ام الاب الثلث نصيب بنت بنته .او كان البعض يدلى بوارث دون الآخر كما فى مثال ٨



ففى هذا المثال ابو ابي ام وام ابى ام وابو ام ام والاولان ينتسبان بغير وارث وهو ابو الام والثالث ينتسب بوارث وهو ام الام فبعضهم يرى تقديم من انتسب بوارث كما تقدم لك وحينئذ لا قسمة بل يأخذ الكل ابو ام الام والبعض يشرك الكل في الميراث

فيقسم على مذهب محمد على اول درجة وقع فيها الخلاف وهى الدرجة الثانية فيأخذ المذكر اثنين والانثى واحداً ثم يقسم نصيب المذكر على اصليه ويعطى نصيب الانثى الى ابيها او كان الكل لا يدلى بوارث كما في مثال ٩

٩		
اب	ام	اب
ابـــــــ		ام
ابـــــــ		
ام		
ميـــــــت		

في هذا المثال ابو ابي ابى ام وام ابى ابى ام وابو ام ابى ام وكلهم ينتسبون بغير وارث كما يظهر لك بالتأمل

فالمسألة فيها من خمسة على مذهب ابى يوسف لانه يقسم على الاصول الموجودة وهما مذكران ومؤنث فيأخذ كل من المذكرين اثنين وتأخذ الانثى واحدا

ومن ثلاثة على مذهب محمد لان القسمة على اول درجة حصل فيها الاختلاف وهي هنا الدرجة الثالثة ثم يعطي نصيب كل الى أصله

وان اختلف حيز القرابة بأن كان بعضهم من جانب الاب والبعض الا خر من جهـة الام فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام ثم ما اصاب قرابة الاب يقسم بينهم على اول درجة وقع فيها الاختلاف ومثله ما اصاب قرابة الام كما فى المثال (١٠)

(١٠)

اب	اب
ام	ام
اب	ام
ميـــــــت	

فى هذا المثال ابو ام اب وابو ام ام وقرابة الاول من جهة الاب لان المباشر للميث من جهته مذكر وقرابة الثانى من جهة الام فيأخـذ الاول الثلثين والثاني الثلث كأنه مات عن اب وام ولا يخفي عليـك بعـد كل ما تقدم فهم اى مثال يرد عليك على اى المذهبين شئت

وحاصل ما تقدم بطريق الاختصار انه اذا وجدت جملة اشخاص من الصنف الثانى فلا يخلو الحال من احد امرين الاول الاختلاف في الدرجة الثانى الاتحاد فى الدرجة

فان كان الاول قدم الاقرب اتفاقاً وان كان الثانى فلا يخلو الحال من احد امور ثلاثة

الاول ان يكون بعضهم مدلياً بوارث والبعض الآخر مدلياً بغير وارث الثاني ان يكون الكل مدلياً بوارث الثالث ان يكون الكل مدلياً بغير

وارث فان كان الاول فبعضهم يقدم المنتسب بوارث على غيره وبعضهم يجعل الكل مستحقاً وان كان الثاني او الثالث فلا يخلو الحال من أحد امرين

الاول اتحاد جهة القرابة الثاني اختلاف جهة القرابة فان اتحدت جهة القرابة ففيه امران الاول اتفاق صفة من ينتسبون به في الذكورة والانوثة الثاني اختلاف تلك الصفة فان اتفقت الصفة اعتبرت ابدان الاصول الموجودة معنا اتفاقاً وان اختلفت الصفة فأبو يوسف يقسم على الاصول الموجودة معنا ولا ينظر الى اختلاف الفروع ومحمد يقسم على أول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والانوثة ويعطي نصيب كل فرع لاصله

وان اختلفت جهة القرابة فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام كانه مات عن أب وأم ثم ما أصاب قرابة الاب يقسم بينهم على اول درجة وقع فيها الاختلاف ومثله ما اصاب قرابة الام على مذهب محمد رحمه الله — انظر مادة (٦٤٤)

(مادة ٦٤٤) الصنف الثاني وهم الساقطون من الاجداد والجدات أولادهم بالميراث أقربهم للميت من أي جهة كان أي سواء كان الاقرب من جهة الاب أو من جهة الام مثاله مات عن أم أبي أم وأبي أبي أم أم كان المال كله لام ابي الام لقربها ولا فرق بين كونه مدليا بوارث أو بغير وارث ولا بين كونه ذكرا أو أنثى وان استوت درجاتهم فاما ان يكون بعضهم مدليا بوارث أو كلهم يدلون به او كلهم لا يدلون به ففي الاول لا يقدم المدلى بوارث على غيره بخلاف الصنف الاول مثاله مات عن أبي أم الام وأبي أبي الام فهما سواء وان كان الاول مدليا بالجدة الصحيحة أعني أم الام والثاني بالجد الفاسد أعني أبا الام وفي الآخرين كابي أم أب وأبي أم أم وكابي ابي أم وأم أبي أم فاما ان تختلف

