

ألفقه المقارن (١)

GFIQ5233

المحتويات

٤٩-٧	الدرس الأول : النكاح: تعريفه، حكمه، أركانه
٩٤-٥١	الدرس الثاني : الصداق، والمتعة
١٣٠-٩٥	الدرس الثالث : الخلع، والطلاق (تعريفه، مشروعيته، حكمه، أركانه)
١٩٣-١٣١	الدرس الرابع : أركان الطلاق، ألفاظه، أنواعه
٢٤٧-١٩٥	الدرس الخامس : الطلاق السني والبدعي، والثلاث بلفظ الواحد، التفويض في الطلاق، والرجعة، والبيع: (عقده، صيغته، شرائط انعقاده)
٢٨٢-٢٤٩	الدرس السادس : وحدة الصفقة وتفريقها، وبقية شروط البيع
٣٢٨-٢٨٣	الدرس السابع : أنواع الشروط في البيع، والسلم وأحكامه
٣٦٧-٣٢٩	الدرس الثامن : الرهن: (تعريفه، مشروعيته، شروطه، أركانه، مذاهب الفقهاء في بيان المرهون والانتفاع به)
٣٩٩-٣٦٩	الدرس التاسع : تابع أحكام الرهن، والتفليس: (تعريف "المفلس"، وحكم امتناعه عن أداء الدين، وشروط الحبس)
٤٣٤-٤٠١	الدرس العاشر : تابع التفليس: (الحجر على المدين، شروط التفليس)

الفقه المقارن [١]

- الدرس الحادي عشر : تابع أحكام التفليس: (إذا وجد الدائن ماله عند
المفلس)، والأهلية وعوارضها ٤٣٥-٤٧١
- الدرس الثاني عشر : الحجر: (أسبابه، تقسيماته، ماهيته، حكمه،
مشروعيته)، والسفيه وأثر الحجر على
تصرفاته ٤٧٣-٥١٥
- الدرس الثالث عشر : الحجر على السفیه، والمريض، والزوجة،
وللمصلحة العامة ٥١٧-٥٦١
- الدرس الرابع عشر : الصلح: تعريفه، أحكامه ٥٦٣-٥٨٨
- قائمة المراجع العامة : ٥٨٩-٥٩٢

النكاح: تعريفه، حكمه، أركانه

عناصر الدرس

- العنصر الأول : تعريف النكاح، وحكمه ٩
- العنصر الثاني : أركان النكاح، وتأبيد الزواج ٢٣
- العنصر الثالث : شروط عقد النكاح: شروط الانعقاد، وشروط الصحة ٣٦
- العنصر الرابع : شروط عقد النكاح: شروط النفاذ، وشروط اللزوم ٤٣

تعريف النكاح، وحكمه

١. دعوة الإسلام إلى النكاح:

لم يخلق الله الإنسان ويتركه هملاً يهيم على وجهه يقتنص، ويعربد، ويهتك الأعراض، ويسافح، من قبل أن يخلق الداء يوجد الدواء، وما كان ربك نسياً؛ فقبل أن يُوجد في الإنسان الشهوة الجنسية نظم له الطريقة السليمة لاستخدامها، ودعاه إلى الوضع الأمثل، وهو الطريق، الحل المشروع، ألا وهو الزواج؛ فقد رغب المولى ﷺ في الزواج، وأخبر بأنه السبيل الوحيد إلى الراحة النفسية، والسكينة، والمودة، وإيجاد النسل، والذرية يقول ﷺ: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١] كما يقول ﷺ: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ﴾ [النحل: ١٧٢].

لقد أخبر المولى ﷺ في كتابه الكريم أن الزواج من سنة الأنبياء والمرسلين، وأنهم قد تزوجوا وطلبوا الولد؛ فهذا سيدنا رسول الله ﷺ قد تزوج وأنجب، وهذا سيدنا زكريا # يقول: ﴿ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾ [آل عمران: ٣٨] ومن قبله أبو الأنبياء إبراهيم # يقول: ﴿ رَبِّ اجْعَلْنِي مُقِيمَ الصَّلَاةِ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي ﴾ [إبراهيم: ٤٠]. ويحث المولى ﷺ عباده المؤمنين أن يتوجهوا إليه بالدعاء الخالص في أن يهب لهم طمأنينة الحياة في السكن والمودة، وتكريمهم برؤية الذرية يقول ﷺ: ﴿ وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ ﴾ [الفرقان: ١٧٤].

أما ما ورد في شأن الدعوة إلى الزواج، والترغيب فيه في السنة المطهرة، وعلى لسان رسولنا ﷺ يقول ﷺ مخاطباً الشباب بتحسين فروجهم، وحفظ مائهم، وأنسابهم - : ((يا معشر الشباب، مَنْ استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، وَمَنْ لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء)) كما دعا ﷺ إلى تكثير النسل عن طريق الزواج المشهور بقوله: ((تزوجوا الودود الولود؛ فإني مباهٍ بكم الأمم يوم القيامة)).

والإسلام عندما رغب في الزواج، وضع أسساً شرعيةً، من خلالها وعلى ضوئها يختار الزوج زوجته، ولقد وجه الإسلام الشباب إلى أنه ينبغي حينما يفكرون في الزواج، وفي اختيار شريكات حياتهم أن يتوخَّوا في اختيار الزوجة التدبُّن والصلاح، والعفة، وطهارة المنبت، مفضلين هذه الاعتبارات على كلِّ اعتباراتٍ أخرى، من مالٍ، وجمالٍ، وحسبٍ، ونسبٍ؛ يقول ﷺ مخبراً عن حال الناس في الزواج، وموجهاً لهم النصح والإرشاد عند الإقدام عليه: ((تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، وجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك)) ويقول ﷺ: ((لا تتزوجوا النساء لحسنهن؛ فعسى حسنهن أن يرديهن - أي: يهلكهن - ولا تتزوجهن لأموالهن؛ فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين، ولأمة سوداء ذات دين أفضل)).

ويقول ﷺ: ((مَنْ تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لمالها لم يزد الله إلا فقراً، ومن لم يرد بها إلا أن يغض بصره، ويحصن فرجه، أو يصل رحمها برك الله له فيها، وبارك لها فيه)).

كما حث الإسلام أيضاً الزوجة أن تحسن اختيار زوجها، إنما ينشده الرجل في زوجته هو بعينه ما تنشده المرأة في زوجها، وما دعا إليه الإسلام الزوج - في

اختيار زوجته - هو ذاته ما دعا الإسلام الزوجة إليه في اختيار زوجها، وما نهى الإسلام الزوج عنه - عند اختيار شريكة حياته - هو نفسه ما نهى الزوجة عنه عند اختيار شريك حياتها، يقول ﷺ: ((إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ)) وفي رواية أخرى: ((فَزَوِّجُوهُ؛ إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ)) وفي رواية أخرى: ((وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)) قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه - أي من الفقر وقلة المال وضيق اليد؟! قال: ((إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ)) قالها ثلاث مرات.

٢. تعريف النكاح في اللغة والاصطلاح:

النكاح لغة: التداخل والضم، يقال: تَنَاقَحَتِ الْأَشْجَارُ: إِذَا انْتَضَمَ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ بِطَرِيقِ التَّمَايُلِ وَالتَّدَاخُلِ يَفْعَلُ الرِّيحُ مَثَلًا.

واصطلاحاً له عدة تعريفات:

الأول: أنه عقدٌ يفيد قصداً منه استمتاع الرجل بالمرأة التي لم يمنع من نكاحها مانعٌ شرعيٌّ، وحل استمتاع المرأة بالرجل.

الثاني: أنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً، أو عقدٌ وضع لتمليك منافع البضع.

الثالث: أنه عقد بين الزوجين يحل به الوطء.

وللفقهاء تعريفات أخرى لا تخرج في جملتها عن كون موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه هو جعل هذه المتعة حلالاً، بالإضافة إلى أغراض سامية أخرى كالتناسل، وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كلٌّ من الزوجين في الآخر الأُنْسَ الروحيَّ الذي يؤلف الله تعالى به

بينهما، ويتنسم به عبير الراحة والمودة وسط متاعب الحياة وشدائدها؛ تحقيقاً لقول الحق - تبارك وتعالى - : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: ٢١].

ونستخلص من هذا: أن عقد النكاح يفيد حلّ العشرة شرعاً بين الرجل والمرأة، ويحدّد ما لكلّ منهما من حقوقٍ، وما عليه من واجباتٍ تحديداً شرعياً.

٣. حكم النكاح:

نتقل إلى جزئية أخرى، ألا وهي "أدلة مشروعية النكاح" لقد ثبتت أدلة مشروعية النكاح بالكتاب، والسنة، والإجماع:

فمن الكتاب: قول الحق ﷻ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْبَيْتِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدَبٌ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [النساء: ٣] والنظر في هذه الآية الكريمة يتضح منه أمور ثلاثة هي:

الأول: قصر عدد الزوجات اللّائي يجمع بينهما الحرّ في عصمته على أربع.

الثاني: الاقتصار على زوجة واحدة عند خوف الظلم حال تعدد الزوجات.

الثالث: إباحة النكاح.

وإنما دلت الآية على إباحة النكاح، ولم تدل على الوجوب مع أن الطلب الوارد فيها جاء بصيغة الأمر: ﴿ فَانكِحُوا ﴾ ومعلوم أن الأمر يقتضي الوجوب؛ لأن الأصل في صيغة الأمر إفادتها الوجوب عند الجمهور إذا لم توجد قرينة تصرف الأمر من الوجوب إلى غيره، والقرينة الصارفة للأمر عن إفادته الوجوب

موجودة في الآية، وهي تعليق الأمر بالنكاح على الاستطابة: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ وهو لا يعلّق تنفيذه وثبوته على شيء، بل يثبت ويجب لمجرد كونه واجباً، كما أنه من المسلم به: أن تزوج الواحد مثنى وثلاث ورباع لا يجب بالإجماع؛ ولهذا قلنا: إن الآية تدل على إباحة النكاح لا غير.

وأما السنة: فمنها - على سبيل المثال - الحديث المتفق عليه من حديث عبد الله بن مسعود < قال: قال لنا رسول الله ﷺ: ((يا معشر الشباب، مَنْ استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغضّ للبصر، وأحصن للفرج، ومَنْ لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)).

ومنها ما رواه الطبراني، والحاكم، والبيهقي من حديث أنس بن مالك < أن رسول الله ﷺ قال: ((مَنْ رزقه الله امرأةً سالحةً؛ فقد أعانه الله على شِقِّ دينه؛ فليتق الله في الشقِّ الثاني)).

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة الإسلامية من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا - على مشروعية النكاح من غير إنكار أحد لمشروعيته.

أما حكم النكاح من الناحية التكليفية:

يظن البعض أن الغرض من الزواج هو قضاء الوطر الجنسي، وإشباع الرغبة بقضاء الشهوة الحيوانية، وهذا - بلا شك - ظنٌّ كاذبٌ، ووهمٌ خاطئٌ؛ لأن الله تعالى شرع النكاح ليعمّر الكون؛ فإذا برز الإنسان في الحياة، وظهر إلى حيّز الوجود، واستخدم ما سخّره المولى ﷻ له ازدهر الكون، وعمرت الحياة، وأخذت الأرض بهجتها وازيّنت، فليس الغرض من الزواج في الإسلام هو قضاء الوطر الجنسي، بل الغرض أعمّ من ذلك وأسمى؛ ولهذا اعتبره نبيّ

الإسلام ﷺ سنة من سنن الإسلام؛ حيث قال في الحديث المتفق عليه: ((مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلَيْسَتْ بَسَنَّتِي، وَمَنْ سُنَّتِنَا النِّكَاحُ)).

وعن أنس < أن النبي ﷺ قال - فيما يرويه البخاري ومسلم - : ((ولكنني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء؛ فمن رغب عن سنّتي فليس مني)).

وإننا إذا نظرنا إلى جعل المصطفى ﷺ الزواج من سنن الإسلام التي لها مكانتها وجلالها؛ يتضح لنا أنه ﷺ لم يجعله بهذه المنزلة وتلك المكانة مجرد أن فيه قضاء الطبع الجنسي وإفراغ الشهوة فحسب، بل لم يكن النكاح في الإسلام بهذه المنزلة إلا لاشتماله على معانٍ اجتماعية، وسمات نفسية، وقضايا دينية متعددة، نذكر منها - على سبيل المثال لا الحصر - :

أولاً: أن الزواج هو العماد الأول للأسرة الثابتة التي تلتقي فيها الحقوق والواجبات بتقديس ديني، يشعر الشخص فيه بأن الزواج رابطة مقدسة تعلوا بها إنسانيته، وتسموا عن الحيوانية التي تكون العلاقة بين الذكر والأنثى فيها منصباً على الشهوة البهيمية فقط، ولعلّ هذه النفسية الروحية هي المودّة التي جعلها الله بين الزوجين، وذكرها في عداد النعم التي تفضل بها على عباده، كما جاء في قول الحق ﷻ: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١] ورابطة الزوجية المقدسة هي التمازج النفسي والاختلاط الفطري، الذي عبّر الله تعالى عنه بقوله - في شأن الزوجات - : ﴿ هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ ﴾ [البقرة: ١٨٧] فإذا ارتقت العلاقة إلى ذلك النحو من السموّ كان الزواج ترويحاً للنفس، وإيناساً لها بالمجالسة والنظر، وراحة للقلب، وتقوية له على العبادة.

ثانياً: بما أن الزواج هو اللبنة الأولى للأسرة، والأسرة هي الخلية المكونة لبناء المجتمع؛ فإذا كان الإنسان اجتماعياً بطبعه لا يعيش إلا في مجتمع، الوحدة الأولى لهذا المجتمع هي الأسرة، تتربى فيها أنواع النزوع الإنساني في الإنسان، عند أول استقباله للعالم، وفيها يعرف ما له من حقوق، وما عليه من واجبات، وفيها تتكوّن مشاعر الألفة والأخوة الإنسانية، وتُبذر بذرة الإيثار فتنمو، أو تخبو على وفق ما يقابلها من أجواء الحياة العامة؛ فإذا كانت الأسر التي يتكون منها المجتمع قوية؛ كان المجتمع قوياً تبعاً لقوة وحدة بنائه.

ثالثاً: في الزواج حفظ للنوع الإنساني بطريقة مشروعة، ولقد كان النبي ﷺ يبحث على طلب النسل بالزواج، ففي الحديث الذي رواه أبو داود والنسائي عن معقل بن يسار: ((أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: إني أحببت امرأة ذات حسبٍ وجمالٍ، إلا أنها لا تلد، أفزوجها يا رسول الله؟ قال: لا. ثم أتاه الثانية؛ فنهاه. ثم أتاه الثالثة فقال: تزوجوا الودود الولود؛ فإني مكاثر بكم الأمم)).

رابعاً: الزواج مظهرٌ من مظاهر الرقي الإنساني، وهو راحة النفس الفاضلة ومستقرّها وأمنها وسكنها؛ حيث تجد المرأة فيه من يكفل لها الرزق؛ فتعكف على البيت ترعاه، وعلى الأولاد تربيتهم، وعلى الزوج فتسعده، وحيث يجد الزوج في عش الزوجية - بعد - لأنواء الحياة ومتاعبها جنة الحياة، وكأنه واحة خضراء وارفة الظلال، أو بستان يانع الثمار، وداني القطوف؛ وعندئذٍ تتحقق راحة الإنسان الذي يسير في مدارج الكمال، وتعلوا تبعاته بمقدار كماله، ويتجلى أعظم تفسير للحديث الشريف، الذي يرويه عبد الله بن عمرو بن العاص أن الرسول ﷺ قال: ((الدنيا متاعٌ، وخير متاعها المرأة الصالحة)).

وعن عبد الله بن عباس < أن النبي ﷺ قال - فيما أخرجه مسلم والنسائي - : ((ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء؟ المرأة الصالحة؛ إذا نظر إليها سرته، وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا أقسم عليها أبرته)).

حكم النكاح في حالة الاعتلال:

يطلق الفقهاء الحكمَ على أحد معنيين هما: الحكم بمعنى الأثر المترتب على الشيء، أو الحكم بمعنى الصفة الشرعية، فبالنسبة للنكاح مثلاً حكمه بمعنى الأثر المترتب عليه هو كالحقوق المترتبة عليه، مثل: وجوب المهر للزوجة على زوجها، والنفقة، ووجوب طاعتها له، وحسن المعاشرة بينهما، وحق استمتاع كل منهما بالآخر.

وأما حكمه بمعنى الصفة الشرعية له؛ فهو ما يسمى - في اصطلاح الأصوليين - بالحكم التكليفي، وهو كون الزواج فرضاً، أو حراماً، أو واجباً، أو مكروهاً، أو مباحاً، أو مندوباً، والذي يعيننا هنا هو حكم النكاح بمعنى الصفة الشرعية، أي: ما يثبت له شرعاً - من جهة - كونه مطلوباً فعله، أو غير مطلوب، أي: كونه واجباً، أو غير واجب.

وقد اختلف الفقهاء في حكم النكاح على هذا المعنى حال الاعتلال بالنسبة للزوج على أقوال كثيرة، تدور كلها بين كونه فرضاً واجباً محتملاً لا يجوز العدول عنه، وبين كونها سنة مؤكدة يثاب فاعلها، ولا يعاقب تاركها، وبين كونه أمراً مباحاً يرجع الشأن فيه إلى الرجل؛ إن أقدم عليه وتزوج فله ذلك، وإن أحجم عنه ولم يتزوج؛ فلا إثم عليه، وأهم هذه الأقوال وأكثرها شيوعاً ثلاثة هي:

القول الأول: يرى الجمهور أنه سنة يثاب على فعله، ولا يعاقب على تركه حال الاعتلال.

القول الثاني: يرى بعض الشافعية، والشيعة أنه مباحٌ يجوز فعله وتركه.

القول الثالث: يرى الظاهرية أن النكاح فرضٌ على القادر عليه من الرجال.

الأدلة: استدل الظاهرية على فرضية النكاح بوجوبه بما يلي:

أولاً: بظاهر النصوص الشرعية الواردة بصيغة الأمر الدالة على الوجوب، وهي كثيرةٌ ومتنوعةٌ؛ منها: قول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣].

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقال ﷺ: ((يا معشر الشباب، مَنْ استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومَنْ لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء)).

ثانياً: النهي عن التبتل والعذوبة، والإعراض عن الزواج، وما يستتبع ذلك من الملاذ، والتفرغ للعبادة والرهينة؛ فقد روى قتادة < ((أن النبي ﷺ نهى عن التبتل))، والحديث أخرجه النسائي والترمذي، ثم قرأ قتادة قول الحق - تبارك وتعالى - : ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِغَايَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ﴾ [الرعد: ٣٨].

والنهي عن التبتل الذي هو عدم الزواج يدل على التحريم لترك الواجب الذي يستحقّ الذم والإثم بتركه، وهو النكاح، وفي هذا دليلٌ على وجوب النكاح، هذه هي أدلة أهل الظاهر على فرضية النكاح على الرجل في حال الاعتدال، وهذه الأدلة وردت عليها مناقشات:

الأولى: مناقشة لفظ ﴿فَانكِحُوا﴾ الوارد في النص القرآني: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ [النساء: ٣] الأمر فيها ليس للوجوب، بل هو للندب والاستحباب؛ حيث إن الآية الكريمة خيرت بين أحد أمرين هما: النكاح،

والتسري، قال تعالى: ﴿فَوَجَدَهُ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ والتسري بالإماء ليس واجباً باتفاق، وبما أن كلاً من الزواج والتسري منتظمان في عقدٍ واحدٍ؛ فيكون حكمهما واحداً، وحيث ثبت عدم وجوب التسري؛ فيثبت حينئذٍ عدم وجوب الزواج كذلك؛ إذ لا يقع التخيير بين الواجب وغير الواجب.

الثانية: الأمر الوارد بالزواج في قوله ﷺ: ((فليتزوج)) ليس للوجوب، بل هو للندب، وبرهان ذلك الصوم الذي جعله الرسول ﷺ بدلاً من النكاح ليس واجباً، بل هو مندوب؛ فدل ذلك على أن النكاح ليس بواجب كذلك؛ لأن غير الواجب لا يقوم مقام الواجب.

الثالثة: النهي عن التبتل الوارد في الحديث ليس لترك الواجب، وإنما هو ترك المندوب؛ لأن بعض الصحابة لم تكن له زوجة، والرسول ﷺ كان يعلم ذلك ولم ينه عن عدم الزواج، ولم يوجه إليه أي لوم؛ فدل هذا على أن النكاح ليس مفروضاً ولا واجباً، ومن غير المعقول أن يسكت أشرف الخلق ﷺ على ترك الواجب.

أدلة الشافعية والشيعة القائلين بالإباحة:

استدل الشافعية، ومن وافقهم على إباحة النكاح وعدم وجوبه في المنقول والمعقول.

أما المنقول:

أولاً: النصوص الشرعية عبرت في كثير من الأحيان عن الزواج بالحل، وهو في معنى الإباحة لا الوجوب، قال تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] وإذا كان الحل في معنى الإباحة؛

فلا يدل على الوجوب، بل ولا على المندوب؛ فلا يفهم منه سوى الإباحة لا غير.

ثانياً: أن الله ﷻ مدح نبيه يحيى # وجعل من بين الحثيات التي استحقّ بها هذا المدح هو كونه حصوراً، ولم يتزوج، ولم يأت النساء مع القدرة على التزوج، وإتيان النساء؛ حيث قال سبحانه في شأن زكريا والدي يحيى - عليهما السلام - : ﴿فَنَادَتْهُ الْمَلَائِكَةُ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي فِي الْمِحْرَابِ أَنَّ اللَّهَ يُبَشِّرُكَ بِيحْيَى مُصَدِّقًا بِكَلِمَةٍ مِّنَ اللَّهِ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ الصَّالِحِينَ﴾ [آل عمران: ٤٣٩]. فلو كان النكاح أفضل من عدمه؛ لما مدح الله يحيى # بتركه.

وأما المعقول: فإن النكاح أمر دنيويّ يحقق مطالب الجسد ورغباته، مثله - في ذلك - مثل الأكل، والشرب، واللبس، ومن يعمله ويقبل عليه؛ فإنما يقبل عليه بدافع غريزيّ، وفيه قضاء للشهوة، وهو مما يميل إليه الطرف؛ فيكون من يقوم به إنما يعمل بدافع من نفسه لنفسه كالأكل والشرب؛ ولذلك يقع من المسلم وغيره، والبرّ والفاجر، وذلك من خواص المباح وشأنه، أما المندوبات أو الواجبات فإنها نوع من العبادة الروحية يختص به المؤمن ويثاب عليه، ولا يعلو النكاح إلى مرتبة العبادات، بل هو دونها؛ ولذلك كان الاشتغال بالنوافل أفضل منه، من أن يخشى الوقوع في الزنا.

مناقشة أدلة الشافعية والشيعة:

أولاً: القول بأن لفظ الحل في قوله: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ يدل على الإباحة لا على الوجوب قول غير مسلم؛ لأنه يصار إليه لو كانت النصوص الواردة في شأن النكاح مقصورة عليه، ولكن هناك نصوص أخرى غيره جاءت

بلفظ الأمر، مثل: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ ومثل: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمْ﴾ والأمر كما هو معروف يدل على الوجوب عند إطلاقه عن القرائن الصارفة.

بل إن الرسول ﷺ جعل من يعرض عن الزواج - مع القدرة عليه - خارجاً من صفوف المؤمنين، وبعيداً عن دائرة المسلمين، وهذا بعض ما يشير إليه في قوله ﷺ: ((النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني)).

ثانياً: مدح الله ﷻ ليحيى بكونه حصوراً، وأن اشتغاله بالعبادة، وانصرافه بها عن الزواج كان أفضل من الإقبال عليه، إنما كان بحسب شريعته، ثم نسخ ذلك في شريعتنا بورود النصوص الشرعية المتضمنة الحث على الزواج، والترغيب فيه، بل إن مداومة الرسول ﷺ وأكثر الصحابة - عليهم من الله الرضوان - على فعل النكاح يعتبر أكبر دليل، وأقوى سند لأفضلية التزوج على التبتل وعدم التزوج، ولو كان التخلي للعبادة أفضل من النكاح؛ لكان أفضل الخلق وأشرفهم سباقاً إليه، ولما أقره الله ﷻ على ترك الأفضلية طيلة حياته.

ثالثاً: القول بأن النكاح، أمر دنيوي لا يصل إلى مرتبة العبادة قول أيضاً غير مسلم؛ لأن النكاح من قبيل العبادات، ويعد سبباً موصلًا إلى المقاصد الشرعية، التي هي: حفظ النفس، والنسل، والعرض، وهو عبادة حث عليها الشارع، وألزمها؛ فيكون ما يوصل إليه لازماً كذلك؛ فهذه هي أدلة الشافعية، ومناقشتها.

أدلة الجمهور القائلين بسنية النكاح، وبأنه مندوب حال الاعتدال:

يرى الجمهور أن النكاح سنة في حال الاعتدال، ورأيهم هذا قائم على دعوتين: الدعوة الأولى: أنه مطلوب، والدعوة الأخرى: أن طلبه على جهة الندب والسنية لا على جهة الوجوب والفرضية.

فأولى هاتين الدعوتين - وهي طلب النكاح - تخالف وتعارض دعوى بعض الشافعية، ومن وافقهم القائلين بإباحة الزواج لا غير.

وأما الأخرى - وهي كونه مندوباً - فتعارض دعوى الظاهرية القائلين بأن النكاح فرض محتّم على القادر عليه، وهذا الاتجاه من قول الجمهور يدعوننا إلى أن نقيم دليلاً لكل دعوى من دعاوهم.

أدلة إثبات الدعوى الأولى:

الأول: ما ورد من الحث على النكاح من الآيات والأحاديث الداعية إليه، والمرغبة فيه، وقد سبق ذكرها، مثل قول الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ وقوله ﷺ: ((النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني)).

الثاني: مداومته ﷺ على الزواج؛ حتى اختاره الله لجواره.

الثالث: الزواج طريق لصيانة النفس عن الفحشاء، والعرض عن الأذى، والنوع الإنساني من الانقراض، والأخلاق من الانهيار، وأما إثبات الدعوى الأخرى، وهي أن طلب فعل النكاح الوارد في النصوص الشرعية للندب، لا للإلزام القاطع؛ حتى يكون فرضاً واجباً؛ فهو أن النبي ﷺ طلب من الشباب - الذي لا يقدر على نفقات النكاح وتبعاته - أن يعف نفسه، ويستعين على ذلك بالصوم، وما كان طلب الرسول ﷺ الصوم من الشباب العاجز عن مستلزمات النكاح طلب إلزام، بل كان طلب إرشاد وتوجيه؛ فدل هذا على أن صيغة الطلب للزواج التي في مقابل طلب الصوم المذكور في الحديث ليست للإلزام، بل هي للتوجيه إلى فعل الأولى، إذ لو كان الزواج لازماً؛ لترتب على ذلك أن يكون الصوم المقابل له لازماً كذلك، ولم يقل به أحد.

ولا يغيب عن البال أن بعض الصحابة لم يتزوج، وكان النبي ﷺ يعلم ذلك ولم ينكره عليهم، وإن كان قد حثهم على الزواج مرشداً، ومما هو جدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية قد وصلت إلينا كاملة مكتملة، ولم يعد من فرائضها النكاح، ولو كان فرضاً كما يزعم البعض؛ لذكر بين الفرائض، ولكان إهمال ذكره تقصيراً في البيان قصوراً في التبليغ، ومعاذ الله أن يكون من النبي ﷺ ذلك، وحاشا أن يكون في شريعتنا تقصيراً، أو يعتربها قصوراً.

إذن فما الرأي الراجح من بين هذه الأقوال الثلاثة؟

أرى - والله تعالى أعلم - أن ما ذهب إليه الجمهور من القول باستحباب النكاح، وأنه أفضل من التبتل هو الأولى بالقبول، والأقرب للصواب؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من التجريح والمناقشة، وضعف أدلة مخالفهم، وعملاً بعموم مثل قوله ﷺ: ((لا رهبانية في الإسلام)) وقوله: ((إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنفية السمحة)).

فهذا أخي المسلم، حكم النكاح في حال الاعتدال، فما حكمه في غير حال الاعتدال: بينا فيما سبق اختلاف الفقهاء في بيان حكم نكاح حال اعتدال الزوج، ورجحنا قول الجمهور القاضي في استحبابه وندبه، ونبين هنا حكم النكاح، وما يعتربه من أحوال، وصفته الشرعية في غير حال الاعتدال على وفق ما ذهب إليه المتأخرون من الفقهاء، والمجتهدين من العلماء فنقول: تعترى الأحكام التكليفية النكاح في غير حال الاعتدال؛ فيكون فرض إذا توافر في الشخص ما يأتي:

أولاً: التيقن من الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج.

ثانياً: عدم القدرة على التسري بالإماء.

ثالثاً: عدم القدرة على الصوم.

رابعاً: عدم خوف الجور عند الزواج.

خامساً: عدم العجز من ملك المهر والنفقة.

ويكون النكاح واجباً إذا خاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج؛ ففي هذه الحال يكون النكاح واجباً بشرط ملك المهر والنفقة، وبشرط عدم الخوف من الجور؛ فإن عجز عن ملك المهر والنفقة، أو خاف الجور لا يكون النكاح حينئذٍ واجباً، ويكون النكاح حراماً إذا تأكد وتيقن الشخص أنه لو تزوج سيظلم زوجته، أو كان غير قادر على نفقة الزواج، ويكون النكاح مكروهاً إذا خاف الرجل أنه لو تزوج سيظلم نفسه بظلم زوجته، ويلحق الضرر بمن يتزوجها، ولا يستطيع الإنفاق عليها.

أركان النكاح، وتأييد الزواج

١. أركان النكاح:

الزواج عقد من أشرف العقود؛ لأنه يتم بين طرفين لإنشاء أسرة، وتكوين مجتمع، وتخصيئاً وسكناً للنفس، وطلباً للنسل، وبقاء للنوع الإنساني، وتعاوناً في الحياة، ولما كانت له هذه الأهمية؛ فإن عقده لا يتم إلا بعد تحقق أركان وشروط ستتكلم عنها، ونوضح ما يتعلق بكل منها.

مذاهب الفقهاء في أركان عقد النكاح:

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج على النحو التالي: فعند الحنفية الأركان هي الإيجاب والقبول فقط، وعند المالكية أركان النكاح أربعة هي:

الولي، والصداق، والمحل، والصيغة، وعد الشافعية أركان النكاح خمسة، وهي: الصيغة، والزوجة، والشاهدان، والزوج، والولي، وعد الحنابلة أركان النكاح ثلاثة، وهي: الزوج والزوجة ركن، والإيجاب ركن، والقبول ركن؛ فعلى هذا يكون جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أن الصيغة التي هي الإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج، لم يخالف في هذا أحد، أما الباقي؛ فهي أركان عند البعض، وشروط عند البعض الآخر.

الإيجاب والقبول: الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين سواء أكان من جانب الرجل، أم من جانب المرأة أو وليها، والقبول ما صدر ثانياً من أيّ جانب منهما؛ فلو قال رجل لامرأة: "زوجتك نفسي" فقالت: "قبلت" أو "رضيت" كان قول الرجل إيجاباً، وقول المرأة قبولاً، ولو بدأت المرأة بالكلام فقالت له: "زوجتك نفسي" فقال لها: "قبلت" كان كلامها إيجاباً، وكلامها قبولاً - على الراجح - ولكي يكون الإيجاب، والقبول دالّين على الارتباط بين العاقدين؛ فإنه لا بدّ من توافر شروط فيها، وفي العاقدين، وفي المحل الذي يقع عليه العقد، وتظهر فيه آثاره.

ويلاحظ أن المرأة في عقد الزواج لها اعتباران؛ فهي باعتبارها طرفاً في العقد إذا تولّت العقد بنفسها عند من يميز ذلك تدخل في العاقدين، وبالنظر إلى أن آثار العقد تظهر فيها بصورة أوضح وأقوى من الرجل؛ تعتبر محلاً للعقد، فإذا توفرت هذه الشروط كان العقد منعقداً، وإذا تخلفت كلها، أو بعضها كان غير منعقد.

ما يشترط في الإيجاب والقبول:

قلنا: إن الإيجاب والقبول هما ركنا عقد النكاح كسائر العقود الشرعية، ويطلق عليهم الصيغة، ولما كانا ركني عقد النكاح، وتتوقف وجود ماهية النكاح، وحقيقته عليهما؛ فإنه يجب فيهما مراعاة ما يأتي:

أولاً: أن يكون كل من الإيجاب ، والقبول بلفظ الماضي إن كان بالألفاظ ؛ كأن يقول الرجل للمرأة: "زوجتك نفسي" وتقول المرأة: "قبلت" أو يكون الإيجاب بصيغة الأمر ، والقبول يكون بصيغة الماضي ، كأن يقول الرجل للمرأة: "زوجيني نفسك" فتقول له: "قبلت" أو يكون الإيجاب بصيغة المضارع ، والقبول بصيغة الماضي ، كأن يقول الرجل للمرأة: "أتزوجك" وتقول له المرأة: "قبلت".

ثانياً: أن يكون كل من الإيجاب ، والقبول بلفظ النكاح ، أو التزويج ، أو ما اشتق منهما ، وهذا باتفاق الفقهاء ، أو بالألفاظ التي تملك العين في الحال عند الحنفية ، ومن وافقهم فينعقد النكاح بإجماع الفقهاء إذا كان الإيجاب ، والقبول ، بلفظ النكاح ، أو التزوج ، أو ما يشتق منهما ؛ لأن هذه الألفاظ صريحة ، وموضوعة بمعنى الزواج ، ولا تنصرف لغيره من العقود.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب ، والقبول في مجلس واحد ؛ فلو تفرقت المجالس بعد الإيجاب ، وقبل القبول بطل الإيجاب.

رابعاً: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ؛ لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي ؛ فإذا جاء القبول بعد ذلك ؛ فإنه يجيء على غير إيجاب ، ويجوز للموجب الرجوع في الإيجاب ما دام لم يرتبط بقبول ؛ لأنه الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركني العقد ، وإذا لم يتم الالتزام ؛ فلا إلزام لأحد فللموجب أن يرجع.

خامساً: ألا يصدر عن العاقد الثاني بعد الإيجاب ما يدل على الإعراض كالفصل بكلام أجنبي.

سادساً: موافقة القبول للإيجاب ، ولو ضمنا ، كأن تقول المرأة: "تزوجتك على مهر قدره ألف جنيه" فيقول: "قبلت بألفين" فإن العقد يصح ، وتلزم الألف الثانية

إذا قبلتها، وإذا قال: "تزوجتك على ألف" فقالت: "قبلت بخمسمائة" صحَّ العقد، وحطَّ من المهر، ولو لم يرد الخط.

الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض ويعوض:

أولاً: الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة والتملك، وقد أجاز العقد بهذه الألفاظ: الحنفية، والمالكية، وأحمد، بشرط ذكر المهر؛ لورود هذا اللفظ في القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] يعني: زوجته، ويقول الرسول ﷺ للرجل الذي طلب الزواج من امرأة في بعض الروايات: ((ملكتكها بما معك من القرآن)) أي: زوجته.

ثانياً: الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بعوض كالبيع والشراء، وقد اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بها على النحو التالي:

قال بعض الحنفية وبعض المالكية: إذا قصد الزوج بهذه الألفاظ معنى الزواج، وقامت القرينة الدالة على المجاز الذي هو التزوج؛ فإن النكاح ينعقد بها بما يأتي: أن الرسول ﷺ زوج امرأة لرجل بقوله له: ((ملكتكها بما معك من القرآن)) وقالوا: إن الباء هنا تدل على العوض وهو لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانعقد به نكاح أمته، كلفظ الإنكاح والتزويج؛ ولأنه إن كان تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات.

وقال الجمهور: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ النكاح والتزويج فلا ينعقد بلفظ البيع، أو الإجارة... أو غيرهما كالهبة؛ لما يأتي:

أ. قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ وهذا من خصوصياته ؛ فلا يتعداه لغيره.

ب. هذه الألفاظ ليست صريحة في النكاح فلا ينعقد بها.

والراجع في هذه المسألة هو رأي الجمهور لما يأتي: تزويج الرسول ﷺ المرأة للرجل وردّ الخبر بـ ((زوجتكها)) و((أنكحتكها)) بطرق صحيحة والقصة واحدة، والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناهما واحد؛ فلا تكون روايته حجة.

أن آية الأحزاب من خصوصيات النبي ﷺ بدليل قول الله تعالى: ﴿خَالِصَةً لِّكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] انعقاد النكاح بلفظ الإجارة والوصية وغيرهما، لا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة على الراجح؛ لأنه ليس بسبب ملك المتعة؛ لأن الإجارة وإن كانت تفيد ملك الانتفاع إلا أنها تفيد الملكية المؤقتة لا المؤبدة، والنكاح للتأيد يحرم فيه التوقيت كما لا ينعقد النكاح بلفظ الوصية؛ لأنها توجب الملك مضافاً لما بعد الموت والملك في النكاح للحال؛ ولأن ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح كما لا ينعقد بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع لعدم تملك المتعة في كل منها، كما لا ينعقد أيضاً بلفظ الإقالة والخلع لأن هذه الألفاظ لفسخ عقد ثابت.

انعقاد النكاح بغير العربية: إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية، فقد أجاز الفقهاء جميعاً عقد الزواج بغير العربية؛ للعجز الذي عليه الطرفان أو أحدهما. أما إذا كان الزوجان يفهمان العربية ويستطيعان العقد بها؛ فهل يصح عقد الزواج بغير العربية في هذه الحال أم لا؟

قال الشافعي - يرحمه الله - : لا يصحّ عقد النكاح بغير العربية ما دام العاقدان يعرفانها ويستطيعانها ؛ لأن النكاح حقيقة شرعية إسلامية ، أظلمها الإسلام بحمايته ، وأوجد آثارها ، ورتّب أحكامها ، ونظّم العلاقات بين الزوجين بها ؛ فكان عقد الزواج المنظم لتلك العلاقة كالصلاة ، لا تصحّ بغير العربية ممن يجيد العربية ويحسنها .

وقال الجمهور : ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه في تلك اللغة التي اختارها ؛ لأن التكلم بغير العربية ليس حراماً ، والأمر لا يعدو أن اثنين اختارا أن يتخاطبا في شأن من شئونهما أو في أهم شئونهما بغير العربية ، وربما كانت تلك اللغة التي اختارها هي اللغة الأصلية بالنسبة لهما ، ولقد قال الإمام ابن تيمية ما نصّه : إن النكاح إن كان قرينةً فإنما هو كالعتق والصدقة ، لا يتعين له لفظاً عربياً ولا أعجمياً ، ثم إن الأعجمي إذا تعلّم العربية في الحال ربّما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التي اعتادها .

التعاقد بالكتابة :

الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ منطوقة إلا أنه قد تطرأ على الإنسان ظروف تمنعه من التلفظ والتعبير ، فإذا عجز الشخص عن التعبير بما يفيد إنشاء عقد الزواج بالألفاظ فإن المتعاقدين لا يخلو حالهما من أن يكونا حاضرين في المجلس وقادرين على التعبير ، أو يكونا غائبين عن المجلس وغير حاضرين فيه ، فإن كان المتعاقدان حاضرين في المجلس وقادرين على التعبير فلا يجوز التعاقد بالكتابة أصلاً حتى ولو وجدت قرينة بينة حاضرة وواضحة في العقد ، ولو لم يكونا حاضرين في المجلس ؛ فإن التعاقد بالكتابة يجوز ؛ وذلك بأن يكتب أحدهما للآخر ، ويقبل

الطرف الآخر المكتوب إليه في مجلس الوصول الكتاب إليه بحضور من الشهود بمجرد وصول الكتاب إليه.

التعاقد بالإشارة:

إذا كان أحد المتعاقدين لا يستطيع الكلام كالأخرس، فإما أن يحسن الكتابة أو لا، وإما أن تكون إشارته مفهومة أو لا، فإن كان لا يحسن الكتابة وإشارته مفهومة فقد اتفق الفقهاء على جواز عقده بالإشارة؛ لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهته هو؛ فصحّ نكاحه بإشارته المفهومة والمعبرة عن قصده كييعه وطلاقه ولعانه، أما إذا لم تكن إشارته مفهومة؛ فإن عقده بالإشارة لا يكون صحيحاً كما لا يصحّ غيره من التصرفات القولية؛ ولأن النكاح عقد بين شخصين، ولا بد من فهم من كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه، ولو فهم ذلك صاحب التعاقد معاً لم يصحّ العقد أيضاً حتى يفهم الشهود كذلك؛ لأن الشهادة في عقد النكاح شرط، ولا تجوز على ما لا يفهم الشاهد، أما إذا كان الأخرس يحسن بالكتابة، فلقد اختلف الفقهاء في جواز عقده بالإشارة على قولين:

قال بعض الحنفية: لا يجوز التعاقد بالإشارة؛ لأن الكتابة أوضح على المراد، وأبين في الدلالة من الإشارة، ومن يستطيع فعل الأعلى لا يقبل منه الإتيان بالأدنى، لا يقبل منه العقد بالإشارة.

وقال غيرهم: ويصحّ عقده بالإشارة؛ لأن الأصل في العقد أن يكون بالخطاب فإن عجز عنه استعان بغيره من أنواع الدلالات والكتابة والإشارة في ذلك سواء.

التعاقد بالفعل:

إذا قالت امرأة لرجل: "زوجتك نفسي بألف جنيه" - مثلاً - ولم يقل الرجل: "قبلت" بل كل ما فعله أنه أعطاها الذي سمته - وهو الألف - فإن النكاح لا

ينعقد في هذه الحال ؛ لأن النكاح نظراً لخطره، وعلو مكانته، وسمو منزلته ؛ يجب أن يتعد عن مواطن الاحتمالات، وينأى عن أماكن الشبهات، وأن يُشيدَ صرْحَه على أرض صلبة بخلاف العقود الأخرى التي تنعقد بالتعاطي والفعل كالبيع.

٢. تأييد الزواج :

المقصود من ذلك : أنه يشترط في صيغة الزواج - التي هي الإيجاب والقبول- أن تكون دالة على التأييد، وألا يقترن بها ما يدل على التأكيد صراحةً ؛ لأن مقتضى عقد الزواج حلّ العشرة ودوامها، وإقامة الأسرة، وتربية الأولاد، والقيام على شؤونهم ؛ وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج دائمة وباقية حتى يشاء الله انتهاءها بالموت أو غيره، فإذا قال رجل لامرأة: "أستمتع بك مدة ستة أشهر أو أتزوجك لمدة سنة" -مثلاً- أو "مدة إقامتي في هذه البلدة" فقالت: "قبلت" لم ينعقد النكاح ؛ لذكر المدة الدالة على التأكيد، وهي مخالفة لما يجب أن يكون عليه الزواج من التأييد، وقد حكم الفقهاء ببطلان نوعين من العقود لتنافيهما مع التأييد المطلوب للنكاح، وقد كان هذان العقدان معروفين في الجاهلية قبل استضاءة الأرض بنور الإسلام، وهذان العقدان هما المتعة والنكاح المؤقت.

فأما زواج المتعة الذي يكون بلفظ التمتع والاستمتاع ونحوهما مثلاً، وهو أن يقول الرجل للمرأة: "أتمتع بك لمدة شهر بمائة جنية" - مثلاً- فتقول: "قبلت" أو "وافقت"، وحكم هذا النوع من الزواج أنه باطل باتفاق جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء المسلمين، ولم يخالف في ذلك سوى طائفة من الشيعة الإمامية الاثني عشرية ؛ حيث ذهبت إلى إباحته، واستدلوا على جوازه بأدلة ثلاثة :

الأول: ما روي في إباحته في الصدر الأول للإسلام، وحكي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، وطاوس، واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "متعان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أفأنهى عليهما وأعاقب عليهما: متعة النساء، ومتعة الحج".

الثاني: أنه عقد على منفعة فيكون مؤقتاً كالإجارة.

الثالث: قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْ فَنَاءُوهُنَّ أَجُورُهُنَّ فَرِيضَةٌ﴾ [النساء: ٢٤] حيث أوجبت الآية إعطاء ما للمرأة نظير الاستمتاع بها وسمت ذلك أجراً، والاستمتاع بالمرأة غير الزواج بها، والأجر غير المهر فيكون في هذا دليل على إباحة زواج المتعة، إلا أن الجمهور قد خالف الشيعة وحكى بطلانه، واستدلوا بالأدلة الآتية:

الأول: روى الربيع بن سبرة أنه قال: أشهد على أبي أنه حدث: ((أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة)) وفي لفظ آخر: ((أن الرسول ﷺ حرم متعة النساء)) والحديث رواه أبو داود.