وان وجدت جملة اشخاص من الصنف الثالث (وهو اولاد الاخوات مطلقاً وبنات الاخوة مطلقاً وبنو الاخوة لام) فلا يخلو الحال من احد امرين الاول تفاوت الدرجة — الثانى اتحاد الدرجة فان كان الاول قدم الاقرب اتفاقاً كما فى مثال (١)

(١)

ميـــــــــت

أخت شقيقة	اخ شقيق
بنت	ابن
بنت	

ففيه بنت اخت شقيقة وبنت ابن اخ شقيق والاولى بينها وبين المتوفى درجة واحدة وهى امها فتقدم على بنت ابن الاخ الشقيق لان بينها وبين

قرابتهم أى بعضهم من جانب الاب و بعضهم من جانب الام كالمثال الاول واما ان تتحد كالمثال الثاني فان اختلفت قرابتهم فالثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام كانه مات عن أب وأم ثم ماأصاب قرابة الاب يقسم بينهم على أول بطن وقع فيه الخلاف وكذا ما أصاب قرابة الام و ن لم يختلف فيهم بطن فالقسمة على ابدان كل صنف. وان اتحدت قرابتهم أي كلهم من جانب الام أو الاب فاما ان تتفق صفة من ادلوا به فى الذكورة والانوثة أو تختلف فان اتفقت الصفة اعتبرت أبدانهم وتساووا فى القسمة لو كانوا ذكورا فقط أو اناثا فقط وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وان اختلفت الصفة فالقسمة على اول بطن اختلف للذكر ضعف الانثى ثم تجعل الذكور طائفة على قياس ماتقرر فى الصنف الاول

المتوفى درجتين وهما ابوها وجدها وقس على هذا المثال غيره. وان كان الثانى وهو اتحاد الدرجة ففيه امران — الاول ان يكون بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد ذى رحم كبنت ابن اخ لاب مع ابن ابن اخ لام — الثانى ان لا يكون كذلك وهو يشمل خمس صور

الاولى ان يكون الكل اولاد عصبات كبنت اخ شقيق مع بنت اخ لاب — الثانية ان يكون الكل اولاد اصحاب فروض كبنات اخوات متفرقات — الثالثة ان يكون الكل اولاد ذى رحم كبنت ابن اخ لام مع ابن بنت اخت لاب — الرابعة ان يكون بعضهم اولاد عصبات وبعضهم اولاد اصحاب فروض كبنت اخ شقيق مع بنت اخت شقيقة — الخامسة ان يكون بعضهم اولاد اصحاب فروض وبعضهم اولاد ذي رحم وهذه لا يتأتي لها مثال فى الخارج كما يظهر لك بالتأمل — فان كان الاول قدم ولد العصبة على ولد ذى الرحم اتفاقاً كما فى مثال (٢)

(٢)

ميـــــت

أخ لاب	أخ لام
ابن	ابن
بنت	ابن

ففيه بنت ابن اخ لاب وابن ابن اخ لام والاولى ولد العصبة لان

اباها ابن اخ لاب وهو عصبة والثانى ولد ذى الرحم لان اباها ابن اخ لام وهو من ذوى الارحام فحينئذ تأخذ بنت ابن الاخ لاب كل المال

وان كان الثانى بجميع صوره التى يمكن وجودها خارجا ففيه خلاف فأبو يوسف يعتبر الاقوى فمن كان أصله لابوين فهو اولى ممن كان أصله لاب ومن كان اصله لاب فهو أحق ممن كان أصله لام فان كانت قوة الكل واحدة اعطي كل الفروع الموجودين بحسب صفاتهم فان كانوا ذكوراً سوّى بينهم وكذا لو كانوا اناثاً وان كانوا مختلطين فللذكر ضعف ماللانثى

ومحمد يقسم المال على الاخوة والاخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الاصول وما خص كل فريق من تلك الاصول يقسم بين فروعهم كما فى الصنف الاول تفصيلا وتصويراً ولكن من المعلوم ان الاصول هنا وهم الاخوة والاخوات منهم الاخوة والاخوات لام ولا تفضيل لمذكرهم على مؤنثهم فكذا فروعهم والاختلاف فيما عداهم تارة يكون بالذكورة والانوثة وتارة يكون بالفرضية فقط وتارة يكون بالعصوبة مع الفرضية

والاختلاف بالذكورة والانوثة لا فرق فيه بين ان يكون في الاخوة والاخوات او فى فروعهم ـ واليك بعض الصور وتخريجها على كل من المذهبين ليكون نموذجا تسير على مقتضاه فى كل مسئلة ترد عليك من افراد هذا الصنف

فاذا نظرت في مثال (٣) وهو

(٣)

ميـــــــت

اخ شقيق	اخ لاب
ابن	ابن
بنت	بنت

وجـدت انه لا اختـلاف فى الاصـول ولا في الفروع من حيث الذكورة والانوثة لان فيه بنت ابن اخ شقيق وبنت ابن اخ لاب والكل اولاد عصبة فتأخذ الاولى كل المـال اتفاقاً أما عند ابى يوسف فلانها اقوى اذ أصلها اخ لابوين وهو اقوى من الاخ لاب واما عند محمد فلانه عند قسمة المـال على الاصول يحجب الاخ الشقيق الاخ لاب فتعطى كل التركة لفرعه واذا نظرت فى مثال (٤) وجدت الاصول متحدة فى القوة ومختلفة بالذكورة والانوثة

(٤)

ميـــــــت

اخ شقيق	اخت شقيقة
بنت	بنت — ابن

فعلى مذهب ابى يوسف اقسم المال ارباعاً لان الفروع بنتان وابن وهو كبنتين فيأخذ النصف وكل من البنتين تأخـذ ربعاً وعلى مذهب محمد اقسم المال على

الاصول انصافاً لان الاخت الشقيقة كاختين لتعدد فرعها ثم اقسم النصف الذى أخذته الشقيقة بين ولديها اثلاثاً للمذكر ضعف ما للانثى

واذا نظرت فى مثال ٥ وجدت الاختلاف بالفرضية فقط فان فيه ابن

٥

ميـــــــــت

اخت لاب	اخت لام
ابن	ابن

اخت لاب مع ابن اخت لام فعلى مذهب ابى يوسف اعط كل المال لابن الاخت لاب لانه اقوى من ابن الاخ لام وعلى مذهب محمد اعط الاخت لاب النصف والاخت لام السدس ورد الباقى عليهما بعدد السهام فالمسألة من ستة وترد الى اربعة لكون الفروض نصفاً وسدساً ومجموعهما اربعة اسداس فللاخت لاب ثلاثة وللاخت لام واحد ثم يدفع نصيب كل الى فرعه ومثل هذه المسألة بنت بنت اخت لابوين وبنت بنت اخت لاب

واذا نظرت في مثال ٦ وجدت فيه بنت اخ شقيق وابن وبنت اخت

٦

ميـــــــــــــــــــــــت

اخ شقيق	اخت شقيقة	اخ لاب	اخت لاب	اخ لام	اخت لام
بنت	ابن — بنت	بنت	ابن — بنت	بنت	ابن — بنت

شقيقة وبنت اخ لاب وابن وبنت اخت لاب وبنت اخ لام وابن وبنت اخت لام فعند ابى يوسف اقسم كل المال ارباعاً بين فروع الاخ الشقيق والاخت الشقيقة لقوة قرابتهما لان الابن ببنتين فيعطى الابن نصفاً وكل من البنتين ربعاً فاذا فرض انه لم يكن فى هـذا المثال الا اولاد الاخ لاب والاخت لاب مع اولاد الاخ لام والاخت لام فاعط كل التركة لاولاد الاخ والاخت لاب لانهم اقوى في القرابة من اولاد الاخ والاخت لام فقسمه بينهم ارباعاً — وعند محمد اقسم المال على الاصول مع اعتبار عـدد الفروع والجهات فى الاصول واعط نصيب كل اصـل لفرعه وبناء على هذا يعطى للاخ والاخت لام الثلث ويعطى للاخ الشقيق والاخت الشقيقة الثلثان بالتعصيب ولا يعطى للاخ والاخت لاب شيء لانهما محجوبان بالاخ الشقيق فاذا اعتبرت تعدد الفروع في الاخت لام صارت كاختين لام فتأخذ ثلثي ثلث المال ويقسم بين ابنها وبنتها بالسوية لان الاخوة والاخوات لام لا يفضل فيهم المذكر على المؤنث فكذا فروعهم والاخ لام يأخذ ثلث الثلث فيعطى لبنته واذا اعتبرت تعـدد فروع الاخت الشقيقـة صارت كاختين فتساوى اخاها فكل يأخذ نصف ما استحقاه ويعطى لفرعه فتأخذ بنت الاخ الشقيق نصيب ابيها وابن وبنت الاخت الشقيقة نصيب امهما للمذكر ضعف ما للمؤنث

واذا نظرت فى مثال ٧ وجدت فيه ابن بنت اخ لاب وبنتى ابن اخت

	٧		
ميـــــــــــــــــــــــــــــــــت			
اخ لاب	اخت لاب	اخت شقيقة	اخت لام
بنت	ابن	بنت	ابن
ابن	بنـــــــــــ	ـــــتى	بنت

لاب وهما ايضاً بنتا بنت اخت شقيقة وبنت ابن اخت لام فأبو يوسف يعطى كل المال لبنتى بنت الاخت لابوين اللتين هما بنتا ابن الاخت لاب لقوتهما فى القرابة ومحمد يقسم المال على الاخوة والاخوات فيعطى للاخت لام السدس وللاخت لابوين الثلثين لانها كاختين لتعدد فرعها والباقى للاخت والاخ لاب بطريق التعصيب فالمسألة من ستة واحد للاخت لام واربعة للشقيقة والباقى وهو واحد للاخت لاب مع الاخ لاب مناصفة لان الاخت ساوت اخاها لتعدد فرعها ويعطى نصيب كل اصل لفرعه