الثاني: روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: ((أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية)) والحديث رواه مالك في (الموطأ) والنسائي وغيره.

الثالث: كما جاء في (صحيح مسلم) أن النبي ﷺ حرمها يوم الفتح، والتوفيق في الروايات أن نسخها وتحريمها تكرر أكثر من مرة، وهذا التكرار يدل على بطلانها ونسخها.

الرابع: أجمع المسلمون على كونه غير زواج بل هو استمتاع فقط.

الخامس: قول الحق ﷺ في وصف المؤمنين: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] والمعقود عليها عقد متعة ليست زوجاً باتفاق المسلمين حتى الشيعة فإنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث.

إذن الرأي الراجح هو رأي الجمهور لما يأتي:

أولاً: ما ذكره الشيعة من إباحة المتعة في الزمن الأول للإسلام إنما كان مرحلة من مراحل التشريع لضرورات القاهرة، كما حدث في بعض الغزوات حينما اشتدت على المسلمين العزوبة والبعد عن نسائهم، والتدرج في التشريع قاعدة من القواعد التي بني عليها التشريع الإسلامي كما حدث في تحريم الخمر وعقوبة الزنا.

ثانياً: ما روي عن عمر بن الخطاب < غير صحيح، وعلى فرض صحته فالظاهر أنه إنما قصد منه الإخبار عن تحريم النبي ﷺ لهما ونهيه عنهما، إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته.

ثالثاً: العقد على المنفعة يجوز فيه التأقيت ما لم يعارض بنص يمنع.

رابعاً: الآية التي استدلووا بها ليست في المتعة، بل هي في الزواج الدائم بدليل ما قبلها وما بعدها من الآيات، التعبير في الآية بالاستمتاع لا يراد به متعة الإمامية بل المقصود به الاستمتاع بالزوجة الشرعية، كما أن الأجور في هذه الآية هي المهور وقد عبّر القرآن عن المهر بالأجر على سبيل المجاز كما قال في قوله تعالى: ﴿ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ٢٥] قوله تعالى: ﴿ وَأَتَيْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْتَفْجِينَ وَلَا مَتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ [المائدة: ٤٥].

خامساً: ثبت رجوع ابن عباس ومن وافقه عن القول بصحة المتعة وحكم بطلانها.

سادساً: هذا هو أحد أئمة الشيعة الإمامية جعفر الصادق - يرحمه الله - كان يقول بتحريم المتعة حيث نقل عنه الإمام البيهقي أنه سئل عن المتعة فقال: هي الزنا بعينه، فهذا هو نكاح المتعة وآراء أهل العلم فيه والرأي الراجح مع التعليل. أما الزواج المؤقت فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي ينعقد بها عقد النكاح كلفظ الزواج أو غيره من الألفاظ الصالحة لإنشاء عقد الزواج، ويتم بحضور الشهود غير أن الصيغة تكون دالة على التأقيت والتحديد بمدة معينة كشهر أو سنة مثلاً، كأن يقول لها: تزوجتك لمدة شهر.

إذن الفرق بين الزواج المؤقت وبين نكاح المتعة من حيث اللفظ فقط، فنكاح المتعة ينعقد بلفظ أتمتع بك لمدة شهر، والنكاح المؤقت ينعقد بلفظ "أتزوجك" لمدة شهر مثلاً.

حكم الزواج المؤقت:

جمهور الفقهاء يرون بطلان هذا الزواج؛ لأن هذا الشرط وهو اشتراط التأقيت يمنع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المتعة، بل هو يعتبر زواج متعة أو على الأقل في معناه إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الغرض من نكاح المتعة، واقتران الصيغة بما يدل على التأقيت وتقييدها بالوقت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج والعبارة في إنشاء العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني.

وقال نفر من الحنفية: إن النكاح المؤقت صحيح ولازم، وينعقد مؤبداً، ويلغى شرط التأقيت؛ لأن الصيغة المذكورة في ذاتها صالحة لإنشاء عقد النكاح ولكن

اقتران شرط التأقيت بها شرط فاسد، والنكاح المنعقد صحيحاً لا تفسده الشروط الفاسدة بخلاف المتعة؛ فإن الألفاظ المستعملة فيها لا تدل على إنشاء عقد الزواج، بل على الاستمتاع فقط، فافتراقاً من حيث وجود الصيغة المنشأة لعقد الزواج في النكاح المؤقت وعدم وجودها في المتعة، وأرى أن مذهب الجمهور هو الأرجح لقوة ما تعلقوا به ومراعاته لقواعد الشرعية.

والأصل في العقود كما هو معروف أن يتولى إنشاءها ويقوم بتنفيذها عاقدان، بحيث يكون الإيجاب من أحدهما ويكون القبول من الآخر، ولا يجوز أن يتولى عاقد واحد إنشاء العقد من الجانبين في العقود المالية إلا في أحوال استثنائية اضطرارية مثل أن يبيع الأب لابنه أو يشتري من الذي تحت ولايته لصغر سنه أو جنون، ولكن عقد الزواج يخالف العقود المالية فقد اختص من بين سائر العقود بأنه قد يتولاه عاقد واحد يقوم مقام عاقدين، وتقوم عبارته مقام عبارتين ولكن ذلك مقيد بأن تكون له ولاية إنشاء العقد من كلا الجانبين، وألا يكون فضولياً بالنسبة لأحدهما ويصدق ذلك فيما يأتي:

أولاً: أن يكون وكيلاً من الجانبين بأن يوكله رجل في تزويجه، وتوكله امرأة في تزويجها؛ فيتولى ذلك الوكيل تزويج بعضهما لبعض.

ثانياً: أن يكون أصيلاً من جانب ووكيلاً من الجانب الآخر، كأن توكله امرأة في تزويجها من نفسه فيتزوجها.

ثالثاً: أن يكون ولياً من الجانبين كأن يزوج بنت بنته الصغيرة من ابن ابنه الصغير.

رابعاً: أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً من الجانب الآخر كأن يوكله رجل في أن يزوجه من ابنته الصغيرة.

خامساً: أن يكون أصيلاً من جانب وولياً من الجانب الآخر كأن يتزوج بنت عمه الصغيرة التي تحت ولايته، ففي هذه الصور الخمس نرى أن العاقد ذو صفة شرعية وليس فضولياً من أي جانب، بل كانت له الولاية إما بالأصالة أو بالشرع أو بالتوكيل.

تنبيه:

ينبغي أن يعلم أن انعقاد النكاح بتولي شخص واحد له في الصور الخمس المذكورة إنما هو رأي أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن وأبو يوسف، وخالف في جواز ذلك الشافعي وزفر من الحنفية ورأي لأحمد فقالوا: لا يجوز أن يتولى شخص واحد العقد من الجانبين بعبارة واحدة، غير أن الإمام الشافعي - يرحمه الله - استثنى من المنع تزويج الجد حفيده من حفيدته إذا لم تكن بينهما علاقة محرمة.

أدلة أبي حنيفة ومن وافقه:

استدل الإمام أبو حنيفة ومن وافقه على صحة تولي الواحد عقد النكاح من الجانبين بالآثار الواردة في ذلك، ومنها ما روي أن عقبة بن عامر < عن النبي ﷺ أنه قال لرجل: ((أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما من صاحبه)) والحديث رواه ابن ماجه والبيهقي، وقد تم ذلك بعد النبي ﷺ من بعض الصحابة - عليهم من الله الرضوان - من غير أن ينكر منهم أحد.

كما روي أن قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتْلَىٰ النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغِبْنَ

أَنْ تَكْجُوهُنَّ [النساء: ١٢٧] قد نزل في يتيمة في حجر وليها وهي ذات مال، ولم يذكر المولى ﷺ بطلان العقد ولكن بين أنه لا يحل عدم إعطاء المهور؛ فكان ذلك تقريراً ضمنياً لصحة العقد الذي يتولاه شخص واحد، ويلاحظ أن النائب سواء أكان ولياً أو وكيلًا لا ترجع حقوق العقد ولا أحكامه إليه في الزواج بل ترجع إلى الزوجين؛ لأن العاقد ليس إلا سفيراً ومعبراً فلا يكون مطالباً ولا ملتزماً بشيء من حقوق الزواج وواجباته، واستدل الشافعي ومن وافقه الذين قالوا بأنه لا يجوز أن يتولى عقد النكاح عاقد واحد بقولهم: إن العقد يفيد التزامات وحقوق ثبتت لكلا الطرفين الزوج والزوجة، وهذا يقتضي وجود طرفين عاقلين إذ لا يعقل أن يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً في وقت واحد وأن يكون مملكاً ومتملكاً كما في البيع، فلا يجوز كونه وكيلًا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك، ويسترشد لهذا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **((كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل))**.

كما أن النكاح كسائر العقود لا يتم إلا بإرادتين: إحداهما موجبة والأخرى قابلة، وهما صفتان متقابلتان لا يمكن أن تقوما بشخص واحد في حال واحدة.

شروط عقد النكاح: شروط الانعقاد، وشروط الصحة

شروط عقد النكاح:

هذه الشروط تتنوع إلى أربعة أنواع:

النوع الأول: شروط انعقاد.

النوع الثاني: شروط الصحة.

النوع الثالث: شروط اللزوم.

النوع الرابع: شروط النفاذ.

١. شروط الانعقاد:

هي شروط التي يلزم مراعاتها في أركان العقد، أو في الأسس التي قامت عليها هذه الأركان بحيث لو تخلف شيء منها صار وجود تلك الأركان بمنزلة العدم، وإذا انعدمت الأركان انعدمت ماهية العقد وأصبح العقد باطلاً فلا يترتب عليه أي أثر من آثاره الشرعية.

وهذه الشروط التي ترجع إلى أركان العقد أو إلى الأسس التي قامت عليها هذه الأركان منها ما يرجع إلى العاقدين، ومنها ما يرجع إلى المعقود عليه، ومنها ما يرجع إلى الصيغة التي هي الإيجاب والقبول.

أولاً: ما يشترط في العاقدين:

يشترط في العاقدين شروط خمسة:

الشرط الأول: ألا يكون كل من العاقدين أو أحدهما فاقد الأهلية كالصبي أو غير المميز والمجنون.

الشرط الثاني: أن يرد القابل على الموجب في مجلس واحد، فلو غادر القابل المجلس بعد الإيجاب بطل الإيجاب وبالتالي يبطل العقد.

الشرط الثالث: ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر.

الشرط الرابع: ألا يصدر من العاقد الثاني ما يدل على الإعراض.

الشرط الخامس: أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهم أن المقصود إنشاء عقد الزواج وهذا إذا كان العقد حضورياً وأجري بعبارات وألفاظ، أما لو كان التعاقد برسالة فلا يشترط هذا السماع.

ثانياً: ما يشترط في الصيغة التي هي الإيجاب والقبول:

أن تكون منجزة، فلا يصح إضافتها كأن يقول الرجل لامرأة: تزوجتك فتقول: قبلت بعد غد، فلا يصح تعليقها كأن تقول المرأة للرجل: زوجتك نفسي فيقول: قبلت إذا حضر أبي من السفر، وإنما لا يصح إضافة الصيغة ولا تعليقها على شرط غير محقق الوقوع؛ لأن عقد الزواج يقتضي أن يترتب أثره عليه فور حصول الإيجاب والقبول والإضافة تنافي هذه الفورية وكذلك التعليق؛ لأن كلا منهما يؤخر آثار العقد لحين حدوث الشيء المعلق عليه، وكل ما ينافي مقتضى العقد ويتعارض معه يبطله وعلى هذا كل من التعليق والإضافة مبطلًا لعقد الزواج فلا يصح اقترانه بهما.

الصيغة والشروط: أحياناً تقترن صيغة العقد بشرط زائد يشترطه أحد المتعاقدين ليحقق لنفسه منفعة ويقابله الطرف الآخر، فهل هذا الشرط يجب الوفاء به أو لا يجب؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نحدد نوع الشرط المشروط ثم نبين ما يجب الوفاء به من هذه الشروط وما لا يجب الوفاء به:

أ. هذا الشرط إما أن يكون شرطاً يقتضيه العقد كأن تشترط المرأة على زوجها حسن معاشرتها والإنفاق عليها، هذا شرط يجب الوفاء به لأنه لا يتعارض مع العقد.

ب. وإما أن يكون شرطاً يؤكد مقتضى العقد كاشتراط الزوجة أن يكون والد زوجها ضامناً لمهرها وهذا شرط يجب الوفاء به كذلك.

- ج. وإما أن يكون شرطاً جاء الشرع بجوازه كاشتراط المرأة أن تكون عصمتها بيدها وهذا الشرط يجب الوفاء به أيضاً.
- د. أن يكون شرطاً جرى العرف به في البلاد التي يكون فيها الزوجان كتقديم الشبكة أو المبلغ الذي يسمونه العشاء وهذا كذلك يجب الوفاء به.
- هـ. وإما أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يؤكد ولا جاء به الشرع ولا جرى عليه العرف كأن تشترط المرأة على زوجها عدم نقلها من بلدها، فهذا الشرط لا يجب الوفاء به ولا يترتب على عدم الوفاء به حق خيار الفسخ للمشترط؛ لأن هذا الشرط فاسد والشرط الفاسد في النكاح يلغى ولا يُصار إليه.

٢. شروط صحة الزواج:

هي الشروط التي إذا توافرت في عقد الزواج جعلته صالحاً صلاحية تامة؛ لترتب أثر الشرع عليه، ويشترط لصحة عقد الزواج شرطان هما: الشرط الأول: حضور الشاهدين. الشرط الثاني: ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريمًا مؤبداً أو مؤقتاً.

أولاً: شروط الشهادة على النكاح:

اختلف الفقهاء في اشتراط الشهادة على النكاح على ما يأتي:

القول الأول: الحنفية والشافعية والمشهور عند الحنابلة يرون أن الشهادة على النكاح شرط لصحة انعقاده.

القول الثاني: يرى الإمامية وظاهر مذهب الظاهرية ورأي للإمام أحمد عدم اشتراط الشهادة لصحة النكاح.

القول الثالث: عند المالكية ثلاث روايات في المذهب: رواية بأن الشهادة شرط في صحة النكاح قبل الدخول، ورواية بأنها شرط في الدخول نفسه، ورواية بأنها ليست شرطاً وإنما يشترط إعلان النكاح فقط.

أدلة القول الأول:

استدل الحنفية ومن وافقهم على اشتراط الشهادة لصحة النكاح بما يلي:
الدليل الأول: حديث: "لا نكاح إلا بشهود" رواه الدارقطني.

الدليل الثاني: روت عائشة > أن النبي ﷺ قال فيما يرويه ابن حبان في صحيحه: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فإن اعتورا - أي: اختلفوا وتنازعا - فالسلطان ولي من لا ولي له)).

الدليل الثالث وهو دليل عقلي: قالوا النكاح يتعلق به حق لغير المتعاقدين وهو الولد، فلذلك اشترط فيه الشهادة حتى لا يجحد أبوه فيضيع نسبه.

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب القول الثاني وهم الإمامية ومن وافقهم كالقائلين بعدم اشتراط الشهادة لصحة النكاح بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ ووجه الدلالة منها أن الله ذكر النكاح في هذه الآية وبين عدد النساء اللاتي يحل للرجل الحر الزواج بهن ولم يذكر فيها الشهادة، ولو كانت الشهادة شرطاً لصحة النكاح لبينته الآية،

وحيث لم تبينه ؛ فإن ذلك يدل على عدم اشتراطها ، فالقول باشتراطها بصحة النكاح كما يقول الحنفية ومن معهم يعتبر زيادة على الكتاب وهو أمر غير جائز.

الدليل الثاني : أعتق النبي ﷺ صفية بنت حيي بن أخطب ؛ فتزوجها بغير شهود ، دلّ ذلك على عدم اشتراط الشهادة لصلاح النكاح وإلا لما فعله الرسول ﷺ.

أدلة القول الثالث :

واستدل المالكية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : لمالك في أن إعلان الكناح شرط وعدم اشتراط الشهادة بالآتي : القرآن الكريم لم يشترط الشهادة في عقد النكاح ولو كانت شرطاً فيه لاشتراطها كما طلبها في البيع ، عندما قال : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

الدليل الثاني : ما روته السيدة عائشة > أن النبي ﷺ قال : ((أعلنوا النكاح ولو بالدف)) والحديث رواه الترمذي ، فطلب إعلان النكاح بأي وسيلة ولم يطلب الشهادة عليه.

إذن ما الرأي الراجح من بين هذه الآراء الثلاث؟

أرى ترجيح رأي الجمهور الحنفية ومن وافقهم القائلون بأن الشهادة شرط لصحة عقد النكاح لما يأتي :

أ. لقوة أدلتهم واستفاضتها.

ب. حديث : "لا نكاح إلا بشهود" حديث مشهور يجوز تخصيص الكتاب به أي تخصص به آية ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء: ٣] حديث : ((أعلنوا

النكاح)) الذي استدل به المالكية قال عنه رجال الحديث: إنه حديث غريب لا يقوى على معارضة الحديث المشهور: "لا نكاح إلا بشهود"، أما زواج النبي ﷺ بالسيدة صفية > من غير شهود وبدون ولي يعتبر خصوصية من خصوصياته ﷺ في النكاح فلا يلحق به غيره.

ما يشترط في شهود الزواج:

يشترط في شهود الزواج على القول الذي رجحناه من كون الشهادة شرطاً لصحة عقد الزواج ما يلي:

الشرط الأول: التعدد؛ فلا يصح النكاح إلا بتعدد الشهود، وذلك التعدد يصدق بشهادة رجلين باتفاق العلماء القائلين بأن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج، أو رجل وامرأتين عند الأحناف فلا تصح الشهادة برجل واحد أو امرأة واحدة ولا بعدد كثير من النساء دون أن يكون معهن رجل.

الشرط الثاني: العقد والبلوغ، فلا تصح الشهادة إذا كان الشاهدان مجنونين أو صبيين؛ لأن المقصود من الشهادة إعلان النكاح وهو لا يتحقق إلا من ذوي الاعتبار من الناس، ولأن الصبيان والمجانين لا ولاية لهم على أنفسهم ولا على غيرهم.

الشرط الثالث: الحرية فلا تصح شهادة العبيد لعدم ولايتهم.

الشرط الرابع: الإسلام إذا كان الزوجان مسلمين فلو كانت الزوجة ذمية والزوج مسلماً جاز شهادة أهل الذمة على هذا الزواج عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - يرحمهما الله - قال الشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية: لا تجوز هذه الشهادة؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم.

الشرط الخامس: سماع كل من الشاهدين كلام المتعاقدين وفهمهما المقصود به ، وذلك في العقد الحضورى ، أما إذا كان التعاقد بالرسالة فإن الشرط أن يسمع الشهود في مجلس القبول.

الشرط السادس: أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين في وقت واحد.

الشرط السابع: عدالة الشهود ، وهذا الشرط عند الشافعية والحنابلة ومن وافقهم لحديث : ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)) ، وقال الحنفية والمالكية : ينعقد بشهادة الفاسقين ؛ لأنها تحمّل فتصحّ من الفاسق كسائر تحمله ، ولأن الفاسق له أن يباشر عقد الزواج في حال زواجه ؛ ولأن غير العدل يصلح للولاية العامة فلأن يصلح للولاية الخاصة يكون من باب أولى ، ولكنني أرجح اشتراط العدالة في الشهود عملاً بالحديث : ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)) .

ثانياً: عدم حرمة المرأة على الرجل :

يشترط لصحة الزواج أن تكون المرأة غير محرمة على الرجل تحريمًا مؤبداً كأمه وأخته ولا تحريمًا مؤقتًا كأخت زوجته أو عمته أو زوجة الغير.

شروط عقد النكاح: شروط النفاذ، وشروط اللزوم

٣. شروط النفاذ:

المقصود بشروط النفاذ هي الشروط التي إذا وجدت في عقد الزواج ترتبت الآثار الشرعية عليه بالفعل ، وهي ما يأتي :

الشرط الأول: أهلية المتعاقدين ، وذلك بأن يكون كل منهما حراً بالغاً عاقلاً ، فإذا كانا صبيّين أو عبيدين كان العقد موقوفاً على إجازة الولي .

الشرط الثاني: ألا يكون كل منهما أو أحدهما فضولياً.

الشرط الثالث: ألا يكون العاقد ولياً أبعد، والولي الأقرب غائب فإذا عقد الولي الأبعد ثم حضر الأقرب، فإنه يكون بالخيار بين إجازة عقد الأبعد وبين إغائه.

الشرط الرابع: ألا يخالف الوكيل موكله مخالفة لا إلى أحسن، فلو وكل رجل آخر في أن يزوجه امرأة بمهر قدره ألف جنيه فزوجه إياها بألفين كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل إن شاء أجازته، وإن شاء فسخه، ولا يشترط في نفاذ عقد الزواج الرشد، فيصح زواج السفية حتى ولو كان محجوراً عليه؛ لأن الحجر عليه في التصرفات المالية، والزواج تصرف شخصي غير أنه لا يثبت أكثر من مهر المثل إن كان الزوج هو السفية كما لا يثبت أقل من مهر المثل إن كانت الزوجة هي السفية مراعاةً للمصلحة.

٤. شروط الزوم:

من المسلم به أن عقد الزواج عقد لازم، ليس لأحد أن ينفرد بنقضه وفسخه من أصله، وليس الطلاق نقضاً للنكاح أو فسحاً له، بل هو إنهاء لأحكامه، وهو من الأشياء التي يملكها على زوجته، وتتعلق به أحكامه، أما الفسخ فيجعل عقد النكاح السابق كأن لم يكن وبدون ترتب آثار عليه غالباً.

وقد جعلت الشريعة الإسلامية عقد الزواج لازماً في أصل حقيقته؛ لأن المقاصد الشرعية التي تترتب عليه مثل المهر والنفقة... وغير ذلك، لا يمكن تحققها إلا بعد لزومه وثبوته، فقبل لزوم الزواج وتحققه لا عشرة زوجية، ولا مهر، ولا نفقة... وهكذا.

ويلاحظ أن عقد الزواج عند إنشائه ربما لا تتوافر فيه ما يحقق لزومه، ويمنع دوامه فلا تتوافر فيه عناصر الرضا الصحيح بين الزوجين، كأن يخدع أحد الزوجين صاحبه، ويغرر به أو يجهل الأولياء حال الزوج، وتنعدم الكفاءة بين الزوجين.

من أجل ذلك فإنه قد ينشأ عقد الزواج، وتترتب عليه أحكامه التي لا تتراخى عن سببه، ومع ذلك يكون الزواج غير لازم لسبب أو لآخر.

وقد ذكر الفقهاء شروط لزوم الزواج، بحيث إذا وجدت أثناء عقد الزواج ووقت إنشائه بقي، واستمر ولا يمكن رفعه، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الولي المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها كالمعتوه أصلاً أو فرعاً له، أما لو زوج المجنون أو المجنونة مثلاً غير الأصل أو الفرع؛ فإنه يكون لهما عند الإفاقة الخيار في حق فسخ العقد، ويسمى هذا الخيار خيار الإفاقة، ولم يثبت هذا الخيار في حال لو كان الولي المزوج الأصل أو الفرع؛ لأنهما كاملاً الرأفة، وافرا الشفقة، فيلزم العقد بمباشرتهما كما لو باشرها برضاها بعد البلوغ، بخلاف ما لو كان المزوج الأخ مثلاً أو ابن العم؛ لأن قرابة الأخ أو ابن العم قرابة ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة.

الشرط الثاني: أن يكون الزوج كفوًا للزوجة إذا زوجت البالغة العاقلة الرشيدة نفسها، فإذا زوجت نفسها من غير كفاء كان للأولياء حق الاعتراض على الزواج ورفع الأمر للقضاء بفسخ النكاح على الرأي الراجح.

الشرط الثالث: أن يكون المهر الذي زوجت البالغة العاقلة الرشيدة عليه مهر المثل أو أكثر.

الشرط الرابع: خلو العقد من التغيرير، فلو غرر رجل بامرأة أو أوهمها أنه صاحب جاه ومنصب ومال، ثم اتضح على حقيقته، وظهر خلاف ذلك؛ فإن

العقد في هذه الحالة لا يكون لازماً، ويكون للمرأة الحق في فسخ العقد لهذا التعبير.

الشرط الخامس: خلو الزوج من العيوب المستحكمة، والأمراض المستعصية، كالجب والعنة، وقد اعتبر بعض الفقهاء المالكية بهذا السبب طلاقاً بائناً. فهذه هي المجموعات الأربع من الشروط التي اشترطها الفقهاء للنكاح، شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

تقسيم آخر لشروط النكاح:

وهناك تقسيم آخر لشروط النكاح باعتبار صحة العقد أو عدم صحته مع الشرط، وهذه المجموعة من الشروط تنقسم إلى مجموعتين: شروط يصح معها العقد والشرط، وشروط يبطل معها الشرط، ويصح العقد أو يبطل الشرط ويبطل العقد معاً.

القسم الأول: شروط يصح معها العقد والشرط معاً:

وهذا بدوره ينقسم إلى قسمين:

الأول: ما يقتضيه العقد، كأن يشترط في العقد أن تسلم الزوجة نفسها إلى الزوج، أو يشترط أن تمكنه من الاستمتاع بها، أو أن يسلمها المهر، أو من حقها أن تنتفع بالمهر، أو أن يحسن عشرتها، أو أن يلتزم بنفقتها، أو كسوتها، أو بالمسكن اللائق بهما، فاشترط أمر من هذه الأمور وما يماثلها لا يضر العقد؛ لأنه مما يقتضيه العقد، بل يجب الوفاء بهذه الأمور، ولو لم تشترط؛ لأنها من مقتضيات العقد.

الثاني: أن يشترط أحد الزوجين شروطاً فيها منفعة لأحد العاقدين ، كأن تشترط الزوجة زيادة معلومة في المهر ، أو زيادة في النفقة الواجبة ، أو أن يكون المهر من نقد معين ، أو تشترط ألا يخرجها الزوج من دارها أو بلدها ، أو ألا يسافر بها ، أو لا يفرق بينها وبين أبويها ، أو ألا يفرق بينها وبين أولادها ، أو على أن ترضع طفلها الصغير ، أو ألا يتزوج عليها ، فهذا الاشتراط صحيح ، وإن كان يسن الوفاء به عند الحنابلة ، ويستحب عند المالكية ، لكنه لا يبطل العقد بعدم الوفاء به من قبل الزوج ، ويكون من حق الزوجة أن تتمسك به ، وتطلب فسخ العقد لعدم الوفاء به في هذه الحالة ، قال المالكية بکراهة هذا الشرط لما فيه من تحجير الزوج على نفسه ابتداءً فإذا وقع الشرط يستحب الوفاء به ، هذا هو القسم الأول الذي يصح معه الشرط ، ويصح معه العقد.

القسم الثاني : الذي لا يصح معه الشرط :

فهذا بدوره أيضاً ينقسم إلى قسمين : شروط تبطل ويصح معها العقد ، وشروط تبطل ويبطل بطلانها العقد.

أولاً: الشروط التي تبطل ويصح معها العقد :

وهي أن يشترط أحد الزوجين الخيار في عقد النكاح ، أو في المهر ، أو شرط أحدهما أو كلاهما عدم الوطاء أو عدم النفقة ، أو أن يعزل عنها ، أو اشترطت ألا تسلم نفسها إليه إلا مدة معينة ، أو شرطت عليه أن يسكن بها حيث شاءت ، أو حيث شاء أبوها أو غيره ، أو أن تستدعيه إلى الجماع حيث شاءت هي ، أو شرطت له النهار ولضرتها الليل أو العكس... ونحو ذلك مما لا يقتضيه العقد ، أو فيه مضرة للطرف الآخر ، فإن العقد يصحّ ويبطل الشرط عند الحنابلة ، أما عند المالكية ؛ فإنه يفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بمهر المثل ، ويلغى الشرط.

ثانياً: التي تبطل ويبطل بطلانها العقد:

ويمكن حصر ذلك في اشتمال العقد على شرط يتضمن أمراً منهياً عنه من الشارع، أو منافياً لما يقتضيه العقد، ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

الأول: أن يجعل بضع ابنته أو أخته مثلاً مهراً لامرأةٍ أخرى يتزوجها، وقد اشتهر هذا العقد باسم "نكاح الشغار" سُمي بذلك لقبحه تشبيهاً له برفع الكلب رجله ليبول، وذلك بأن يتعاقد على أن يزوجه الآخر وليته، ولا مهر بينهما، سواء سكتا عنه أم اشترطا نفيه، وهذا متفق على بطلانه، وقد ورد النهي عنه صريحاً؛ فقد روى ابن عمر } : ((أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار)). والحديث متفق عليه.

والشُّغار أن يزوج الرجل ابنته أو وليته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق، فإن سُمي مهراً معلوماً مع البضع، مثل أن يقول: "زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ومهر كل واحدة مائة" أو قال أحدهما: "ومهر ابنتي مائة، ومهر ابنتك خمسين"، أو أقل أو أكثر؛ صح العقد عند الحنابلة.

أما المالكية فيمنعونه ويسمون "وجه الشغار" ويسمون الصورة الأولى: صريح الشغار، ويوجبون في الصورة الأولى فسخ النكاح أبداً، سواء عثر عليه قبل البناء أم بعده، وفي الصورة الثانية يفسخونه قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، وإن سُمي لواحدة دون الأخرى، أعطيت من سُمي حكم "وجه الشغار" وأعطيت الأخرى حكم "صريح الشغار".

الثاني: أن يشترط في العقد أن الزوجة متى أحلّ زوجة مطلقاً ثلاثاً لزوجها طلقها، أو فلا نكاح بينهما، أو نوى ذلك الزوج قبل العقد ولم يرجع عن نيته

عند العقد، وقد اشتهر ذلك بنكاح التحليل أو المحلل، وهو حرام غير صحيح؛ لما رواه ابن مسعود عن رسول الله ﷺ فيما يرويه الترمذي، والنسائي، وأحمد، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح ((لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له)).

وعند الشافعية قول، وهو أن شرط التطليق لا يبطل النكاح، ولكن يبطل الشرط والمسمى، ويجب مهر المثل، فإذا نكح من غير شرط وفي عزمه أن يطلق إذا وطأ كره ذلك وصح العقد، وحلت لزوجها الأول بوطئه.

الثالث: اشتراط التوقيت في العقد، وقد اشتهر ذلك بنكاح المتعة، وسمي بذلك؛ لأنه يتزوجها ليتمتع بها إلى أمد معلوم أو مجهول، مثل أن يقول: "زوجتك ابنتي - مثلاً - إلى نهاية السنة" أو "إلى انقضاء الموسم" أو "شهرًا" أو "يومًا" وقد روى سببه، قال: ((أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة، ثم لم نخرج حتى نهانا عنه))، والحديث رواه مسلم.

ويفسخ العقد إذا وقع ويعاقب الزوجان، وإذا نوى الزوج بقلبه من غير لفظ فقد قال بجوازه بعض العلماء ومنعه آخرون.

الرابع: إذا اشترط في العقد ألا يطأها، أو علق العقد على غير مشيئة الله تعالى في المستقبل، كقوله: "زوجتك ابنتي إذا جاء رأس الشهر" أو "إذا رضيت أمها" أو "إذا رضي فلان" وذلك لأنه عقد معاوضة؛ فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل، كالبيع.

الصداق، والتمتعة

عناصر الدرس

- العنصر الأول : الصداق: تعريفه، حكمه، دليله، هل ذكره شرط
في صحة العقد ٥٣
- العنصر الثاني : سبب وجوب المهر، أقله وأكثره، وهل يكون
عروض تجارة ٥٧
- العنصر الثالث : المعجل والمؤجل في الصداق، ومتى تكون المرأة
ناشراً، وهبتها مهرها لزوجها ٦٣
- العنصر الرابع : أنواع المهر ٦٩
- العنصر الخامس : التمتعة ٧٩
- العنصر السادس : الأحوال التي يسقط فيها المهر كله، وعشرة
النساء ٨٣

الصداق: تعريفه، حكمه، دليله، هل ذكره شرط في صحة العقد

١. الصداق:

أولاً: تعريف الصداق:

الصداق في اللغة: فيه لغات كثيرة: أولها وأكثرها بفتح الصاد "صداق"، والثانية بكسرها "صداق"، وهاتان تجمعان على "صُدُق" بضمين، واللغة الثالثة لغة أهل الحجاز "صَدُوقَة" - بفتح الصاد وضم الدال - وهذه تجمع على "صَدُوقَات"، وبها جاء تنزيل الحكيم قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] من الصدق ضد الكذب؛ لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع، والمهر - بفتح الميم - أفصح: صداق المرأة، ويجمع على مهورة مثل بعل وبعولة، وكما جاء لفظ الصداق في القرآن الكريم جاء لفظ المهر في السنة النبوية الشريفة، فقد نهى ﷺ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، أي: ما تأخذه الزانية من مال في مقابل الزنا، ويقال: مهرت المرأة وأمهرتها، أي: أعطيتها المهر، لكن الثلاثي مهر لغة تميم، وهي أكثر استعمالاً.

تعريف الصداق في الاصطلاح: الصداق في اصطلاح الفقهاء ما يعطى للزوجة في مقابلة في مقابلة الاستمتاع بها.

ثانياً: حكم الصداق في العقد:

الصداق شرط جواز عند الأحناف، أي: أنه لا يجوز انعقاد النكاح بدونه، وهو ركن عند المالكية؛ فلو تم العقد بدونه كان عقداً باطلاً لفقده أحد أركانه، بينما

ذهب الشافعية إلى عدم اشتراط الصداق بل هو مستحبٌ والعقد بدونه صحيحٌ عنده.

ثالثاً: دليل الصداق:

دليل مشروعيته: الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعمول.

فمن الكتاب:

قول الحق ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] الخطاب في الآية الأولى للأزواج، وقد أمرهم ﷺ أن يعطوا زوجاتهم مهورهن نِحْلَةً منهم لهن، فهذا دليلٌ على اعتباره واشترائه، كما أفادت الآية الثانية تسمية المهر أجراً؛ لأنه يكون في مقابلة الاستمتاع بالبضع، وما يقابل المنفعة يسمّى أجراً، كما أن الله ﷻ قيّد الإحلال ببذل المال بقوله: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ فقد أباح ﷺ الفروج بالأموال، ولم يفصل فدلّ على أن الزواج إذا حصل بغير مال لا يكون مباحاً؛ لأنه حصل على غير الشرط المأذون فيه، والمنصوص عليه شرعاً وهو الإحلال بالأموال.

أما السنة:

فإن كثيراً من أحاديث الرسول ﷺ في شأن الزواج قد ورد فيها ذكر الصداق، فلو لم يكن الصداق معتبراً ومشرطاً في العقد لما ذكره ﷺ وكرّره، فمن ذلك قوله ﷺ

لامرأة تزوجت على صداق قدره نعلان: ((أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم)) فأجازه، ومنها: دعاؤه ﷺ لعبد الرحمن بن عوف بالبركة حينما أخبره بأنه تزوج على وزن نواة من ذهب، فهذا وذاك دليل على اعتبار الصداق في النكاح، وأنه لا يتم بدونه، وإلا لما سأل ﷺ المرأة على: هل رضيت بنعلين أم لا؟ إذ يفهم أنها لو لم ترضَ بذلك لما أجاز ﷺ نكاحها بهذا القدر من الصداق، كذلك في حديث عبد الرحمن بن عوف لو كان الصداق غير معتبر لما دعا له ﷺ بالبركة، وسكت لأنه في مقام التشريع.

أما الإجماع:

أجمع علماء المسلمين سلفاً وخلفاً على مشروعية الصداق، ولم يزوج أحد من الصحابة بناته من غير أن يضبط لهن صداقاً، ولم يتزوج أحد من غير أن يدفع صداقاً، قال الصحابي الجليل أبو هريرة < : كان صداقنا إذ كان فينا رسول الله ﷺ عشرة أواقي.

أما المعقول:

وهو أن في الصداق إظهار لكرامة المرأة إذ يشعر الرجل بأنه لا يكون في مقدوره أن يستمتع بامرأة حلالاً إلا إذا بذل في سبيلها عصب الحياة، وهو المال، فيكون ذلك أدعى له على أن يحرص على العشرة معها، وأن يعالج باستمرار ما ينتاب حياتهما من تصدع وشقاق بعقلية متزنة حصيفة؛ لأنه يعرف إذا انتهت الحياة بينهما بالطلاق؛ فإنه لا يستطيع الحصول على غيرها إلا ببذل ما بذله أولاً وهذا به من المشقة ما فيه؛ لأن المال غال والحصول عليه لا يتيسر في كل الأوقات.

فهذه هي أدلة مشروعية الصداق من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

٢. هل ذكر الصداق شرط في صحة العقد :

ذكر المهر في العقد ليس شرطاً في صحته ؛ إذ يصح بدونه ، ودليل ذلك الكتاب والأثر ، أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فلقد دلت الآية أنه لا حرج على الزوج إذا طلق زوجته أو قبل الدخول والمسّ ، سواء فرض لها مهراً أو لم يفرض ، والطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح .

وأما الأثر فما روي أن عبد الله بن مسعود < : "سئل عن امرأة مات عنها زوجها من غير أن يفرض لها مهراً أو يدخل بها ، وكان ابن مسعود يتردد في القضاء ، وقال : لم أجد ذلك في كتاب الله ولا فيما سمعته من رسول الله ﷺ ولكن أجتهد برأيي ، فإن كان صواباً فمن الله ، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله مني بريئان ، أرى لها مثل نساها لا وكس ولا شطط ، ثم قال : قام رجل يقال له : معقل بن سنان ، وقال : إني أشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قام أناس من أشجع ، وقالوا : إنا نشهد بمثل شهادته ، ففرح ابن مسعود < فرحاً لم يفرح مثله في الإسلام لموافقة قضائه قضاء رسول الله ﷺ ."

وهذا الجواز دل على صحة العقد بغير ذكر المهر ، بشرط ألا يشترط في العقد أن لها مهراً ؛ فإن شرط ذلك فهو نكاح مفسوخ باستحباب ذكر المهر في العقد .
قلنا : إن ذكر المهر في العقد ليس شرطاً في صحته ، وأن العقد بدونه صحيح ، لكن يستحب ذكره في العقد ، وإن لم تقبضه الزوجة ، كما يستحب دفع شيء لها قبل الدخول تطيباً لحاظرها .

ودليل ذلك: أن النبي ﷺ كان يزوج بناته ويزوج غيرهن ولم يكن يخلي النكاح من صداق؛ ولذا قال ﷺ للرجل الذي زوجه الموهوبة: ((هل من شيء تصدقها إياه)) إلى أن قال ﷺ: ((التمس ولو خاتماً من حديد)) فلم يجد، فزوجه رسول الله ﷺ إياها بما معه من القرآن، فهذا دليل على استحباب تسمية الصداق، ولأنه أقطع للنزاع والخلاف في قدره.

ويرى الشافعية والحنابلة: أن تسميته في العقد سنة.

سبب وجوب المهر، أقله وأكثره، وهل يكون عروض تجارة

١. سبب وجوب المهر:

يجب المهر على الزوج، ويستقر في ذمته لزوجه بواحد من أمرين: الأمر الأول: بمجرد العقد الصحيح، حتى ولو لم يكن دخول، بل يجب بالخلوة وحدها، سواء كان بعدها دخول أو موت أو طلاق بغير دخول، وهذا رأي جماهير أهل العلم.

الأمر الثاني: الدخول بالمرأة في الزواج الفاسد، يتقرر به المهر في ذمة الزوج بخلاف الخلوة في النكاح الفاسد، فإنها لا توجب شيئاً من المهر على الإطلاق، لكن ماذا يجب للمرأة من المهر بالدخول في النكاح الفاسد؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب للمرأة مهر المثل، بشرط ألا يزيد على المسمى لها من زوجها، فإن زاد عن المسمى؛ فلها المسمى فقط.

٢. أقل المهر وأكثره:

اختلف جمهور الفقهاء في أقل المهر، أي: في القدر الواجب شرعاً والذي لا ينعقد النكاح بأقل منه، فذهب الحنفية إلى أن أقله عشرة دراهم، وذهب المالكية

إلى أن أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة، وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه لا حد لأقله فيصح بالقليل جداً، حتى وإن كان دون الدرهم، بينما اتفق جمهور الفقهاء على أن المهر لا حدّ لأكثره، فيجوز بالكثير بالغاً ما بلغ، وإن كان الجميع يرى: عدم المغالاة فيه، واستحباب تقليه.

واستدلّ الجمهور على أن الصداق لا حدّ لأكثره بالكتاب والسنة والأثر.

أولاً: فمن الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] فالآية دليل على جواز المغالاة في المهور؛ لأن الله ﷻ قد مثل بالقنطار، والله لا يمثل إلا بالمباح، فالقنطار أعلى حدّ؛ لأن يكون صداقاً، وقد اختلف في تحديد القنطار، فقيل: إنه ألف أوقية ومائتا أوقية، وهو أصح الأقوال، وقيل: القنطار اثنا عشر ألف أوقية، وقال أبو سعيد الخدري < القنطار ملء جلد الثور من الذهب، وقيل غير ذلك. والأصح الأول.

ثانياً: من السنة:

روي عن أم حبيبة > : ((أن رسول الله ﷺ تزوّجها وهي بأرض الحبشة، زوجها النجاشي وأمهرها أربعة آلاف، وجّهزها من عنده، وبعث بها مع شرحبيل بن حسنة، ولم يبعث إليها رسول الله ﷺ بشيء وكان مهر نسائه أربعمئة درهم)).

ثالثاً: من الأثر:

ورد أن عمر بن الخطاب < خطب الناس يوماً فقال: "ألا لا تغالوا في صدقات النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول

الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية، فقامت إليه امرأة فقالت: يا عمر، يعطينا الله وتحرمنا، أليس الله ﷻ يقول: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] فقال عمر < أصابت امرأة وأخطأ عمر".

استحباب تقليل المهر وعدم المغالاة فيه:

بعد أن بينا اتفاق العلماء سلفاً وخلفاً على جواز كثرة المهر، نبين اتفاقهم كذلك على استحباب تقليله وعدم المغالاة فيه، واستدلوا على ذلك بالسنة، والأثر:

فمن السنة: قوله ﷺ: ((إِنَّ أَعْظَمَ النِّكَاحِ بَرَكَهَ أُيْسُرُهُ مُؤْتَةً)) وقوله ﷺ: ((خير الصداق أيسره)) والحديثان يدلان على أن الأفضل والمستحب في النكاح أن يكون قليل التكاليف، قليل المهر، والحكمة من ذلك هي تشجيع الشباب على الإقدام على الزواج؛ وبذلك يكثر النسل الذي رغب فيه النبي ﷺ.

ومن الأثر: ما ذكرناه من قول عمر < "لا تغلوا في صدقات النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها النبي ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية" فهذا دليل آخر على استحباب تقليل الصداق وعدم المغالاة فيه.

٣. هل يكون الصداق عروض تجارة:

وقد اتفق جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - على جواز صحة جعل عروض التجارة صداقاً، أي: يصح للزوج أن يدفعها صداقاً لزوجته ويصح للمرأة أن تقبلها وتتملكها بشرط أن تكون طاهرةً منتفحاً بها شرعاً مقدوراً على تسليمها، معلومةً غير مجهولة، وهذه الشروط هي بعينها الشروط التي تشترط في المبيع وثمنه.

واستدل جمهور الفقهاء على صحة جعل العُروض صداقاً بالسنة النبوية المطهرة:

الدليل الأول: قوله ﷺ لامرأة تزوجت ورضيت على نعلين: ((أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم)) فأجازه.

الدليل الثاني: قوله ﷺ: ((لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يديه طعاماً كانت له حلالاً)).

الدليل الثالث: قوله ﷺ لرجل أراد التزويج: ((هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزارى هذا. فقال له النبي ﷺ: إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً. قال: ما أجد شيئاً. فقال: ولو خاتماً من حديد)).

ووجه الدلالة من الأحاديث: الأحاديث السابقة كلها تدل جملة وفردى على صحة وجواز جعل العُروض صداقاً؛ لعدم اعتراضه ﷺ على أي منها، بل إن بعضها كان يطلبه بنفسه من الزوج؛ ليكون صداقاً، ولا أدلّ على الجواز من هذا.

يؤيده قول الله ﷻ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] والمال كما يطلق على العين من الذهب والفضة يطلق على العُروض كذلك، لأنه يقوم مقام المال، أو لأنها تقوم مقام المال.