واعلم انهم لا يجعلون الذكور طائفة والاناث طائفة فى مثل هذا المثال سواء كان ذلك فى الاصول او فى الفروع وسبب ذلك اختلاف اصولهم فى الاستحقاق وحينئذ فتجعل كل واحدة من الاصول طائفة على حدتها ويدفع نصيبها لآخر فروعها كما جعل الاخ لاب طائفة وجعل نصيبه لآخر فروعه وهذا بخلاف الصنف الاول واولاد الصنف الرابع فان الاختلاف فيهما لا يكون الا بالذكورة والانوثة فمتى وجدت الاناث مع الذكور تجعل الاناث طائفة والذكور طائفة اخرى لاستواء افراد كل طائفة فى الاستحقاق ولهذا

لو اتحدت اصول هذا الصنف فى الاستحقاق بأن كان كل الذكور والاناث فى قوة واحدة جرينا على ما جرينا عليه فى الصنف الاول من جعل الذكور طائفة والاناث طائفة اخرى كما فى مثال ٨

٨

ميـــــــــــــــــــــت

اخ شقيق	اخت شقيقة	اخ شقيق	اخت شقيقة
بنت	بنت	بنت	ابن
بنت	بنتى	ابن	بنت

فالمذكرون فيه تساووا فى الاستحقاق وكذا الاناث فيقسم على الاخوة والاخوات لكونهم اول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والانوثة باعتبار عدد الفروع فى الاصول فالمسألة من ثمانية فيعطي الاخ ذو الفرع الواحد اثنين ويعطي للاخ الذى فرعه متعدد اربعة ويعطى لكل واحدة من الاختين واحد ثم تجعل الذكور طائفة وتدفع نصيبهم لآخر فروعهم لاتحاد اولادهم في الانوثة فتأخذ كل بنت اثنين وتجعل الاناث طائفة اخرى وتقسم نصيبهما وهو اثنان على فروعها في الدرجة الثانية لحصول الاختلاف فيها بالذكورة والانوثة وفيه بنت وابن فيأخذ الابن ضعف البنت ثم يعطى نصيب كل لفرعه وحينئذ تأخذ بنت ابن الاخت الشقيقة ضعف ابن بنت الاخت الثانية ـ ولو جعلنا القسمة على الاخوة والاخوات ودفعنا ما أصاب كلا منهم الى فرعه اخذ الابن مثل البنت ولو قسمنا على مذهب ابى يوسف اخذ الابن ضعف

ما للبنت — انظر مادة (٦٤٥)

وان وجدت جملة اشخاص من الصنف الرابع فلا يتأتي فيه اختلاف الدرجة اصلا بل درجة الكل متحدة ولكن فيه امران — الاول اتحاد حيز القرابة بأن تكون قرابة الكل من جانب الاب وهم الاعمام لام والعمات مطلقاً او من جانب الام وهم الاخوال والخالات مطلقاً — الثاني اختلاف جهة القرابة بأن يكون الموجود من هذا الصنف بعضه من جانب الاب وبعضه من جانب الام فان كان الاول ففيه امران — الاول اختلافهم فى القوة بأن كان بعضهم اصله لابوين وبعضهم اصله لاب او لام — الثاني اتحادهم فى قوة القرابة بأن يكون الكل لابوين او لاب او لام فان اختلفوا فى القوة قدم الاقوى فمن كان اصله لابوين قدم على من اصله لاب ومن كان اصله لاب قدم على من اصله لام

(مادة ٦٤٥) الصنف الثالث وهم أولاد الاخوات مطلقاً وبنات الاخوة مطلقاً وبنو الاخوة لام الحكم فيهم كالحكم فى الصنف الاول اعني اولاهم بالميراث أقربهم الى الميت درجة ولو انثى فبنت الاخت اولى من ابن بنت الاخ لانها اقرب فان استووا فى القرب فولد العصبة اولى من ولد ذي الرحم كبنت ابن اخ وابن بنت اخ كلاهما لابوين او لاب او احدهما لابوين والآخر لاب المال كله لبنت ابن الاخ لانها ولد العصبة وان استووا في القرب وليس فيهم ولد العصبة كبنت بنت الاخ وابن بنت الاخ لو كان كلهم اولاد العصبات كبنتي ابني الاخ لابوين او لاب او بعضهم اولاد العصبات وبعضهم اولاد اصحاب الفرائض كبنت اخ لابوين او لاب وبنت اخ لام او كان كلهم اصحاب فرائض كبنات اخوات متفرقات يقسم المال على الاصول اى الاخوة والاخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الاصول فما اصاب كل فريق يقسم بين فروعه كما في الصنف الاول