وبدليل أن بعض الناس يقضي حاجياته بمبادلة العُروض مع الآخرين، وليس المراد بالمال خصوص العين كما ذهب الحنفية، وبناءً عليه فيجوز شرعاً أن يكون صداق الزوج لزوجته منزلاً أو سيارة أو قطعة أرض معينة محددة، كما يجوز أن

يجهز الزوج منزل الزوجية بالفرش، والأثاث والأجهزة ويجعل كل هذا صداقاً لزوجته، أو يجعل صداقها من هذا غرفة النوم فقط، أو الأجهزة الكهربائية فقط... ونحو ذلك، فكل جائز على رأي الجمهور.

وبالجملة: فإن كل ما يقوم بالمال من العروض يصح أن يكون صداقاً بشروطه المتقدمة التي ذكرناها، وهي كونه طاهراً منتفعاً به شرعاً مقدوراً على تسليمه، معلوماً غير مجهول.

جعل المنافع صداقاً:

الكلام في هذه المسألة يكون في نقطتين:

الأولى: المنافع الحسية، كالإجارة والخدمة، والسكنى... ونحو ذلك.

الثانية: المنافع المعنوية كالتعليم، والتحفيز، والعتق... ونحو ذلك.

وسواء كانت المنفعة حسية أو معنوية، فإنها لا تصلح صداقاً إلا إذا كانت متقومة، أي: يصح أن يدفع في مقابلها المال، أما المنافع التي لا يصح أن يكون في مقابلها المال فلا تصلح أن تكون صداقاً، كمن تزوج امرأة وجعل صداقها ألا يتزوج عليها جعل صداقها، أن يطلق ضررتها... ونحو ذلك، فإنه لا يصح أن يكون صداقاً لعدم تقومه، وهذا قدر متفق عليه بين الجميع لا خلاف فيه لأحد.

ولتفصيل القول في هذه المسألة نقول:

أولاً: المنافع الحسية:

اتفق جمهور الفقهاء عدا الحنفية على صحة جعل المنافع الحسية صداقاً، فيجوز للرجل أن يتزوج امرأة ويجعل صداقها خدمتها سنة، أو رعي غنمها سنة، أو

خدمة عبده لها مدة معينة، أو يقوم ببناء بيتها، أو زراعة أرضها مدة معينة... ونحو ذلك.

ودليل هذا الكتاب والسنة، والمعقول.

الدليل من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ لِكُنُودِكُمْ وَنَجْعَلَ لِمَن يَكْفُرْ أَجْرًا وَسَيُنْفِقُ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَثْمَارَهُمْ فِي يَوْمٍ وَقِيلَ لَهُمْ إِنَّكُمْ كَيْدٌ عَظِيمٌ﴾ [القصص: ٢٧] وجه الدلالة من الآية الكريمة هي حكاية عن نبي الله شعيب مع سيدنا موسى - عليهما وعلى نبينا أزكى الصلاة والسلام- وهي دليل على جواز النكاح بالإجارة، أي: تكون الإجارة صداقاً بنص الآية في قوله ﷺ: ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَنِّي حَجَجٍ﴾ والآية التي قبلها مباشرة ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦] فقد جرى في هاتين الآيتين ذكر الإجارة وجعلها صداقاً، ولا يقال: إن هذا شرع من قبلنا؛ لأنه وإن كان كذلك لكنه لم يرد له ناسخ في شرعنا، ومن ثم فيكون شرعنا له كذلك.

الدليل من السنة: قوله ﷺ: ((أنكحوا الأيامى، وأدوا العلائق، قيل: ما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضياً من آراك)).

ووجه الدلالة من الحديث هو أن الحديث دل على صحة جعل الصداق أي شيء غير المال، فقوله ﷺ: ((ما تراضى عليه الأهلون)) عام يشمل الأموال والمنافع والعروض، ولو كان أحد هذه الثلاثة لا يجوز بذله صداقاً لما أطلق ﷺ اللفظ دون تقييد، فهذا دليل على صحة جعل المنافع صداقاً.

الدليل من المعقول:

وهو أن المنفعة متقومة بالمال؛ لأنه لا يجوز أخذ العوض عنها بالإجارة والخدمة فصحت أن تكون صداقاً.

ثانياً: المنافع المعنوية:

أجاز الشافعية والمالكية والظاهرية وأحمد في رواية عنه: جعل التعليم صداقاً، وهي منفعة معنوية، فيجوز للرجل أن يجعل صداق زوجته تعليمها شيئاً من القرآن، أو من غيره من العلوم الشرعية التي يصح أخذ العوض عنها، أي: تدفع الأجرة على تعليمها، واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

فمن السنة: ما اتفق عليه الشيخان عن سهل بن سعد في المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ ولم يجبهها، ((فقام رجل وقال: يا رسول الله أنكحنيها؟ قال: هل عندك من شيء؟ قال: اذهب فاطلب ولو خاتماً من حديد، فذهب وطلب ثم جاء فقال: ما وجدت شيئاً ولا خاتماً من حديد. قال: هل معك من القرآن شيء؟ قال: معي سورة كذا، وسورة كذا. قال: اذهب؛ فقد أنكحتكها بما معك من القرآن)).

ووجه الدلالة في الحديث: أن الحديث نصّ في الموضوع، فقد جعل ﷺ صداق الرجل لزوجته تعليمها ما يحفظ من القرآن، وليس أدل على الجواز من فعل النبي ﷺ وقد ورد الحديث بروايات متعددة، وهي يقوي بعضها بعضاً، وقد عين في لفظ لأبي هريرة مقدار ما يعلمها، وهو عشرون آية.

المعجل والمؤجل في الصداق، ومتى تكون المرأة ناشراً، وهبتها مهرها لزوجها

١. المعجل والمؤجل في الصداق:

يجوز أن يكون الصداق كله معجلاً أو كله مؤجلاً أو بعضه معجل وبعضه مؤجل، وذلك لأنه عوض في معاوضة، فجاز فيه التراضي كالثمن؛ فإن كل ما حصل

بالتراضي بين الزوجين فهو جائز وحلال، بشرط ألا يخالف نصاً من نصوص الكتاب أو السنة، وعند إطلاقه يحمل على التعجيل، وإن شرط الزوج المهر كله مؤجلاً إلى أجل معلوم، فهو إلى ذلك الأجل أما إذا جعله كله أو قال نصفه معجل ونصفه مؤجل، ولم يذكر الأجل:

ففيه قول أبو حنيفة: يبطل الأجل ويكون حالاً، وعند الشافعي يكون المهر فاسداً، ولها مهر المثل.

وعند الحنابلة يكون أجله الموت أو الفرقة، وذلك جرياً على العرف والعادة من أن المؤجل تترك المطالبة به إلى بعد الموت أو الطلاق، وعند المالكية يشترط في المؤجل - سواء كان الكل أو البعض - أن يؤجل إلى أجل معلوم، فإذا كان الأجل مجهولاً، أو قال: والمؤجل كذا إلى الموت أو الطلاق؛ فإنه لا يصح؛ لأنه أجل مجهول، فإن أحداً لا يدري متى سيكون الموت أو الطلاق، ويكون العقد فاسداً عند المالكية، ويجب فسخه قبل الدخول. ويبدأ من جديد بمهر حال أو بمؤجل إلى أجل معلوم، أما بعد الدخول فإن العقد يمضي، ويكون للمرأة صداق أكثر من الصداق المسمى لها، وأكثر من مهر مثلها، ولهذا يثبت الآن في وثيقة الزواج الرسمية لدى المأذون الشرعي في مصر حالياً أن المؤجل يكون لأقرب الأجلين، وهما الطلاق أو الموت فأيهما كان أولاً فقد حل به المؤجل.

٢. متى تكون المرأة ناشزاً؟:

وتكون الزوجة ناشزاً إذا كان الصداق كله معجلاً، أو بعضه معجلاً، وبعضه مؤجلاً، ودفع الزوج بزوجته المعجل الذي اتفقاً عليه، سواء كان الكل أو البعض، فقد وجب على الزوجة طاعة زوجها، ليكون ذلك من حقه عليها

شرعاً، فإذا امتنعت عن الدخول في طاعته من حيث الانتقال إلى بيته أو تمكينه منها فإنها تكون ناشزاً؛ لأنها امتنعت بغير مسوغ شرعي، لأنه أوفأها عاجلاً صداقها، لكن إذا لم يقدم لها المعجل الذي اتفقا عليه، ثم دخل بها برضاها، أو مكنته من نفسها عن طيب خاطر فهل يحق لها أن تمتنع عن طاعته بعد ذلك؟ أم لا؟ أجاز أبو حنيفة لها أن تمتنع عن طاعته حتى بعد تمكينه منها أولاً، ومنع ذلك أصحابه: أبو يوسف ومحمد بن حسن، هذا في دفع المعجل وعدم دفعه، ودخولها في طاعتها وعدم دخولها؛ أما في حالة الاتفاق على تأجيل المهر كله إلى أجل معلوم: فهل تجب على المرأة طاعة زوجها أم لا تجب؟ وهل من حقه أن يطلب الدخول بها؟ أم ليس له ذلك؟

قال أبو حنيفة ومحمد: تجب عليها طاعته؛ لأنها لما قبلت تأجيل المهر كله تكون قد رضيت بإسقاط حقه في تعجيله كله، وليس ثمة دليل على أن الزوج يكون قد رضي بإسقاط حقه في طلب الطاعة الواجبة له، فإذا امتنعت عن الدخول في طاعته فإنها بذلك تكون ناشزاً، بخلاف ما إذا حلّ الأجل الذي حدده الزوج، ولم يدفع لها المهر فامتنعت، فلا تكون ناشزاً؛ لأن امتناعها في هذه الحالة يكون من حقه شرعاً، وقد خالف أبو يوسف الطرفين - أبا حنيفة ومحمد - في هذا كله استحباب دفع شيء من المهر للزوجة قبل الدخول، يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها المهر أو شيئاً منه، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.

لكن استحباب المالكية والحنابلة: أن يدفع الزوج لزوجته شيئاً من الصداق قبل الدخول؛ تطيباً لحاظرها. وذكر المالكية أن ذلك كان عرف أهل المدينة، ألا يدخل الزوج بزوجه حتى يدفع لها الصداق أو شيئاً منه، بينما يرى الشافعية: أنه يسن ذلك، خروجاً من خلاف من أوجبته - وهم المالكية - فلهم رأي يقول:

ووجب على الزوج تسليم معجل الصداق إلى الزوجة أو وليّها، وإلا فلها أن تمنع نفسها من زوجها.

ودليل الجمهور على جواز الدخول قبل دفع المهر أو شيء منه "السنة" وهو ما روي عن عائشة > قالت: ((أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً)) فالحديث نصّ في الموضوع، وقد ورد بلفظ: ((أمرني رسول الله ﷺ)) يقول الشوكاني: ولا أعرف في ذلك خلافاً.

٣. هبة المرأة مهرها لزوجها:

اتفق جمهور الفقهاء على أنه: يجوز للمرأة أن تهب مهرها لزوجها، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وسواء وهبته مهرها كله أو بعضه، من غير أن يكون لأحد من الأولياء حق الاعتراض، حتى ولو الأب نفسه بشرط أن تكون بالغة عاقلة رشيدة، وبشرط أن يكون ذلك بعد أن تقبض مهرها من زوجها - أي: بعد أن تمتلكه - ويكون في قبضة يديها، ثم تتصرف فيه عن طيب خاطر منها، بخلاف ما لو زوجت نفسها ابتداءً بغير مهر، أو أخذت مهرًا دون مهر مثلها فلا يحق لها ذلك، ويحق للأولياء أن يعترضوا في قول أبو الحنيفة؛ لأن الأمهار حق الأولياء، فهي بذلك قد تصرفت في خالص حقهم، وألحقت بهم الضرر بالعار؛ ولذلك يثبت لهم حق الاعتراض والفسخ للعقد في هذه الحالة.

واستدل الجمهور على جواز هبة المرأة مهرها لزوجها بالكتاب؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ [النساء: ٤] فلقد دلّت الآية الكريمة بعمومها على أنه يصحّ ويجوز للمرأة أن تهب مهرها أو شيئاً منه لزوجها؛ لأن المخاطب في الآية هم الأزواج، والعموم في الآية يشمل المرأة بكرًا كانت أم ثيبًا، قال القرطبي في تفسيره: وبه قال جمهور الفقهاء.

ومما يدل على جواز هبة المرأة مهرها لزوجها: قوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي: الزوجات، عفو الزوجة أو وليها عن الصداق، ما ذكرناه في هبة المرأة مهرها لزوجها إنما كان وهي في عصمته - أي: بعد العقد الصحيح - سواء حصل دخول أم لم يحصل، وكان أيضاً قبل أن تطلق منه.

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يجوز للمرأة أن تعفو عن النصف الذي يثبت لها لو طلقت قبل الدخول؛ ويصير المهر كله خالصاً للزوج، بناءً على أنه يحق لها أن تهب مهرها كله لزوجها وهي في عصمته، وكذلك يجوز للزوج أن يعفو عن النصف الذي يسترده منها، ويكون المهر كله خالصاً لها، فهذا قدر متفق عليه بين جماهير أهل العلم لم يخالف فيه أحد.

لكن الخلاف وقع في هبة الأب مهر ابنته أو شيئاً منه أو عفوه على النصف الثابت لها بالطلاق قبل الدخول؛ هل له أن يهب المهر أو يعفو عن النصف للزوج؟ أم لا يكون له ذلك؟ وسبب اختلاف الفقهاء في هذا هو اختلافهم في الذي بيده عقدة النكاح أهو الولي أم الزوج؟ في قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فمن رأى أن المراد به الزوج قال: لا يجوز للأب أن يهب أو يعفو عن مهر ابنته، وهؤلاء هم الحنفية والحنابلة في ظاهر المذهب، والظاهرية، وهو قول للشافعية في الجديد؛ ومن رأى أن المراد به الولي قال: يحق له الهبة والعفو عن مهر ابنته، والقائلون بذلك هم المالكية، وقول للشافعية في القديم، ورواية عن الإمام أحمد إذا كان أباً لصغيرة.

دليل الجمهور على عدم جواز هبة الأب أو عفوه عن مهر ابنته: الكتاب والسنة.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ

تَعَفُّوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴿البقرة: ٢٣٧﴾ وقوله سبحانه: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَتهنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

أفادت الآية الأولى: أن العفو يكون من المرأة نفسها لنصف صداقها قبل الدخول، وأن ذلك لا يكون لوليها، والذي أفاد ذلك قوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ أي: الزوجات.

كما أفادت الآية كذلك: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج؛ لأنه بعد العقد هو الذي يملك الحق في إبقاء العقد أو فسخه، وليس لأحد غيره مثل هذا الحق، ولا دخل للولي في هذا الشأن، يؤيده قول الحق ﷻ في نفس الآية: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ فالذي يكون عفوهُ أقرب للتقوى هو الزوج وليس الولي؛ لأن الزوج إذا عفا صار المهر كله ملكاً للمرأة، وهذا شيء محمود، أن يتنازل الزوج عن طيب خاطر عن حقه لمطلقاته.

كذلك فقد أفادت الآية الثانية ما أفادته الآية الأولى؛ حيث إن الخطاب فيها للأزواج؛ لقوله سبحانه: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ﴾ وأن العفو يكون من الزوجات؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ﴾ وهذا واضح من الأمرين بنص الآية.

وأما السنة: فما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: ((ولي عقدة النكاح الزوج)) الحديث نص صريح في الموضوع، ولا يحتاج لإيضاح.

دليل المالكية ومن وافقهم القائلين على جواز هبة الأب أو عفوهُ عن مهر ابنته:

استدلوا بالكتاب؛ وهو قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ بنفس الآية التي استدل بها الجمهور، ووجه الدلالة عند المالكية ومن وافقهم على أن المراد بالذي بيده عقدة النكاح هو الولي؛ لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح بعد الطلاق؛ لكونها قد خرجت عن يد الزوج.

ومما يدل على هذا: نظم الآية القرآنية فقد قال سبحانه في أول الآية: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمْوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فهذا خطاب للأزواج ثم ذكر ﷺ النساء بعد ذلك بقوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ وبعد ذلك قال ﷺ: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ فهذا أمر ثانٍ، وما دام قد ذكر الأزواج والنساء فيكون المراد بالأخير غيرهما، ولا يرد إلى الأزواج؛ لأنه لو أراد لقال ﷺ: إلا أن يعفون أو تعفو، لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر، فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج فوجب أن يكون هو الولي.

الرأي الرابع: والرأي الذي أرى ترجيحه هو رأي الجمهور، وهو أن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج؛ لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح استمراراً وفسخاً، يؤيده قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ فالذي يكون عفو أقرب للتقوى هو الزوج؛ لما في ذلك من التسامح منه لزوجته، أما عفو الولي فلا يكون أقرب للتقوى، بل هو أبعد عن التقوى؛ لأن فيه إسقاطاً لجزء من مهر موليته، وهذا فيه ضرر بها، فضلاً عن أنها قد تعير بذلك.

أنواع المهر

للمهر أنواع أربع:

الأول: المسمى.

الثاني: مهر المثل.

الثالث: الأقل منهما.

الرابع: المقدار الأدنى.

وهذه الأنواع الأربعة لا يخلو الأمر من تعيين واحد منها على الزوج، وإليكم الكلام عن كل واحد منها، ببيان معناه، ومتى يجب؟

أولاً: المهر المسمى ومتى يجب:

المسمى، هو: ما يحدده الزوج على نفسه، وترضى به المرأة وأولياؤها، ويجب في حالتين:

الأولى: إذا كان هذا التحديد قبل العقد، وتم الرضا، ثم ينعقد العقد على ذلك، فهذا المسمى تعين على الزوج لا يحق له إنقاصه، وقد التزمت به المرأة وأولياؤها، فلا يحق لأحد منهم أن يطلب زيادة عليه، اللهم إلا إذا كان من رضا الزوج.

الثانية: إذا تم العقد بدون ذكر الصداق، ثم سمى الزوج بعد ذلك لزوجته مهراً رضيت به هي وأولياؤها، فيلزم هذا المسمى كذلك، وهذا المسمى يثبت جميعه للمرأة إن دخل بها زوجها أو مات عنها قبل الدخول.

ثانياً: مهر المثل ومتى يجب:

مهر المثل، هو: مهر امرأة مماثلة للزوجة من أسرة الأب - أي: من العصبية - مثل أختها الشقيقة، أو أختها من أبيها، أو عمتها، أو بنات أعمامها، ولا يعتبر مهرها بمثل مهر واحدة من ذوي أرحامها كأمها، أو أختها من الأم، أو خالتها، إلا إذا كانوا من أسرة أبيها، كأن كان أبوها متزوجاً بابنة عمه، فإذا لم يكن أحد من عصبته يماثلها فمن نساء ذوي الأرحام، فيألا لم يكن من ذوي أرحامها لا يماثلها فأهل بلدها، فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها.

والتي لا يعرف لها أب، ولا هي ذات مال، ولا جمال، ولا ديانة، ولا صيانة؛ فمهر مثلها ربع دينار؛ ويشترط في تقدير مهر المثل أن تكون المرأة المماثلة للزوجة مماثلة لها في كل شيء: في المال والجمال، والحسب والنسب، والعقل والتدين، والصلاح والسنن، والبكرة والثيوبة، وعدم الولد، والحضر والبدو، والتعليم وعدم التعليم، هذا هو اعتبار التماثل لا يختصر على الزوجة، بل لا بد من اعتباره في جانب الزوج كذلك كما قاله المالكية، والحنفية، والحنابلة، فلا بد وأن يكون الزوج مثل أزواج أمثالها من قومها، فإن الأولياء يتسامحون في المهر بمصاهرة الفضلاء والصالحين بما لا يتسامح مع غيرهم؛ وذلك لرغبة الناس في المصاهرة أهل الفضل والصلاح.

ثالثاً: متى يجب مهر المثل؟

يجب مهر المثل في الأحوال الثمانية الآتية:

الأولى: إذا تزوجها وشرط عليها أن لا مهر لها فقبلت ذلك.

الثانية: إذا تزوجها ولم يتعرضا لذكر المهر أصلاً، وذلك على سبيل النسيان.

الثالثة: في نكاح الشغار عند من أجازه من الفقهاء - وهم الأحناف - يكون العقدان صحيحان، ويلزم لكل منهما مهر المثل.

الرابعة: إذا سمى الزوج مالاً يصلح مهراً كخمر وخنزير.

الخامسة: إذا تزوجت المرأة بدون إذن وليها وقد سمى لها زوجها أقل من مهر مثلها.

السادسة: إذا تزوج الرجل زواجاً فاسداً ودخل دخولاً حقيقياً بزوجه فلها مهر مثلها عند الشافعية؛ ولها الأقل من المسمى ومن مهر المثل عند الحنفية.

السابعة: إذا وطئ شخص امرأة أجنبية عنه يظنها زوجته فهذا وضع شبهة يجب فيه للمرأة مهر المثل.

الثامنة: إذا أكره شخص امرأة على الزنا فزناً بها وهي مكرهة، ثبت لها عليه مهر مثلها.

الأقل من المسمى، ومن مهر المثل، ومتى يجب:

الأقل من المسمى ومن مهر المثل يجب في حالة واحدة، وهي: النكاح الفاسد، وذلك بأن يتزوج الرجل زواجاً فاسداً، ويسمى تسمية صحيحة أي: سمي ما يصلح مهراً، فالخلل لم يكن في التسمية، ولكن في نفس العقد وحصل دخولٌ حقيقيٌّ، ففي هذه الحالة للمرأة الأقل من المسمى ومن مهر المثل، فلو سمي لها مائة ومهرٌ مثلها مائتان فلها المسمى وهو المائة، وإن سمي لها مائة ومهرٌ مثلها خمسون فلها مهرٌ مثلها وهو الخمسون، أي: أيهما أقل فهو لها، وهذا عند أئمة المذهب الحنفي، خلافاً لغيره الذي أوجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، اعتباراً بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة مهما بلغ.

رابعاً: المقدار الأدنى:

المقدار الأدنى، هو: ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة عند المالكية، ويجب هذا المقدار عندهم في التي لا يُعرف لها أب، ولا هي ذات مال، ولا أدب، ولا صيانة، ولا صلاح، وهذا هو مهرٌ مثلها عند المالكية، وإذا سمي لها أقلّ من ربع دينار أو أقلّ من ثلاث دراهم عند المالكية فيجب أن يفرغ لها ربع دينار؛ قاله سحنون عن مالك في (المدونة).