فاذا مات شخص عن عمة شقيقة وعم لاب وعمة لام كان المال كله للعمة الشقيقة لاتحاد حيز القرابة اذ الكل من جانب الاب وهى اقوي ممن معها ولو مات عن عمة لاب وعم لام كان المال كله للعمة لاب لما ذكر ولو مات عن خال شقيق وخال لاب وخال لام اخذ الخال الشقيق كل المال لاتحاد حيز القرابة اذ الكل من جانب الام وهو اقوى ممن معه ولو مات عن خالة لاب وخال لام قدمت الخالة لاب لقوتها

وان اتحدوا فى القوة اشتركوا فى القسمة فان كانوا ذكورا او اناثاً فبالتساوي وان كانوا مختلطين فللمذكر ضعف الانثي فاذا مات شخص عن ثلاثة اعمام لام قسم المال بينهم اثلاثاً لاتحاد جهة القرابة وقوتهم واحدة واذا مات عن عمتين شقيقتين قسم المال بينهما انصافاً لما ذكر واذا مات عن اربع عمات لام قسم المال بينهن ارباعا لما ذكر واذا مات عن ثلاثة اخوال اشقاء او لاب او لام قسم المال بينهم اثلاثاً لاتحاد جهة القرابة وقوتهم واحدة ومثلهم الخالات واذا مات عن عم لام وعمتين لام ايضاً قسم المال بينهم ارباعاً للعم اثنان ولكل من العمتين واحد واذا مات عن خال شقيق وخالة شقيقة قسم المال بينهما اثلاثاً للخال الثلثان وللخالة الثلث وكذلك اذا كانا لاب او لام

وان كان الثانى وهو اختلاف جهة القرابة فلا اعتبارهنا لقوة القرابة بل نعطى الثلثين لقرابة الاب والثلث لقرابة الام ثم نقسم الثلثين على قرابة الاب كما اذا اتحد حيز قرابتهم ونقسم الثلث على قرابة الام كذلك اعنى انه اذا كانت قرابة الاب التى اخذت الثلثين مختلفة في القوة استحق الاقوى الثلثين سواء كان واحدا او متعددا واذا كانت متحدة فى القوة اشتركوا فى الثلثين

على حسب ذكورتهم وانوثتهم ويقسم الثلث الذى استحقته قرابة الام على هذا المنوال كما في مثال (١)

(١)

ميـــــــــــــــــت

عمة شقيقة عم لام خالة لاب خال لام

ففى هذا المثال عمة شقيقة وعم لام وهما من قرابة الاب وخالة لاب وخال لام وهما من قرابة الام فيأخذ الاولان الثلثين والاخيران الثلث وان كانت العمة الشقيقة اقوى الكل لما عرفت من ان القوة لا تعتبر الا عند اتحاد جهة القرابة وبعد هذه القسمة تأخذ العمة الشقيقة الثلثين لانها اقوي من العم لام وتأخذ الخالة لاب كل الثلث الذى اخذته قرابة الام لانها اقوى من الخال لام وفي مثال (٢)

(٢)

ميـــــــــــــــــت

عمة لام عم لام خال شقيق خالة شقيقة

عمة لام وعم لام وخال شقيق وخالة شقيقة والاولان من جهة قرابة الاب والاخيران من جهة قرابة الام فنعطى للاولين الثلثين وللاخيرين الثلث ثم نقسم الثلثين اللذين اخذتهما قرابة الاب عليهما اثلاثاً للمذكر ضعف الانثى لاتحادهما فى القوة وكذلك الثلث الذى اخذته قرابة الام ولما رأيت ان هذا الصنف في غاية السهولة لم اكثر فيه من الامثلة وبعد معرفة القاعدة العمومية

يسهل عليك تخريج أى مثال يرد من هذا الصنف عليها فلا حاجة الى التطويل.

فمحصله انه اما ان يتحد حيز القرابة او يختلف فان اتحد حيز القرابة فاما ان يختلفوا في القوة او يتحدوا فان اختلفوا فى القوة قدم الاقوى وان اتحدوا فيها اشتركوا في القسمة على حسب الذكورة والانوثة وان اختلفت جهة القرابة فلا اعتبار لقوة القرابة بل تأخذ قرابة الاب الثلثين وقرابة الام الثلث ثم يقسم نصيب كل فريق عليه كما لو اتحد حيز القرابة — انظر مادة (٦٤٦)

« اولاد الصنف الرابع »

اعلم ان كلا من الصنف الاول والثانى والثالث من ذوى الارحام لا نحتاج فيه الى بيان اولاده لانهم داخلون فيه بخلاف الصنف الرابع فانه لا بد فيه من ذلك وبيانه ان الصنف الاول هو عبارة عن اولاد البنات واولاد بنات الابن وهذه العبارة باطلاقها قد تحمل على الاولاد المنسوبين الى البنات وبنات الابن بلا واسطة وبواسطة ايضاً فاذا اريد التصريح بذلك زيد وان سفلوا فالحكم فى الكل اعني فيمن علا او سفل واحد كما تقرر. وأن الصنف

(مادة ٦٤٦) الصنف الرابع وهم الذين ينتمون الى جدي الميت او جدتيه وهم العمات على الاطلاق والاعمام لام والاخوال والخالات مطلقاً اذا اجتمعوا وكان حيز قرابتهم متحداً بان يكون الكل من جانب واحد كالعمات والاعمام لام فانهم من جانب الاب والاخوال والخالات فانهم من جانب الام فالاقوى منهم في القرابة اولى اعني من كان لابوين اولى ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام ذكوراً او اناثا وان كانوا ذكورا واناثا واستوت قرابتهم في القوة فللذكر مثل حظ الانثيين كعم وعمة كذلك لام او خال وخالة كذلك لابوين او لاب او لام وان كان حيز قرابتهم مختلفا فلا اعتبار لقوة القرابة ويكون الثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام كعمة لاب وام وخالة لام ثم ما اصاب كل فريق من قرابتي الاب والام يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم

الثانى هم الساقطون من الاجداد والجدات وان علوا والحكم فى الكل واحد كما عرفته والعبارة مطلقة وليس في هذا الصنف اعتبار أولاد

وان الصنف الثالث اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنو الاخوة لام وهذه العبارة كالاولى تتناول من يكون بواسطة والحكم ايضاً واحد . واما الصنف الرابع وهم العمات والاعمام لام والاخوال والخالات فلا تتناول العبارة عنهم أولادهم فلذلك احتيج الى تخصيص اولادهم بالذكر والى بيان احكامهم وفي حكم اولاد الصنف الرابع بنات العم لابوين او لاب وبنات ابنائهما لان كلا من العم الشقيق او لاب عصبة واولادهما ان كانوا ذكوراً فهم عصبة ايضاً وان سفلوا وان كانوا اناثاً فهن من ذوى الارحام ولا يدخلون في اولاد الصنف الرابع لان كلا من العمين المذكورين عصبة لا من ذوى الارحام

﴿ حكم اولاد الصنف الرابع ومن يلحق به ﴾

اذا وجد احد من اولاد هذا الصنف وليس معه غيره من بقية الاصناف الاخرى استحق كل المال واذا اوجد منه جملة اشخاص يحتاج المقام الى تفصيل الاحكام وبيانه ان نقول

اذا وجدت جملة اشخاص من أولاد هذا الصنف ومن يلحق به فلا يخلو الحال من امرين . الاول اختلاف الدرجة بان يكون بعضهم ينتسب الى الميت بدرجة والآخر بدرجتين او بثلاث . الثانى اتحاد الدرجة بأن يكون الكل ينتسب الى الميت بدرجة او اكثر فان كان الاول قدم الاقرب درجة سواء كان من جهة الاب او من جهة الام فاذا مات شخص عن بنت عمة وابن بنت عم اخذت الاولى كل التركة لقربها وكذا اذا ترك ابن عمة وابن

ابن خال استحق الاول الكل لقربه درجة واذا ترك ابن خالة وبنت ابن عمة اخذ الاول الكل لقربه وان كان من جهة الام. وان كان الثاني وهو الاستواء فى الدرجة فهناك امران الاول اتحاد جهة القرابة الثاني اختلاف جهتها

« اتحاد جهة القرابة »

ان اتحدت جهه القرابة بأن كان الكل من جهة الاب وهم اولاد العمات مطلقاً وأولاد الاعمام لام وبنات الاعمام الاشقاء أو لاب وبنات ابنائهما أو كان الكل من جهة الام وهم اولاد الاخوال والخالات مطلقاً فاما ان يختلفوا فى قوة القرابة واما ان يتحدوا فيها فان كان الاول ففيه خلاف اذ بعضهم يقدم الاقوى فى القرابة مطلقاً ولو كان الآخر ولد عصبة فمن كان اصله لابوين فهو اولى ممن اصله لاب ومن كان لاب فهو احق ممن اصله لام وينبنى على ذلك انه اذا مات شخص عن ثلاثة اولاد لعمات متفرقات كانت كل التركة لولد العمة الشقيقة فان لم يوجد فلولد العمة لاب ومثل ذلك بنات الاعمام المتفرقين وبنات الاخوال والخالات ولو مات شخص عن بنت عمة شقيقة وبنت عم لاب كان كل المال للاولى لانها اقوى ولو كانت امها من ذوي الارحام ولا شيء للثانية وان كان ابوها عصبة وبعضهم يقدم ولد العصبة على ولد ذى الرحم وحينئذ تعطي كل التركة فى المثال المتقدم لبنت العم لاب ولا تأخذ بنت العمة الشقيقة شيئاً لان امها من ذوي الارحام

واستدل الاول بان ترجيح شيء على آخر انما يكون لمعنى فيه لا لمعنى فى غيره فترجح بنت العمة الشقيقة على بنت العم لاب لان قوة القرابة موجودة فيها بخلاف بنت العم لاب لانها اذا قدمت يكون ترجيحها لمعنى