والمقدار الأدنى عند الحنفية، هو: عشرة دراهم من الفضة، وفي حالة ما إذا سمى الزوج أقل من عشرة دراهم فقال الإمام أبو حنيفة وصاحبه: تجب العشرة. وقال زفر: يجب لها مهر المثل.

ويجب كل المهر للزوجة في ثلاث حالات: ثنتان منها محل اتفاق بين الفقهاء، وهما: الدخول والموت. وواحدة منها محل اختلاف بينهم وهي: الخلوة الصحيحة - هي النوع الثالث مما يوجب كل المهر - ولكن ليس هذا محل اتفاق بين جمهور الفقهاء - كما سنبينه - لكن قبل أن نتعرض لحكمها، وبيان آراء الفقهاء فيها أن نعرف: ما هي الخلوة الصحيحة؟

تعريف الخلوة:

الخلوة لغة: الخلوة في اللغة بمعنى: الانفراد، يقال: خلّى الرجل بنفسه إذا وقع في مكانٍ خالٍ لا يُزاحم فيه، وخالى يزيد أي: انفرد به، وخالى الرجل بزوجه أي: انفرد بها كذلك، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا خَلَوْا إِلَىٰ شَيْطَانِهِمْ﴾ [البقرة: ١٤] يقال: ﴿إِلَىٰ﴾ بمعنى: "مع" أي: مع ﴿شَيْطَانِهِمْ﴾.

تعريفها في الاستصلاح: هي الخلوة الصحيحة في عقد النكاح، والتي تكون كالدخول هي كما عرفها الحنفية: أن لا يكون هناك مانع من الوطء، لا حقيقي، ولا شرعي، ولا طبعي، ومعنى هذا: أن يكون الزوجان مجتمعين منفردين بعد عقد زواجهما عقدًا صحيحًا، وأن يكون اجتماعهما في مكان يأمنان فيه على أنفسهما من دخول الغير عليهما بدون استئذان؛ أو برؤية أحد لهما من قريب أو من بعيد، أو مرور أحد عليهما، ولم يكن بأحدهما مانع من الموانع التي ذكرت في التعريف.

آراء الفقهاء فيها: الخلوة الصحيحة بالمعنى الذي عرّفها به الحنفية توجب كل المهر على الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها دخولاً حقيقياً؛ بأن يثبت لها كل المسمى، إذا كانت هناك تسمية، أو كل مهر المثل إذا فرض لها مهر المثل بعد العقد، وهذا عند الحنفية والشافعية في القديم، والحنابلة.

أما عند المالكية والشافعية في الجديد والظاهرية؛ فإنه لا تأثير لهذه الخلوة في إيجاب كل المهر على الزوج، ويجب جميعه عندهم إلا بالوطء؛ أما الطلاق قبله فلا يوجب أكثر من مهر المثل.

دليل الحنفية ومن وافقهم على إيجاب كل المهر بالخلوة الصحيحة:

استدلوا على ذلك بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذْهُ مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مَثْبُوتٌ ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴿﴾ [النساء: ٢٠ - ٢١] بين ﷺ في الآية الكريمة أنه لا يحل للزوج أن يأخذ شيئاً مما أعطاه لزوجته صداقاً، إذا أراد أن يطلقها مهما كانت قيمة هذا الصداق؛ لقوله سبحانه: ﴿أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ والمرأة بمجرد العقد الصحيح عليها تسمى زوجة شرعاً من غير تفرقة بين كونها مدخولاً بها أو غير مدخول؛ فالنص عام، فيحمل على هذا العموم.

وقد بين ﷺ علة النهي عن أخذ المطلق شيء مما ساق للمرأة لوجود الخلوة؛ إذ قال سبحانه: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ لأن الإفضاء هو: الخلوة دخل بها أم لم يدخل بها.

أما السنة: فقوله عليه السلام: ((من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل))، وفي الأثر: عن سعيد بن المسيب: "أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور - والستور: جمع ستر - فقد وجب الصداق".

فقد دل كلاً من الحديث والأثر على أنّ من اختلّى بزوجته في عقد صحيح، وكانت الخلوة صحيحة؛ فقد وجب لها الصداق؛ حيث إنه رأى منها ما كان يحجبه الخمار، ولم يذكر الحديث ولا الأثر أن وجوب الصداق متوقّفٌ على دخوله ووطئها، بل إن الحديث نصّ في الموضوع وفي محل النزاع، ولم يترك ذلك للاجتهاد ولا للاحتمال؛ حيث قال عليه السلام: ((وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل)).

أما الإجماع: هو أن الصحابة { قد أجمعوا على ذلك وعملوا به، كما روي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت فقد عملا به، وهذه قضايا اشتهرت عن الصحابة، ولم يخالفهم في ذلك أحد في عصرهم، فكان إجماعاً.

أدلة المالكية ومن وافقهم على عدم إيجاب كل المهر بالخلوة:

ذهب هؤلاء إلى أن الخلوة الصحيحة لا تكون كالدخول الحقيقي في تقرير كل المهر على الزوج؛ فإذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها فلها نصف المهر فقط، وإن كان قد خلّى بها، ما لم يكن قد مسّها فعلاً في هذه الخلوة، إلا في خلوة الاهتداء عند المالكية فلها عندهم حكمها.

ودليل المالكية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه هو القرآن الكريم، فقد قال عليه السلام: ﴿وَكَيْفَ عَلَى الْمُدْخُولِ بِهَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْ صَدَاقِهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكَيْفَ

تَأْخُذُونَهُ، وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴿١﴾ ونصّ أيضاً في المطلقة قبل الدخول أن لها نصف المفروض ؛ لقوله الله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ فالآية الأولى : تشمل كل مطلقة بعد المسيس ، في أنه لا يجوز أخذ شيء من صداقها ، وكذلك الآية الثانية : تشمل كل مطلقة قبل المسيس ، في أنه لا يجب لها إلا النصف ، ولا وسط بين هذين الأمرين - أي : هما حالتان لا ثالث لهما - إما قبل الدخول وهذه لها حكمها ، وإما بعده وهذه لها حكمها.

والمسّ في الآية المراد به : الجماع ، ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها ، فمن أوجب كل مفروض فقد خالف النص ، كما أن معنى الإفضاء في هذه الآية هو الجماع كما قاله ابن عباس ومجاهد.

الرأي الرابع : هو مذهب الحنفية ، والحنابلة ، والشافعية في القديم ، القائل بإيجاب كلّ المهر بالخلوة الشرعية الصحيحة ، وهذا هو مقتضى العقل والمنطق المتفقان مع مبادئ الشرع الحكيم ، وهو أنه بعد انعقاد العقد تكون المرأة زوجة شرعاً وعرفاً ، ويكون الرجل زوجاً لها كذلك ، ويكون من حق الزوج إذاً أن يتمكن من زوجته ؛ لأنه عقد على المنفعة ، فإذا أراد أن يستوفي حقه وأن يتمتع بزوجه فلن يمنعه من ذلك أحد ، حتى لو أراد وطأها ما دام قد أوفأها البدل وهو المهر ؛ وتكون الخلوة هي أقل شيء يحدث بين الزوجين عادة بعد العقد ، وليس بلازم أن يتم في هذه الخلوة جماع ، لكن قد يحدث هذا ما دامت الخلوة شرعية صحيحة ، والوطء خلالها ممكن إذا كانت الظروف تسمح به ، فاحتياطاً للأمر واحتراماً للأوضاع يجب للمرأة كل المهر.

خلوة الاهتداء عند المالكية :

الأصل عند المالكية: أن الخلوة لا تأثير لها في إيجاب كل المهر على الزوج، حتى ولو كانت الخلوة هي خلوة الاهتداء، فإذا طلق بعدها وقبل الدخول فلا شيء لها إلا نصف المهر، لكن قد يحدث بعد الخلوة وحين الطلاق تنازع الزوجين في الوطاء، فإن كانت الزوجة تدعيه والزوج ينفيه فهذا له حكمه الخاص، الذي قد يصل إلى اعتبار الخلوة في حال التنازع كالدخول في إيجاب كل المهر على الزوج، كما ذهب الحنفية ومن وافقهم.

معنى خلوة الاهتداء :

هي الخلوة التي تتم بين الزوجين في هدوءٍ وسكونٍ، بأن أغلقا عليهما الباب، أو أرخيا الستر فهدأ، واطمأن كل منهما إلى الآخر، وسكناً إليه، أي: أن الشأن في هذه الخلوة أنها تتم بين الزوجين من غير أن يكون بينهما عنف، أو امتناع من الزوجة، أو إجبار من الزوج لزوجته على اختلاعه بها، أو إكراهها على الجلوس معه في مكان واحد، فإذا تمت الخلوة بالهدوء والسكون اللذين بينهما أولاً، ثم حدث طلاق بعدها وقبل الدخول، وادعت الزوجة أن الزوج وطئها حين اختلا بها، وأنكر الزوج ذلك، فما الحكم؟

الحكم: تحلف يمين بالله على ما تدعيه، وتأخذ كل المهر كاملاً، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت بكرًا أم ثيبًا، فإذا امتنعت عن اليمين يحلف الزوج أنه ما مسها، ويدفع لها نصف المهر، فإن نكل هو الآخر عن اليمين - أي: امتنع عن اليمين - دفع الزوج جميع المهر، أي: على الرغم من امتناعها عن اليمين أولاً؛ وذلك لأنه هو المتهم أكثر منها، حيث إن الخلوة تعتبر بمنزلة شاهد على

وطئه لها، وامتناعه عن اليمين بمنزلة شاهد آخر، بهذا اعتُبر حال نكوله عن اليمين مع الخلوة التي تمت بينهما أنه قد وطئها، ولذا يجب عليه المهر كاملاً؛ لأن دعواه الوطء أثناء الخلوة مقبولة منها على أي حال، وجائزة وممكنة، وليست بمستحيلة ولا مستبعدة.

هل تجب العدة بالخلوة؟

كل موضع صحت فيه الخلوة، وكانت شرعية صحيحة، وأوجب كمال المهر؛ فإنه كذلك توجب العدة على المرأة؛ وهذا متفقٌ عليه بين الفقهاء... لأن الخلوة لما صحّت وأوجب كل المهر فلانّ توجب العدة من باب أولى؛ وذلك لأن المهر ثبت، وهو خالصٌ حقّ العبد، والعدة فيها حق لله وحق للعبد، فثبت احتراماً لحق العبد في حفظ نسبه، وصيانة زرعه من أن يُسقى بماء غيره، أو يختلط ماؤه بماء غيره، وذلك على اعتبار أنه يمكن أن يكون قد حصل وطء في هذه الخلوة، وتثبت العدة من جهة إيجاب الوفاء بحق الله تعالى حتى لو فسدت الخلوة ولم تكن صحيحة؛ فإنها توجب العدة كذلك عند الحنفية احتياطاً؛ أما إذا كان الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة فلا عدة على الزوجة عند الجميع؛ لقول الحق ﷻ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

واتفق جمهور الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته بعد العقد الصحيح وقبل أن يدخل بها أو يخلو فلها نصف الصداق المسمى؛ سواء كان مفروضاً في العقد أو بعده، بشرط أن يكون طلاقاً من الزوج باختياره ومحض إرادته، لا فسحاً للعقد، وإلا كان له حكمه الخاص وهو سقوط كل المهر.

واستدل الجمهور على ذلك بقول الحق ﷻ: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فالآية: دلت على أن المرأة إذا طلقت قبل الدخول والخلوة، وقد فرض لها مهر أن لها نصف المفروض لا أكثر منه ولا أقل؛ والنصف الآخر يكون للزوج، فإذا كان الزوج قد دفع لها الصداق كله وقبضته فله الرجوع بالنصف، يأخذه منها شرعاً وقضاءً، وإذا كان الصداق كله ديناً في ذمته لم يدفع منه شيء، فعليه أن يدفع النصف فقط، ولا يحق لها مطالبته بشيء فوق ذلك، وإن كان دفع لها نصف الصداق العاجل والآجل فتكون قد استوفت كامل حقها، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء.

المتعة

١. تعريف المتعة وحكمها:

المتعة في اللغة: ما ينتفع به من: الطعام، والثياب، وأثاث البيت، وأصل المتاع ما يُتبلغ به من الزاد، وهو اسم من متعته بالثقل، إذا أعطيته شيء مما ذكر، والمراد عند الفقهاء في الشرع في معنى المتعة الطلاق هو ذلك أيضاً، فيقال: متعت المطلقة بكذا، إذا أعطيتها شيئاً من المال، أو الثياب، أو الطعام؛ لأنها تنتفع به وتمتع به، هذه هي متعة الطلاق، التي نحن بصدددها، بخلاف زواج المتعة فهذا له موضوعه الآخر.

حكم متعة الطلاق: قد تكون واجبة، وقد تكون مستحبة.

٢. أنواع المتعة:

متعة الطلاق أنواع، وتنوعها يأتي من جهة نوع الحالة التي ينتهي بها النكاح نهايته، ونهاية النكاح إما أن تكون قبل الدخول أو بعده، وفي كل إما أن تكون بطلاق وموت، ونذكر كل حالة مع بيان حكمها.

المتوفى عنها زوجها:

تستحق كل المهر المفروض في العقد، أو المسمى بعده، أو مهر المثل، إن كان قد قدر لها ذلك، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فلها كل المهر، ولا متعة لها، وذلك لأن النكاح قد انتهى بنهايته الطبيعية، فلا وحشة لها ولا ابتذال؛ ولأن النصوص وردت في المطلقات فوجب الوقوف عند النصوص، وهذا باتفاق الفقهاء، والنصوص الواردة في ذلك: مثل قول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ومثل قوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعُوا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

المطلقة بعد الدخول:

متعة المطلقة بعد الدخول واجبة عند الشافعية، كما في المذهب الجديد، ومستحبة عند الجمهور كما عند الشافعية في القديم؛ دليل الشافعية القائلين بوجود المتعة للمطلقة:

احتج الإمام الشافعي - يرحمه الله - على وجوب متعة المطلقة بعد الدخول؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعُوا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ فلقد أثبتت الآية الكريمة المتعة لكل مطلقة، حيث إن قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ﴾ يعم كل مطلقة، قال الشافعي: هذا يعم كل مطلقة، إلا ما خصه الدليل وهي: المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تأكيداً لإيجابها.

استدل الجمهور على استحباب المتعة بقول الحق ﷻ: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ وقوله سبحانه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ

ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ
عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ ﴿٤٩﴾ [الأحزاب: ٤٩] ووجه الدلالة من الآيتين: بالنسبة للآية
الأولى: نجد أن الله ﷻ قد علق المتعة على شرطين، والشرطان غير موجودين،
وبناءً عليه فلا متعة:

الشرط الأول: أن يكون الطلاق قبل الفرض، وهذه مفروض لها.

الشرط الثاني: قبل المسيس وهذه مدخول بها.

وبالنسبة للآية الثانية: شرط الله المتعة بشرط عدم المس، وهذه مدخول بها
كذلك، وطالما لم تتوفر الشروط التي وضعها الله لإيجاب المتعة فلا متعة إذًا.

المطلقة قبل الدخول:

المطلقة قبل الدخول لا تجب لها المتعة، سواء سُمي لها في العقد أو فرض لها
بعده، وبهذا قال الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، كما أنه ورد عن
مالك أيضاً؛ لأنها ستأخذ نصف المهر؛ فلا شيء لها بعد ذلك، بينما نجد الحنفية
وحدهم انفردوا في المسمى لها بعد العقد أنه لا شيء لها من المهر أصلاً، وتجب
لها المتعة، وهذا هو رأي الإمام أبو حنيفة ومحمد، وهو القول الثاني لأبي
يوسف.

التي لم يفرض لها مهرٌ أصلاً، وطلقت قبل الدخول:

أما التي طلقت قبل الدخول، ولم يكن سُمي لها مهر حين العقد، ولا فرض لها
بعده، أو سُميت لها تسمية فاسدة فهذه تجب لها المتعة، فعند الحنفية والشافعية
قول واحد عند كل منهما، وهي كذلك عند الحنابلة في ظاهر المذهب؛ ذلك لأن

المطلقة قبل الدخول لها نصف المهر المفروض ، وهذه لم يفرض لها مهر ، فثبت لها مهر المثل ، لكن انتفى هنا وجوب مهر المثل لهذه خاصة ؛ لأنها طلقت قبل الدخول ، ولما كان نصف المهر واجباً لها على الأصل وانتفى هنا لعدة وهي الطلاق قبل الدخول كانت المتعة لها واجبة ؛ لأنها بدل عن الواجب الذي هو نصف المهر ، وبدل الواجب يكون واجباً.

المتعة عن الإمام مالك :

ذهب المالك < إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة ، وذلك لأنه حمل الأوامر الواردة فيها على الندب والاستحباب ، مستدلاً بقول الحق سبحانه : ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦] و﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١] فهذا دليل على الندب والاستحباب ؛ لأن معنى المحسنين والمتقين عند مالك أي : المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب التجميل والإحسان لا يكون واجباً ؛ فالإمام مالك - رحمه الله - يرى أن لكل مطلقة متعة لكن ذلك على سبيل الندب لا على سبيل الإيجاب ، ولم يستثن واحدة من المتعة سوى التي طلقت قبل الدخول ، وقد فرض لها مهر ؛ لأن لها نصف مهرها المسمى بنص القرآن الكريم ، فلا إجحاش ، ولذلك لا متعة لها مطلقاً ، حتى لو على سبيل الندب والاستحباب.

وأيضاً : التي طلقت قبل الدخول من غير أن يفرض لها مهر حتى هذه لا تزولها متعة عند مالك ؛ مع أنه لم يوجب لها نصف مهر مثلها ، فهذه تستحب متعته عنده كذلك ، ولا مهر لها.

تقدير المتعة:

اتفق جمهور الفقهاء على أن المتعة تقدر بحال الزوج وحده من حيث اليسار والإعسار، وتقدر حسب ذلك لقول الله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولا ينظر في تقدير المتعة إلى حال الزوجة، فربّ امرأة وضيفة تزوجت بشريف عظيم، فإن متعتها تقدر بحاله هو، وقيل في كيفية تقديرها كلام كثير عند الفقهاء، والأصح أن ذلك يرجع إلى تقدير القاضي، فهو الذي يتولى تقديرها حسب حال الزوج كما ذكرنا.

الأحوال التي يسقط فيها المهر كله، وعشرة النساء

١. الأحوال التي يسقط فيها المهر كله:

ويسقط كل المهر في الأمور الآتية:

الأول: الفرقة: اتفق جمهور الفقهاء على أن المهر يسقط كله إذا حدثت فرقة بغير طلاق بعد العقد وقبل الدخول والخلو عند القائلين بها؛ وكذا بعد الخلو عند من لا يعتبرها، ولا يحق للزوجة أخذ شيء من المهر، سواء كانت هذه الفرقة بسبب من جهتها، أو من جهته؛ وذلك لأن الفرقة فسخ للعقد، وفسخ العقد يوجب رفعه من الأصل، وجعله كأن لم يكن، وهذا يقتضي أن يكون كل ما يترتب عليه يرفع برفعه، والأسباب التي تكون من جهة الزوجة: إسلامها، أو ردّها، أو امتناعها عن الإسلام إن أسلم زوجها إذا كانت مشرّكة بخلاف الكتابة فإنها تظلّ في عصمته؛ لأن الزواج بالكتابة ابتداءً صحيح، فهذا أولى، واختارت فسخ العقد لإعسار الزوج بالصدّاق، أو اختارت الفسخ إذا كان بالزوج عيب، أو فسّخه لعيب بها.

وكذلك إذا كانت الفرقة بسبب اللعان، وكذلك يسقط كل المهر إذا مكنت الزوجة ابن زوجها منها، فجامعها أو قبلها بشهوة، أو مكنت أباه من ذلك.

الثاني: تفريق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد، يسقط المهر كله حتى ولو كانت الخلوة الصحيحة قد وقعت بين الزوجين؛ لأن الخلوة في النكاح الفاسد لا تقوم مقام الوطاء في تقليل المهر، وإنما يتقرر المهر في النكاح الفاسد بالوطء.

الثالث: الخلع: الخلع يُسقط كلَّ المهر، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وكذا لو خالعه على مالٍ غير المهر لزمها ذلك.

الرابع: الإبراء والهبة: فالإبراء من كل المهر يسقطه، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وكذلك الهبة للمهر كله تسقطه، ولا فرق بين كون الهبة وقعت قبل الدخول أو بعده.

الهدايا وأحكامها:

إذا أرسل الزوج إلى زوجته، أو الخاطب إلى مخطوبته، شيئاً من النقود، أو من العروض، أو طعام، قبل زفافه بها، ولم يذكر شيئاً عن قصده بما أرسله، ثم اختلفا فقال: الزوج أو الخاطب: إن ما أرسلته إليك هو المهر أو جزء منه، وقالت الزوجة: بل الذي أرسلته إليّ هدية، فإن أقام أحدهما بينة على صدق دعواه أخذ بها، وكان القول قوله، ولو كان ما أرسله طعاماً؛ وذلك لأن البينة أصح دليل على الدعوة، كما أنها أقطع للنزاع والخصومة.

والبينة تكون بالكتابة، أو التلفظ، أو الشهود، وكما قلنا: إن الذي يقدم البينة يكون القول له، فإن قدّم كلُّ منهما بينة قدمت بينتها على بينته؛ لأنها صاحبة حق؛ لأنها تثبت خلاف الظاهر، والظاهر مع الزوج أنه يسعى إلى مصلحته،

وهو إسقاط الواجب الذي في ذمته وهو صداق زوجته - أي: ينكره - وهي تثبته.

والرسول ﷺ يقول: ((البينة على من ادعى)) حتى لا ينتهي الأمر إلى زواج بلا مهر، فلذلك قُدمت بئنتها على بئنته، فإن لم تكن لديها بينة على صدق دعواها، أو كان العرف مشتركاً بينهما، بأن كان العرف يجوز أن يكون الشيء المقدم يقدمه بعض الناس مهراً، وبعضهم يقدمونه هديةً، ولا ترجيح لأحد هذين العرفين على الآخر، كان القول قول الزوج بيمينه؛ وذلك لأن الظاهر معه؛ لأنه هو المملك، وهو الذي خرج الشيء من يده هو، فكان أعرف منها بجهة قصده.