فى غيرها وهو ابوها الذى هو عصبة وقاس ذلك بمسئلة متفق عليها وهى اذا مات شخص عن خالة لاب وخالة لام قدمت الاولى باتفاق مع كونها ولد ذى الرحم وهو ابو الام والثانية ولد الوارثة وهى ام الام فلو كان تقديم شخص على آخر لمعنى فى غيره لقدمت الثانية ولا قائل به

واستدل الثانى بانا لو قدمنا بنت العمة الشقيقة علي بنت العم لاب لزم عليه ترجيح فرع الاصل المرجوح علي فرع الاصل الراجح لانه اذا مات شخص عن عمة شقيقة وعم لاب كان المال كله للعم دون العمة فينبغي تقديم بنته اذ لو قدمت بنت العمة للزم ما ذكر

وان اتحدوا فى قوة القرابة فهناك أمور ثلاثة ـ اولا ان يكون بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد ذي رحم — ثانياً ان يكون الكل اولاد عصبات ـ ثالثاً ان يكون الكل أولاد ذى رحم ولا يتأتى هنا ان نقول الكل اولاد اصحاب فروض لان الطبقة العليا من اصولهم ليس فيها صاحب فرض اصلا لانها اما عصبة وهم الاعمام الاشقاء أو لاب واما من ذوى الارحام وهم العمات الشقيقات والاعمام لام والاخوال والخالات مطلقاً ولا يتأتى ايضاً ان نقول او كان بعضهم اولاد اصحاب فروض وبعضهم اولاد عصبات او بعضهم اولاد اصحاب فروض وبعضهم اولاد ذي رحم لما عرفته مما ذكر

ففي الاول يقدم ولد العصبة على ولد ذى الرحم كما اذا مات شخص عن بنت عم لاب وبنت عمة لاب أو عن بنت عمة شقيقة وبنت عم شقيق قدمت بنت العم لاب فى الاول وبنت العم الشقيق فى الثاني لان كلا منهما ولد العصبة ولا يتأتي ان نمثل لك هنا بفروع من ينتسب للام لانهم الاخوال والخالات

مطلقاً وليس فيهم عصبة

وفي الثاني وهو ما اذا كان الكل اولاد عصبات يستوون في القسمة . فاذا مات شخص عن بنت عم شقيق وبنت عم شقيق آخر اخذت كل منهما النصف وكذا لو كان العمان المذكوران لاب ولا يتأتى هنا وجود ذكور في الفروع لانه متى وجد المذكر كان عاصباً ولا يمكن التمثيل هنا ايضاً بفروع المنتسبين الي الام لما عرفته

وفى الثالث وهو ما اذا كان الكل اولاد ذى رحم يستوون فى القسمة بحسب ذكورتهم وانوثتهم

فاذا مات شخص عن بنت عم لام وابن عمة لام اخذت الاولى الثلث والثاني الثلثين وهذا على قاعدة ابي يوسف من القسمة على ابدان الفروع وعلى قاعدة محمد العكس لانه يقسم المال علي العمة والعم ويعطى نصيب كل اصل لفرعه ـ ولو مات عن ابن خال شقيق وبنت خالة شقيقة اخذ الاول الثلثين والثانية الثلث بالاتفاق . ولو مات عن بنت خال شقيق وابن خالة شقيقة اخذت الاولى الثلث والثاني الثلثين على قاعدة ابي يوسف وبالعكس على مذهب محمد وقس ما اشبهه ولا يغب عن ذهنك مذهب كل من ابي يوسف ومحمد عند تعدد الدرجات واختلافها بالذكورة والانوثة وعند مايكون هناك ذو جهتين من ان ابا يوسف لا ينظر الا الي الفروع الموجودة معنا ويقسم عليهم بحسب ذكورتهم وانوثتهم وعند ما يكون هناك صاحب جهتين يعتبر الجهات فى الفروع ومحمد يقسم على اول درجة وقع فيها الخلاف ويعطى نصيب كل اصل لفرعه ان لم يحصل بعده اختلاف فان حصل يجعل الذكور طائفة

والاناث طائفة ويعطى نصيب كل طائفة الى فروعها وان كان تعدد فى الفروع يجعل الاصل موصوفاً بصفته متعددا بتعدد فرعه الى آخر ما تقدم في الصنف الاول

« اختلاف جهة القرابة »

وان اختلفت جهة القرابة بأن كان بعضهم من جانب الاب وبعضهم من جانب الام فلا اعتبار هنا لقوة القرابة ولا لولد العصبة بل يستحق الكل فيعطى الثلثان لمن يدلى بقرابة الاب والثلث لمن يدلى بقرابة الام وما أصاب كل فريق يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم فاذا مات شخص عن بنت عم لام وابن خال شقيق اخذت الاولى الثلثين والثانى الثلث وان كان اقوى لان الاولى من جهة قرابة الاب والثاني من جهة قرابة الام ولذا مات عن بنت عمة لاب وابن عم لام وبنت خالة شقيقة وابن خال لاب اخذ الاولان الثلثين لانهما من جهة قرابة الاب والاخيران الثلث لان قرابتهما من جهة الام ثم تأخذ الثلثين بنت العمة لاب لانها اقوى من ابن العم لام ويأخذ الثلث الذى اعطى لقرابة الام بنت الخالة الشقيقة لانها اقوى من ابن الخال لاب

وسبب ذلك ان كل قرابة لما أخذت نصيبها صارت بالنسبة الى ذلك النصيب متحدة في الحيز كأن الميت لم يترك من المال الا مقدار نصيبهم فيعتبر فيهم ما اعتبر عند اتحاد حيز القرابة

فبالنسبة لقرابة الاب يعتبر اولا الاقوى فان كانت القوة واحدة قدم ولد العصبة فان لم يكن هناك مرجح من هذين الامرين اشتركوا فى القسمة وبالنسبة لقرابة الام يقدم الاقوى فان اتحدوا فيها اشتركوا فى القسمة ولا

يتأتى ولد العصبة هنا ولنأت بمثال (١) جامع للقرابتين مع تعدد الدرجات وتعدد بعض الفروع وفيهم صاحب جهتين ونشرح لك كيفية القسمة على المذهبين وانت تقيس عليه غيره مما يرد عليك سواء كان جامعاً مثله او ليس فيه الا اصحاب قرابة واحدة

(١)

قرابة الاب			قرابة الام		
ميت					
عمة لاب	عمة لاب	عم لاب	خالة لاب	خالة لاب	خال لاب
بنت	ابن	بنت	بنت	ابن	بنت
ابنى	بنتي		بنتى	ابني	

فعند ما تتأمل فى هذا المثال تجد فيه ابنى بنت عمة لاب وبنتى ابن عمة لاب وهما ايضاً بنتا بنت عم لاب وكل هؤلاء من جهة قرابة الاب وتجد فيه ايضاً بنتى بنت خالة لاب وابنى ابن خالة لاب هما أيضاً ابنا بنت خال لاب وجميع هؤلاء من جهة قرابة الام فتأخذ قرابة الاب الثلثين وقرابة الام الثلث بالاتفاق بين ابي يوسف ومحمد وانما الخلاف بينهما فى قسمة ما خص كل قرابة فعند ابى يوسف نقسم الثلثين اللذين خصا قرابة الاب على الفروع الموجودين منا وهم ابنان وبنتان ولكن البنتان جهتهما متعددة فيعتبران بأربع بنات بنتان من قبل الاب واثنتان من قبل الام فيعطى الابنين نصف الثلثين والبنتين النصف الآخر ويقسم الثلث الذى

خص قرابة الام على الفروع الموجودة معنا ايضاً وهم بنتان وابنان والابنان جهتهما متعددة فهما كاربعة ابناء اثنان من قبل الاب واثنان من قبل الام فيقسم الثلث اخماساً خمسه للبنتين واربعة اخماسه للابنين

وعند محمد يقسم ما خص قرابة الاب وهو الثلثان بين العم والعمتين فيحسب العم لاب بعمين لتعدد فرعه فهو كاربع عمات ويحسب كل عمة بعمتين لتعدد فرعها فيقسم الثلثين ارباعا ربعان للعم لاب وكل من العمتين تأخذ ربعاً ثم يجعل العم طائفة على حدته ويعطى نصيبه الى آخر فروعه اعني ابنى بنته ويجعل العمتين طائفة وينظر الى الدرجة التى بعد العمتين فيجد ابناً كابنين لتعدد فرعه وبنتا كبنتين لتعدد فرعها فيعطى المذكر ضعف المؤنث ويدفع نصيب كل الى فرعه ومثل هذا يقال فى قسمة الثلث الذي خص قرابة الام فافهم ذلك وقس عليه كل ما عرض لك من المسائل انظر مادة(٦٤٧)

(مادة ٦٤٧) اولاد الصنف الرابع الحكم فيهم كالحكم في الصنف الاول اعنى اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت درجة من اى جهة كان فان استووا في القرب الى الميت وكان حيز قرابتهم متحداً بأن تكون قرابة الكل من جانب الاب او من جانب الام فمن كان له قوة القرابة فهو اولى اعني من كان اصله لابوين فهو اولي ممن كان اصله لاب فان استووا في القرب بحسب الدرجة وفي القرابة بحسب القوة وكان حيز قرابتهم متحداً بان كان الكل من جهة الاب او من جهة الام فولد العصبة اولى كبنت العم وابن العمة كلاهما لابوين اولاب المال كله لبنت العم لانها ولد العصبة. وان استووا في القرب ولكن اختلف حيز قرابتهم بان كان بعضهم من جانب الاب وبعضهم من جانب الام فلا اعتبار هنا لقوة القرابة ولا لولد العصبة ويكون الثلثان لمن يدلي بقرابة الاب والثلث لمن يدلي بقرابة الام والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿ تنبيـه ﴾

جاء فى صحيفة ٤٦ هذه الجملة (وهي لا يدخل عليها حجب الحرمان) ووضعها في هذا المحـل خطأ والصواب انها راجعة الى البنت الصلبية لا الى بنت الابن