ومذهب جمهور الفقهاء: أنه إذا حلف الخاطب أو الزوج على أن ما أرسله كان من المهر، ولم يكن بقصد الهدية، وكان العرف والظاهر يؤيده في دعواه، فله أن يسترده إن كان موجوداً لم يتطرق إليه الفساد، أما إذا لم يكن موجوداً بأن هلك أو استعملته المرأة حتى أهلكته فإنه يحسب من صداقها، فإن كانت قيمة ما أرسله تُوازي قدر الصداق كله فقد سقط حقها فيه؛ لأنه يكون قد وصلها، وإن كانت قيمة ما أرسله أقل من قدر الصداق فلها أن تأخذ باقي حقها المسمى لها صداقاً؛ ولذلك بعد خصم ثمن ما لديها من أشياء، ثم تعود عليه بعد ذلك بما لها من حقوق شرعية كنفقة وكسوة، إذا كان عاقداً عليها؛ لأنها زوجته حينئذٍ، بخلاف المخطوبة فليس لها نفقة شرعاً أثناء الخطبة.

الجهاز وأثاث البيت:

قضية الجهاز من أهم قضايا الزواج في كل عصر، إذ كثيراً ما يُثار النزاع بشأنه حول ملكيته.

تجهيز بيت الزوجية: هل هو واجب على الزوجة أم على الزوج؟

ذهب الحنفية وأهل الظاهر إلى أنه: لا يجب على الزوجة أن تجهز بيت الزوجية بفرش، ولا بغيره، لا من صداقها، ولا من مالها الخاص، ولا من مال أبيها، وإنما يجوز ذلك على الزوج وحده مهما دفع من مال زوجته صداقاً، فهو خالص حقها، وفي مقابل نفسها وبضعها، تتصرف في صداقها كيف شاءت؛ وذلك لقول الحق ﷻ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤] فلما سُمي القرآن المهر ﴿نِحْلَةً﴾ كان عطيةً للمرأة، فهو إذن خالص حقها.

وذهب المالكية إلى أنه: يجب على المرأة أن تجهز نفسها بالصداق الذي قبضته من زوجها، بما تعورفَ عليه من جهاز مثلها؛ وذلك لأنه قد جرى العرف في كلِّ العصور والأمصار على أن الزوجة هي التي تجهز بيتها بما أخذت من صداق، ولا تُلزم بأن تدفع في الجهاز أكثر مما قبضت، بل عليها أن تتجهز بقدر صداقها كله إذا قبضته كله معجلاً أو بالقدر المعجل منه فقط، وللزوج أن يلزمها بذلك إذ هي لم تفعل، بشرط أن تقبل الصداق كله أو المعجل منه قبل الدخول، فإن كان الدخول قبل قبض الصداق أو شيء منه فإنها لا تلزم بالتجهيز، ولا يحق للزوج إلزامها بذلك.

ويكون تجهيزها بما تعورفَ عليه في زمانه وفي بلدها، أي: بما يليق بمثلها وبمثل زوجها، ويكون ذلك أيضاً في حدود ما قبضت من صداق لا أقل منه، فإن لم تفعل ألزمه الزوج بشرائه؛ لأنه ربما زاد في صداقها من أجل أن تزف إليه بجهازٍ وفير.

تنازع الزوجين في ملكية الجهاز:

إذا وقع اختلاف في ملكية الجهاز ومتاع البيت، فلا يخلو الحال من أن يكون ذلك: حال حياة الزوجين، أو بعد موتهما، أو موت أحدهما، فإن كان حال حياتهما فلا يخلو من أن يكون ذلك: حال قيام الزوجية بينهما، أو يكون بعد انتهائها بالطلاق؛ وإن كان بعد موتهما أو موت أحدهما فلا يخلو الحال من أن يكون: بين ورثتهما، أو بين الحي منهما وورثة الميت، فإن كان الاختلاف والتنازع حال حياة الزوجين، سواء كان أثناء قيام الحياة الزوجية، أو بعد انتهائها بالطلاق، أو كان بعد موتهما، أو موت أحدهما، والخلاف بين ورثتهما، أو بين الحي منهما وورثة الميت، سواء كان هذا أو ذاك، وقدم أحد الزوجين أو ورثتهما بينة على ملكيته للجهاز فهو لمن أظهر بيئته؛ لأن كل واحد من الزوجين مدّع، ومن المبادئ المقررة شرعاً أن البيئته على المدّعي، فأبى واحد من المدّعين أقام بيئته أخذ بها، وكان الجهاز كله له، وهذا باتفاق الفقهاء وأهل العلم، لم يخالف في ذلك أحد، حتى ولو كان المتنازع فيه مما لا يصلح لصاحب البيئته، فهو أيضاً له بناء على بيئته، وهذه البيئته غالباً ما تكون من جانب الزوجة، وهي المعروفة الآن في هذه الأيام باسم "القائمة" أي: قائمة الجهاز التي تأخذها الزوجة على الزوج؛ لإثبات ملكيتها للجهاز وأثاث البيت عند حدوث هذا الشقاق. هذا عند وجود البيئته.

أما عند عدم وجودها فإن الأمر لا يخلو من أن يكون واحداً من أمور أربعة -

كما بينا من قبل - :

الأمر الأول: الاختلاف أثناء قيام الحياة الزوجية:

إن كان الاختلاف بين الزوجين حال حياتهما، وأثناء قيام الحياة الزوجية، فيرى الأئمة - أبو حنيفة، ومالك، ومحمد بن الحسن - أن ما يصلح للرجال خاصة فالقول فيه قول الرجال، فإذا ادّعاها كان له؛ لأن ظاهر الحال يؤيدّه، وما يصلح للنساء خاصة فالقول فيه قول الزوجة، فإذا ادّعتها كان لها؛ لأن ظاهر الحال يؤيدّها، وما يصلح لهما معاً فالقول فيه قول الزوج، فإن ادّعاها كان لها.

الأمر الثاني: الاختلاف بعد زوال الحياة الزوجية بالطلاق:

إذا وقع الاختلاف بين الزوجين بعد الطلاق - وهذا هو الذي يحدث غالباً - ولا بيّنة لأحدهما، فإن الأحناف يرون في هذا الأمر قولاً واحداً وهو: أن القول يكون للزوج وحده؛ لأن الظاهر معه، وهو أنه لو كان ملكاً للزوجة لكان معها ما يثبت ذلك، خاصة وأن أولياء المرأة يحرصون على ذلك عادةً بتحرير ما يسمّى بالقائمة، بينما يرى مالك - يرحمه الله - نفس الرأي الأول، وهو أن الخاصة لكل منهما يكون لصاحبه، والمشترك بينهما يكون للزوج بيمينه، لا فرق بين مالك، بين ما إذا كان الاختلاف قبل الطلاق أو بعده.

الأمر الثالث: الاختلاف بين ورثة الزوجين بعد موتهما:

قد تزول الحياة الزوجية بغير طلاق كالموت مثلاً، وقد يصادف الأمر فيموت الزوجان معاً في وقت واحد غرقاً، أو حرقاً، أو هدماً، أو في حادث، فعند ذلك يكون الخلاف السابق بكل تفاصيله واقعاً بين ورثة الزوج وورثة الزوجة، فكلٌّ من الفريقين يريد ضمّ الجهاز له، بحجة أنه كان ملكاً لمورثه، وكما بيّنا من قبل أنهم إذا أظهر أحد الفريقين من الورثة بيّنة تثبت ملكية مورثه للجهاز كان الجهاز لهؤلاء الورثة دون غيرهم؛ لا كلام في هذا لأحد.

أما عند عدم وجود البيّنة فإن الأمر يختلف كما اختلف حال حياة الزوجين عند عدم البيّنة كذلك، ففي هذه الحالة - حال اختلاف الورثة - يرى الإمامان أبو حنيفة ومحمد: أن القول قول ورثة الزوج، كما لو اختلف الزوجان حال حياتهما بعد الطلاق، بينما يرى الإمام مالك رأيه الأول.

الأمر الرابع: الاختلاف بين الحيّ من الزوجين وورثة الميت:

يرى أبو حنيفة: أن ما يصلح للرجل يكون لورثة الزوج إذا كان الزوج هو الميت، وما يصلح للنساء تستقلّ به الزوجة، وما يصلح لهما معاً فالقول قولها فيه مع البيّنة، بينما يرى الإمام مالك نفس رأيه الأول، وهو: أن المشترك يكون لورثة الزوج كما كان للزوج أثناء حياته، لا فرق بين مالك، بين ما إذا كان الميت هو الزوج أو الزوجة.

٢. عشرة النساء:

المراد بالعشرة: المعاشرة بالمعروف، هي الصحبة الجميلة بين الزوج والزوجة، وأن يكفّ كلّ منهما عن الآخر أذاه، وألّا يطله بحقه مع قدرته، ولا يظهر الكراهة عند أدائه، بل يبذل الحقّ ببشر وطلاقة، ولا يتبعه منّا ولا أذى؛ لأن هذا من المعروف المأمور به في قول الحقّ ﷻ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وقول الله ﷻ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وقوله ﷻ: ((استوصوا بالنساء خيراً؛ فإنهنّ عوانٍ عندكم، أخذتموهنّ بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)) والحديث رواه مسلم. وقال ﷻ فيما يرويه الترمذي بسند صحيح: ((خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي)) فعلى المسلم أن يكون لطيفاً في معاملة زوجته، رحيماً في محاولة إصلاحها وتقويمها،

وألا يشتدّ في هذا التقويم؛ حتى لا يحدث ما لا تحمد عقباه، فقد قال - عليه الصلاة وأزكى السلام - : ((إن المرأة خلقت من ضلع أعوج، لن تستقيم على طريقة، فإن ذهبت تقيمها كسرتهَا، وإن استمتعتَ بها استمتعتَ بها وفيها عوج)) والحديث متفق عليه.

ويمكن إجمال المعاشرة بالمعروف فيما يأتي:

الأمر الأول: التزين للزوج: قال ابن عباس < : "إني لأتزين لامرأتي كما تتزين لي، وما أحب أن أستنزف - أي: آخذ كل حقي الذي لي عليها - فتستوجب حقها الذي لها عليّ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. أي: زينة من غير مآثم، وعن ابن عباس < أيضاً: "أي لهن من حسن الصحبة والعشرة بالمعروف على أزواجهن مثل الذي عليهن من الطاعة، فيما أوجبه عليهن لأزواجهن".

ويُستفاد من كلام ابن عباس < أنه يستحسن أن يتزين الرجل لزوجته، وإن كان يختلف من شخص لآخر، ومن الشباب إلى الشيخ، ومن عصرٍ إلى عصر، ومن بيئةٍ إلى أخرى، فالمهم أن يتزين لها بالزينة التي تليق به في سنّه، وفي وضعه الاجتماعي؛ كي تستلطفه، وتشعر باهتمامه بها. قال الإمام القرطبي - يرحمه الله - : فإنما يعمل اللائق والوفاق؛ ليكون عند امرأته في زينة تسرّها، ويعفها عن غيره من الرجال.

الأمر الثاني: إذا دعا للدخول بها وكان بالغاً، وكان هي مطيقة للوطء فعليه إجابتها لذلك، بعد أن يمهل مدة لتجهيز نفسه بما يناسب حاله، وإلا وجب عليه أن ينفق عليها وهي في دار أهلها.

الأمر الثالث: الإذن لها بزيارة والديها، ولا سيما إذا كانت بهما ظروف تقتضي ذلك، وألا يمنعهما من الدخول عليها، وكذلك لا يمنع أبناءها من غيره من الدخول عليها، وإن حلف بعدم دخول والديها عليها فإن عليه أن يحنث ويكفر عن يمينه، وكذلك إذا حلف بألا تزور والديها، ويقضي لها بالخروج وزيارة والديها إذا كانت مأمونة ولو شابة، وهي محمولة على الأمانة حتى يظهر خلافها، ويُقضى للصغار من أولادها من غيره بزيارتها كل يوم؛ لتتفقد حالهم، وللكبار من أولادها.

الأمر الرابع: أن يجهز لها سكناً يناسب حالها، بعيداً عن أهلها إذا امتنعت عن السكنى مع أهلها في دار واحدة، ولو لم يثبت تضرر لها منهم بمشاجرة أو غيرها، ويستثنى من ذلك إذا اشترط عليها السكنى مع أهلها فليس لها الامتناع، ولها أن تمتنع للسكنة مع ولدها الصغير من غيرها، والكبير الأولى، إن كان له حاضن غيرها تحضنه وإلا فليس لها الامتناع من ذلك، سواء علمت به حال البناء، أم لا، وكذلك الزوج.

الأمر الخامس: الوفاء لها بالشروط التي اشترطتها عليه في العقد، مثل: عدم السفر بها، أو لا يُخرجها من بلدها، وغيرها من الشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، ولا تلك التي نهى عنها الشارع.

الأمر السادس: عدم العزل عنها إلا بإذنها؛ لأن لها حقاً في الولد، وكمال المتعة مثله، فلا يعزل عنها إلا بإذنها.

والشريعة الإسلامية قد وضعت ضوابط وأسس للمرأة بها تكمل السعادة الزوجية؛ فلقد نهى الرسول ﷺ المرأة أن تخرج من بيت الزوجية بدون إذن

زوجها، فقال فيما رواه البيهقي من حديث ابن عمر < : ((ولا تخرج من بيته إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها ملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى تتوب أو ترجع، قيل: يا رسول الله، وإن كان ظالماً؟ قال: وإن كان ظالماً)).

كما أن الشريعة الإسلامية أيضاً نهت المرأة عن صيام تطوعاً بدون إذن زوجها وزوجها حاضر؛ فعن ابن عباس < : ((أن امرأة من "خثعم" جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، أخبرني ما حق الزوج على زوجته؛ فأني امرأة أيم، فإن استطعت وإلا جلست أيماً؟ قال: فإن حق الزوج على زوجته إن سألتها نفسها وهي على ظهر قطيب - أي: جملها - ألا تمنعه نفسها، ومن حق الزوج على زوجته ألا تصوم تطوعاً وزوجها حاضر إلا بإذنه، فإن فعلت جاعت وعطشت، ولا يقبل منها، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها ملائكة السماء، وملائكة الرحمة، وملائكة العذاب، حتى ترجع، قالت المرأة: لا جرم لا أتزوج أبداً)) والحديث رواه الطبراني.

وعن أبي هريرة < عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن من بيته إلا بإذنه)) والحديث رواه الحاكم، وصححه، ووثقه الذهبي، ومعنى ((أن تصوم وزوجها شاهد)) أي: لا يحل لها أن تصوم وزوجها حاضر غير مسافر إلا إذا أذن لها في الصيام، والمراد: صوم التطوع؛ أما صوم الفرض أو النذر فلا تحتاج إلى إذن منه؛ لأنه واجب حتماً، فلا يتوقف على إذن أحد.

وقد حرّم الإسلام على الزوجة صوم التطوع مع حضور زوجها؛ لأنه ربّما ساقط نفسه إليها فدعاها إلى نفسه، فوجدتها صائمة، ولا شك أن أداء حق

الزوج أهم بكثير من صوم التطوع؛ لأنه واجب، وصوم التطوع سنة، والواجب مقدّم على السنة. كما أن الشريعة الإسلامية جعلت من حقوق الزوج على زوجته حقه في التمكين والقرار في البيت؛ وهذا الحق الواجب للزوج على زوجته هو في مقابل إنفاق الزوج عليها، والتمكين هو: أن تمكن الزوجة زوجها منها، بحيث تكون المعاشرة الزوجية بينهما ممكنة؛ وأما القرار في البيت فالمقصود به: أن تلزم الزوجة بيت زوجها، وأن يسكنها الزوج منزل الزوجية، ويمنعها من الخروج منه إلا بإذنه، بشرط أن يكون مسكناً ملائماً لاستقرار المعيشة الزوجية، فإذا لم يكن كذلك فلا تلزم الزوجة بالقرار فيه، وقرار الزوجة في بيت زوجها اللائق بها أمر تقتضيه طبيعة المرأة.

فالمرأة - بحسب طبيعتها - معدة للإنجاب، ومن ثم فهي ملزمة برعاية أطفالها، والقيام بشئون المنزل، والرجل تقتضي طبيعته أن يسعى على الرزق، وأن يجده، ويعمل خارج البيت، ونص الفقهاء على أنه يجوز للمرأة أن تخرج من بيت الزوجية بغير إذن زوجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها؛ لزيارة أو عيادة مريض، أو تعزية، أو لقضاء حوائجها التي يقتضي العرف خروج مثلها لها لتعود من قريب.

وهنا: يرد على أذهاننا سؤال: هل قرار الزوجة في بيت الزوجية يوجب عليها القيام بجميع الأعمال المنزلية من: عجن، وطبخ، وغسل، وتنظيف... ونحو ذلك؟

الجواب: من الأمور المسلّم بها أن الحياة الزوجية يجب أن تقوم على التعاون المخلص بين الزوجين، فإذا كان في مقدور الزوجة القيام بخدمة بيتها كان ذلك

أمراً واجباً عليها؛ وذلك لأن الزوج عليه أن يسعى ويكد ويعمل جاهداً في طلب الرزق لزوجته وأولاده، فيكون في المقابل أن تقوم الزوجة بالإشراف على منزلها، وخدمة بيتها، إذا كانت تنظر إلى بيتها وزوجها بروح المودة والتفاهم؛ فالحياة الزوجية تقوم أساساً على التعاون، والإحساس بالمسئولية المشتركة بين الزوجين، فها هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ جاءت يوماً تشكو إلى أبيها ما تعانيه من عملٍ في بيتها، فلم يأمر النبي ﷺ زوجها علي بن طالب < بأن يحضر لها خادمةً، وإنما قسّم المسئولية بينها وبين زوجها، فجعل على زوجها العمل والكسب، وجعل عليها خدمة البيت.

وعلى هذا جرى العرف بين المسلمين في كل زمان ومكان، طالما أنه لا يوجد بالزوجة مرض أو علة تمنعها من ذلك.

الخلع، والطلاق (تعريفه، مشروعيته، حكمه، أركانه)

عناصر الدرس

٩٧	العنصر الأول : الخلع: تعريفه، دليل مشروعيته، حكمه، أركانه
١٠٦	العنصر الثاني : أقسام الخلع، والخلع في الطهر وفي الحيض
١٠٩	العنصر الثالث : التوكيل في الخلع، وباقي أحكامه
١١٧	العنصر الرابع : تعريف "الطلاق"، وأدلة مشروعيته
١٢١	العنصر الخامس : الأصل في الطلاق
١٢٥	العنصر السادس : حكم الطلاق

الخلع: تعريفه، دليل مشروعيته، حكمه، أركانه

١. تعريف الخلع:

الخلع في اللغة: النزع وإزالة، تقول: خلعت الثوب: إذا نزعته عنك. قال ابن الأثير: يقال: خلع امرأته خلعاً، وخالعتها مخالعة، واختلعت هي منه، فهي خالعة، وأصله من خلع الثوب، وسمي الخلع خلعاً؛ لأن الله تعالى جعل كلًّا من الزوجين لباساً للآخر، حيث قال ربنا - جلا جلاله - ﴿ هُنَّ لِيَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لَهُنَّ ﴾ [البقرة: ١٨٧] فإذا افتدت بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه، والاسم مع كل ذلك الخُلع.

الخلع في استصلاح الفقهاء: هو حلّ عقدة الزوجية بلفظ الخلع، وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة، والخلع بضم الخاء أو فتحها في المعنيين اللغوي والشرعي، ومن العلماء من يخصّ مضموم الخاء بحل عقدة الزوجية، ومفتوح الخاء بالمعنى اللغوي.

٢. أدلة مشروعية الخلع:

أولاً: من القرآن الكريم: قال ﷻ: ﴿ الطَّلِقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فقول الله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ ﴾ يتعلق بإباحة الخلع.

الفقه المقارن [١]

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة: روى البخاري، والنسائي، عن ابن عباس < قال: ((جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - ﷺ: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ اقبل الحديقة، وطلقها تطليقاً)).

وفي رواية لأبي داود: ((أَنَّ حَبِيبَةَ بِنْتَ سَهْلٍ كَانَتْ عِنْدَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شَمَّاسٍ فَضَرَبَهَا فَكَسَرَ بَعْضَهَا فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ الصُّبْحِ فَاشْتَكَتْهُ إِلَيْهِ فَدَعَا النَّبِيَّ ﷺ ثَابِتًا فَقَالَ: خُذْ بَعْضَ مَالِهَا وَفَارِقْهَا، فَقَالَ: وَيَصْلُحُ ذَلِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَإِنِّي أَصْدَقْتُهَا حَدِيقَتَيْنِ وَهُمَا بِيَدَيْهَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: خُذْهُمَا وَفَارِقْهَا فَفَعَلَ)).

وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن ثابت بن قيس كان دميماً، وأن امرأته قالت: "لولا مخافة الله، إذا دخل عليّ لبصقت في وجهه" وفي رواية: "أن امرأة ثابت أتت رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله، لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبداً، إني رفعت جانب الحياء، فرأيتُه أقبِل في عُدة، فإذا هو أشدهم سواداً، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً" وفي رواية: أنها قالت: "يا رسول الله، بي من الجمال ما ترى، وثابت رجل دميم".

ثالثاً: الإجماع: أجمع علماء الأمة من لدن رسول الله ﷺ على جواز الخلع، لم يخالف منهم سوى بكر بن عبد الله المزني، فإنه لم يجزه، وقال: إن آية الخلع منسوخة بقوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ أَحَدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتِّنَا وَإِنَّمَا مَبِينَا﴾ [النساء: ٢٠] والحق أنه لا يوجد تعارض بين الآيتين، حتى نلجأ إلى النسخ؛ لذلك قال

النحاس عن القول بالنسخ: قول شاذ، خارج عن الإجماع لشذوذه، وليست إحدى الآيتين دافعة للأخرى فيقع للنسخ؛ لأن قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ الآية، ليست بمزالة بآية: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ﴾ لأنهما إذا خافا هذا لم يدخل الزوج في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ لأن هذا خاص للرجال.

وقال الطبري - رحمه الله - : الآية محكمة، فكل من الآيتين مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها، ومن ثمَّ ينتفي التعارض، فقد استقر الإجماع على مشروعية الخلع لثبوت مشروعيته في القرآن الكريم والسنة المحمدية الشريفة.

٣. حكم الخلع:

اتفق الفقهاء جميعاً على أنه يجوز للزوجة أن تطلب الخلع من زوجها، إذا كانت هناك أسباب تدعوها إلى ذلك، كأن الزوج دَمِيماً وقبيح الصورة، أو كبيراً في السن، وعجز عن أداء حقوقها، وخشية أن يؤدي بها ذلك إلى التفريط في حقه، أو كان مفرطاً في بعض الأمور الشرعية، ولكنهم اختلفوا في طلبها الخلع إذا كانت العلاقة بينها وبين زوجها علاقة طيبة، والعشرة حسنة، ولا يوجد ما يدعو إلى الخلع، على قولين:

القول الأول: يكره لها ذلك - وهذا هو قول الحنابلة، وغيرهم مما نهج نهجهم.

القول الثاني: لا يكره لك ذلك، وهو قول الجمهور غير الحنابلة، فيجوز لها طلب الخلع، وإن لم تكره منه شيئاً؛ وذلك لأن الخلع رفع عقد بالتراضي، جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر، وهذا هو قول الشافعية، ومن وافق الشافعية.

القول الراجح: هو القول القائل بالكراهة لما يأتي:

أولاً: قال رسول الله ﷺ: ((أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة)) فقوله: ((من غير بأس)) أي: من غير شدة تلجئها إلى سؤال المفارقة، وهذا الحديث يدل على كراهة طلب الخلع من غير سبب، ولا نبعد إذا قلنا: إنه يدل على التحريم، فإن قوله ﷺ: ((لم ترح رائحة الجنة)) معناها لا تشم ريحها، ولا تجد أول ما يجده المحسنين، أو لا تجده أصلاً، وهذا من المبالغة في التهديد، والظاهر أن المراد أنها لا تستحق أن تدخل الجنة، مع من يدخل أولاً.

ثانياً: قال رسول الله ﷺ: "المختلعات هن المنافقات" والحديث رواه الترمذي، وقال: غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي، وفي رواية أخرى: "المختلعات والمتبرجات هن المنافقات" والحديث رواه أبو نعيم في (حلية الأولياء) ومعنى الحديث: أن المختلعات اللاتي يطلبن الخلع من أزواجهن من غير بأس هن: المنافقات باطنًا، والمطاعات ظاهرًا، وذلك فيه من الزجر الكثير، ويكفي إطلاق لفظ النفاق على الطالبة للخلع بدون سبب.

الخلع لا يختص بحال الشقاق والضرر: يرى بعض الفقهاء اختصاص الخلع بحالة الشقاق والضرر، والذي عليه الجمهور: صحة الخلع، ولو لم يكن شقاقاً بين الزوجين، أو ضرر، إن ذلك ليس شرطاً في صحته، كما دل عليه حديث البخاري: ((ما أعيب عليه في خلق، ولا دين)) ولا يفهم من ظاهر الآية: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهُوا حَدُودَ اللَّهِ﴾ أن ذلك شرط لصحة الخلع؛ فالله ﷻ لم يذكر ذلك على جهة الشرط، وإنما ذكره لأنه الغالب من أحوال الخلع فخرج القول على الغالب والكثير.

والذي يقطع العذر ويوجب العلم قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَّرِيئًا﴾ .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - يرحمه الله - عن موقف الزوج من زوجته التي لا تصلي، يقول - رحمه الله - : ويجب على الزوج أمر زوجته بالصلاة، فإن لم تصل وجب عليه فراقها في الصحيح، وإذا دُعيت إلى الصلاة وامتنعت انفسخ نكاحها في أحد قولي العلماء، ولا يفسخ في الآخر.

وقال بعض أهل العلم - وقياساً على قول ابن تيمية - : يمكن أن يقال: إن الزوج إذا كان مصرّاً على ترك الصلاة، بالرغم من تذكير زوجته له بلزوم قيامه بالصلاة كما فرضها الله، فإن في هذه الحالة يجب على الزوجة أن تطلب من الزوج أن يطلقها، فإن أبى وجب عليها أن تطلب الخلع على مالٍ تبذله له؛ لأنه السبيل إلى قطع الرابطة الزوجية بينهما، إذ لا ينبغي للمرأة المسلمة أن تكون زوجة لتارك الصلاة عمداً، الذي اختلف العلماء في كفره.

إجابة الزوج طلب زوجته المخالعة:

يستحب للزوج أن يجيب طلب زوجته في الخلع، أو يتقدم إليها هو بطلب المخالعة، وذلك عند كراهيته لها؛ لأن هذه الكراهية من قبلها لاسيما إذا كان معها النشوز تجعل الحياة الزوجية غير طيبة، وقد جاء في سنن البيهقي: "أن عمر < قال لرجل: "اخلع زوجتك" لما رأى من كراهيتها له، وكانت قد نشزت منه، فإن كان الزوج يحب زوجته فلا يطلب منه إجابة طلبها على وجه الاستحباب، وإنما يستحب من الزوجة أن تصبر على زوجها، وترضى بالمقام معه، ولا تطلب الخلع، فإن لم ترض بالصبر والمقام معه فلها الحق في طلب المخالعة من زوجها.

ولكن هل للزوج أن يطلب الخلع من زوجته؟ نعم، يجوز له ذلك مطلقاً، بسبب وبدون سبب، عند الشافعية قال الشيرازي - رحمه الله - : وإن لم تكره منه

شيئاً وتراضياً على الخلع من غير سبب جاز، وواضح من هذا الكلام أن إباحة طلب الخلع تشمل طلبه من قبل الزوجة، وطلبه من قبل الزوج، ويقصر غيرهما إباحة طلب الزوج الخلع على وجود سبب يدعو إليه، ولكن يحرم أن يضيق على زوجته بدون وجه حق، من أجل أن يجبرها على الخلع.

أما عن الحكمة من مشروعية الخلع: فإن الخلع لذاته يبغضه الله تعالى كما يبغض الطلاق لذاته، كما أن العقول والأذواق السليمة لتنفر منه، وإنما أجازه الشارع الحكيم منعاً للضرر عند عدم إقامة حدود الله تعالى؛ وبيان ذلك: أن المرأة إذا حصل بينها وبين الرجل شقاق ونزاع أفضى بهما إلى أن يرغب كل منهما في فراق الآخر، أو أن المرأة لم تطق معاشرته الرجل، ورغبت في فراقه، ولم تجد خلاصاً من ذلك إلا بالخلع افتدت نفسها بشيء من المال؛ لتخلص نفسها من عناء الزوجية إذا رضي الرجل بذلك، وحيث إن المرأة استحقت المهر بتسليمها نفسها للرجل؛ فإنه الآن يأخذ منها ذلك المال الذي افتدت نفسها به.

فالشقاق إذا استحکم، والنفور إذا عظم، وخاف الزوجان ألا يراعيا شروط الزوجية فالخلع بالكيفية التي قررها الشارع الحكيم فيه حسم للنزاع، وإقامة للحدود؛ ولذا قال ﷺ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾.

وهنا نتساءل: هل عرفت الجاهلية الخلع؟ الجواب: نعم، عرفت الجاهلية الخلع، ويقال: إن عامر بن الدربي زوج ابنته ابن أخيه عامر بن الحارث، فلما دخلت عليه نفرت منه، فشكا إلى أبيها، فقال: لا أجمع عليك فراق أهلِكَ ومالك، وقد خلعتها منك بما أعطيتها.

إذن: الجاهلية عرفت الخلع قبل الإسلام.

٤. أركان الخلع :

الركن الأول: المخالغ وهو الزوج.

الركن الثاني: المختلعة وهي الزوجة.

الركن الثالث: صيغة الخلع.

الركن الرابع: العوض.

شروط الركن الأول: يشترط في المخالغ أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، فكل من يصح طلاقه يصح خلعه، وعليه فلا يصح الخلع من الصبي، والمجنون، والمكره.

شروط الركن الثاني: أن تكون الزوجة المختلعة زوجة شرعاً - أي: بموجب عقد صحيح شرعاً - فالنكاح الفاسد لا حاجة فيه إلى الخلع؛ لأن المرأة لا تعتبر فيه زوجة شرعية؛ الشرط الثاني: أن تكون بالغة، عاقلة، رشيدة.

ويجوز مخالعة المطلقة طلاقاً رجعيّاً في أثناء عدتها؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع الحل وملك النكاح.

ولا يجوز مخالعة البائن؛ لأنه لا يملك بضعها حتى يزيله، حكى الماوردي في ذلك إجماع الصحابة {.

ولا يجوز للأب أن يخلع ابنته الصغيرة أو المجنونة بشيء من مالها؛ لأنه يسقط بذلك حقها من المهر، والنفقة، والاستمتاع، فإن خالغها بشيء من مالها لم يستحق ذلك، لكن لو خالغ عنها بماله أو بضمائه وقع الخلع، والتزم هو بالمال.

قال ابن قدامة - يرحمه الله - في (المغني): ويحتمل أن يملك الولي ذلك إذا رأى الحظ المصلحة فيه، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه، بتخليصها مما يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها، وذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا

سفهاً، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها، وحفظ نفسها ومالها، كما يجوز بذل مالها في مداواتها، وفكها من الأسر، وهذا مذهب الإمام مالك. والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء، وإن خالعه بشيء من ماله جاز؛ لأنه يجوز من الأجنبي، فمن الولي أولى.

٥. صيغة الخلع:

يرى الفقهاء أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع، أو بلفظ مشتق منه، أو لفظ يؤدي معناه، فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ في معناه، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا. وقبلت؛ كان طلاقاً على مال ولم يكن خلعاً.

ألفاظ الخلع تنقسم إلى قسمين:

الأول: صريح: وله ثلاثة ألفاظ:

أ. خالعتك: لأنه حقيقة فيه.

ب. المفادة: لأن ورد به القرآن الكريم بقوله سبحانه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ج. فسخ نكاحك: لأنه حقيقة فيه، أو فاسخني على ألف، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية.

الثاني: كناية: وهو ما عدا هذه الألفاظ كأبرأت وأبتتكت، فمثل هذا لا يتم به الخلع إلا بالنية، وللشافعي - يرحمه الله - في لفظ الفسخ وجهان، ويصح الخلع منجزاً ومعلقاً.

رابعاً: **العوض**: العوض في الخلع هو ما تلتزم الزوجة ببذله إلى الزوج وينعقد عليه الخلع، وقد اختلف الفقهاء في صحة عقد الخلع بلا عوض على قولين:

القول الأول: لا يصح الخلع بلا عوض، وهو قول للشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، وهو مذهب الزيدية، فإن قال الزوج: "خالعتك" فقالت الزوجة: "قبلت" ولم تذكر العوض، فإن قلنا: "الخلع طلاق" فإن نوى به الطلاق وقع عليه رجعيًا ولا شيء له؛ لأنها لم تلتزم له عوضًا، وإن قلنا: إن الخلع فسخّ ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا يكون هذا شيئًا؛ لأنه لم يذكر المال.

الوجه الثاني: أنه خلعٌ فاسدٌ فيلزمها مهر مثلها؛ لأنه قد وجد اللفظ الصريح في الخلع، والعرف مضطرد بجريان ذلك بعوض.

القول الثاني: يصحّ الحل بدون عوض؛ لأنه قطعٌ للنكاح فصحّ من غير عوض كالطلاق، وهو قول الحنفية والمالكية، ورواية عن الإمام أحمد.

ما يصح الخلع به ومقداره:

يرى الشافعية وغيرهم أن كل ما جاز أن يكون صداقًا جاز أن يكون عوضًا في الخلع؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ فيصح الخلع على الصداق، أو على بعضه، أو على مالٍ آخر، ولا فرق بين الدّين والعين والمنفعة، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحّة الخلع بالمهر المسمّى أو بأقلّ منه أو بأكثر منه؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أن الخلع عقد معوضة فوجب ألا يتقيّد بمقدارٍ معينٍ، فكما أن للمرأة ألا ترضى عند النكاح إلا بالصداق الكثير، فكذلك للزوج ألا يرضى عند المخالعة

إلا بالبذل الكثير، لا سيما وقد أظهرت الزوجة الاستخفاف بالزوج، حيث أظهرت بغضه وكراهته، ويتأكد هذا مما روي: "أن عمر < رفعت إليه امرأة ناشزة أمرها؛ فأخذها عمر وحبسها ليلتين، ثم قال: لها كيف حالك؟ فقالت: ما بتُ أطيب من هاتين الليلتين، فقال عمر: اخلعها ولو بقرطها - والمراد اخلعها حتى بقرطها".

ثانياً: روي عن ابن عمر: "أنه جاءته امرأة قد اختلعت من زوجها بكل شيء وبكل ثوب عليها إلا ضرعها، فلم ينكر عليها ذلك".

ثالثاً: العموم في قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفَدَّتْ بِهِ﴾ هذا العموم يدل على جواز الخلع بما قلّ أو كثر، ولم يوجد نصٌّ يخصص هذا العموم، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز أخذ شيء زائدٍ عما دفعه إليها، واستدلّ على ذلك بما جاء في سنن الدار القطنية في قصة امرأة ثابت أن رسول الله ﷺ قال لها: ((أتردّين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة. فقال لها النبي ﷺ: أما الزيادة فلا ولكن حديقته، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ)) وقد أُجيب عن هذا من قبل الجمهور بأن عبارة ((أما الزيادة فلا)) لم يثبت رفعه.

أقسام الخلع، والخلع في الطهر وفي الحيض

١. أقسام الخلع:

الخلع ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إذا كرهت المرأة خلع الرجل، أو خلقتة، أو دينه، وخافت ألا تؤدّي حقه فبذلت له عوضاً ليطلقها جاز ذلك، وحلّ له أخذه بلا خلافٍ، فهذا القسم مباحٌ.

القسم الثاني: أن تكون الحال مستقيمة بين الزوجين ولا يكره أحدهما الآخر، ففرضاً على الخلع؛ فيصح الخلع ويحل للزوج ما بذلته له، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم، فهذا القسم مباح أيضاً، ويرى الحنابلة أنه صحيح مع الكراهة، وقال ابن قدامة: ويحتمل كلام أحمد تحريمه وبطلانه؛ فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر. وقال النخعي، والزهرري، وعطاء، وداود، وأهل الظاهر: لا يصح الخلع، ولا يحل له ما بذلته. واختاره ابن المنذر.

القسم الثالث: أن يضرب الزوج زوجته، أو يخوفها بالقتل، أو يمنعها نفقتها وكسوتها، من أجل أن تخالعه، فهذا القسم حرام باتفاق الفقهاء، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] فإن خالعه في هذه الحالة وقع الطلاق ولا يملك الزوج ما بذلته له؛ لأنه عوض أكرهت الزوجة على بذله بغير حق، فلم يستحقه، وإنما قضى العلماء بوقوع الطلاق إنقاداً لها من ظلمه وجبروته، وإن كان ذلك بعد الدخول كان الطلاق رجعيًا؛ لأن الرجعة إنما تسقط لأجل ملكه المال، فإذا لم يملك المال كان له الرجعة.

قال ابن قدامة: إن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والكسب ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود.

ثم قال: وقال أبو حنيفة: العقد صحيح والعوض لازم، وهو آثم عاصي، وإن ضربها للتأديب للنشوز فخالعته عقب الضرب؛ صح الخلع، وإن زنت فعضلها لتفتدي نفسها منه جاز وصح الخلع، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾ [النساء: ١٩] وذلك عند الحنابلة، وأحد قولي الشافعي، والقول الآخر له لا يصح؛ لأنه عوض أكرهت عليه، فهو كما أكرها بذلك من غير زنا.

٢. الخلع في الطهر وفي الحيض :

يجوز الخلع في الطهر وفي الحيض ، ولا يتقيد وقوعه بوقتٍ دون وقتٍ ؛ وذلك لما يلي :

أولاً: قول الله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ فلم تفرق الآية بين وقتٍ ووقتٍ ؛ فدل ذلك على صحّة وقوعه في أي وقتٍ يتم فيه .

ثانياً: لم يسأل النبي ﷺ امرأة ثابت هل كانت وقت المخالعة حائضة أو طاهرة ؛ فدل ذلك على عدم الفرق بين وقوعه في الطهر أو في الحيض ؛ إذ لو كان وقوعه في الحيض غير صحيح لسألها النبي ﷺ ويرحم الله الإمام الشافعي حيث قال : ترك الاستفصال في قضايا الأحوال مع قيام الاحتمال يُنزل منزلة العموم في المقال .

ثالثاً: أن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع أصلاً لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ، وذلك أعظم من ضرر طول العدة ؛ فجاز دفع أعلاهما بأدناهما .

رابعاً: أن ضرر تطويل العدة عليها بسبب الخلع لا يؤثر في صحته في وقت الحيض ؛ لأن الخلع حصل بسؤالها ، فيكون ذلك رضاء منها به ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه .

إذن القاضي في الخلع يرى جمهور الفقهاء صحة الخلع من غير قضاء القاضي ؛ لأن الخلع عقد معاوضة ، فلم يفتقر إلى القاضي كالبيع والنكاح ، وهذا هو الرأي الراجح ، وخالف في ذلك الحسن البصري وابن سيرين فقالا : لا يصح الخلع إلا بحكم الحاكم .

٣. الخلع يجعل أمر المرأة بيدها:

يرى جمهور العلماء أن الرجل إذا خالع امرأة فإنها تملك نفسها، ويكون أمرها بيدها، ولا يحق له أن يراجعها؛ لأنها بذلت له المال لكي تتخلص من العيش معه، ولو كان يملك رجعتها لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بذلته له، وحتى لو رد عليها ما أخذه منها وقبلت ليس له أن يراجعها في فترة العدة؛ لأنها قد بانت منه بنفس الخلع، سواء أكان الخلع فسخاً أو طلاقاً. وقال سعيد بن المسيب والزهري: إن أراد أن يراجعها فليردّ عليها ما أخذه منها في العدة، وليشهد على رجعته.

قال ابن القيم - يرحمه الله - : ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه، لطيف المأخذ، تتلقاه قواعد الفقه وأصوله بالقبول، ولإنكاره فيه غير أن العمل على خلافه، فإن المرأة ما دامت في العدة فهي في حبسه، فإذا تراجعها إلى ما كانا عليه بتراضيهما لم تمنع قواعد الشرع ذلك، وهذا بخلاف ما بعد العدة إنها قد صارت منه أجنبية محضّة، فهو خاطب من الخطاب. انتهى كلام ابن القيم، وما قاله ابن القيم كلام طيب ومعقول.

التوكيل في الخلع، وباقي أحكامه

١. التوكيل في الخلع:

يجوز التوكيل في الخلع من جهة الزوجة والزوج؛ لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه؛ حيث إن كل من صحّ خلعه لنفسه جاز توكيله ووكالته، ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلماً وكافراً، حراً وعبداً، رشيداً ومجوراً عليه، ذكراً أو أنثى.

وهناك رأي عند الشافعية بعدم جواز كون الوكيل امرأة من قبل الزوج ؛ لأنها لا تملك إيقاع الطلاق لنفسها فلم تملكه في حق غيرها، لكن المنصوص عليه في المذهب الشافعي صحة ذلك ؛ لأن من صحّ منه عقد المعاوضة صح أن يكون وكيلاً فيه كالبيع ، وإذا نقص الوكيل عمّا عينه له الموكل كأن قال له : "وكلتك على أن تخالعه بعشرة" فخالعها بخمسة ، أو نقص الوكيل عن خلع المثل إن أطلق الموكل ولم يعين له شيئاً لم يلزم الموكل بالخلع ، وإن وكلت المرأة وأطلقت الوكالة فإن الإطلاق يقتضي مهر المثل حالاً من نقد البلد ، فإن خالعه عنها بذلك صحّ ولزمها أداء ذلك ، وإن خالعه بدون مهر مثلها أو بمهر مثلها مؤجلاً صح ؛ لأنه زاده بذلك خيراً ، وإن خالغ بأكثر من مهر مثلها فلا يجب عليها إلا مهر المثل.

٢. خلع المريضة مرض الموت :

الناظر في حكمة مشروعية الخلع يجد أنه شرع لنتقذ به المرأة نفسها من ظلم الزوج وبطشه ، والظاهر أن المريضة مرض الموت لا تطلب الخلع لإنقاذ نفسها من الزوج ، وإنما تطلبه حباً في الزوج لكي يحصل على مبلغ أكبر من الذي سيأخذه بعد موتها.

ولا خلاف بين العلماء في جواز الخلع من المريضة مرض الموت ، فلها أن تخالغ زوجها كالصحيحة ، ولكنهم اختلفوا في القدر الذي يجب أن تُبدله للزوج مخافة أن تكون راغبة في محاباته على حساب الورثة :

فالإمام مالك - يرحمه الله - يرى أن يكون المبلغ الذي تدفعه بقدر ميراثه منها ، فإن زاد عن إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها وينفذ الطلاق ، ولا توارث بينهما لو ماتت قبله في العدة. ويرى الحنابلة كالمالكية أن يكون المبلغ المدفوع قدر

ميراثه منها فما دون، وإن كان بزيادة بطلت الزيادة. ويرى الشافعية أن يكون بقدر مهر المثل أو دونه، وإن زاد عن مهر المثل كانت الزيادة من الثلث وتعتبر تبرعاً.

ويرى الحنفية أن للزوج الأقل من ميراثه منها، ومن بدل الخلع، ومن ثلث تركتها، فلو كان إرثه خمسين جنيهاً، وبدل الخلع ستين، وثلث التركة مائة؛ لكان للزوج خمسون جنيهاً؛ لأنها هي الأقل. وهذا الكلام فيما إذا ماتت في العدة. وإذا ماتت بعد انقضاء العدة كان له البدل؛ بحيث لا يزيد على ثلث التركة؛ لأنه في حكم الوصية، وإذا برئت من مرضها كان له البدل بالغاً ما بلغ.

٣. هل يلحق المختلعة طلاق؟

ولا يلحق المختلعة طلاق، سواء قلنا: إن الخلع طلاقٌ أو فسخ؛ لأن كليهما يجعل الزوجة أجنبية عن زوجها، وإذا صارت أجنبية لا يلحقها طلاق، ويرى الحنفية أن المختلعة يلحقها طلاق؛ ولذلك لا يجوز عندهم أن ينكح مع المبتوتة أختها.

٤. هل الخلع طلاقٌ أو فسخ؟

واختلف العلماء في كون الخلع طلاقٌ أو فسخ على قولين:

القول الأول: الخلع فسخ، وهو قول الإمام أحمد في رواية، وقول ابن عباس، وطاوس، وعكرمة، وإسحاق، وأبي ثور، وقول الشافعية.

القول الثاني: أن الخلع طلاقٌ بائن، فإذا خالع الزوج زوجته وقعت طلاقه بائنة، وهذا قول أكثر العلماء منهم: سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، وشريح،

ومجاهد، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والزهري، ومكحول، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأصحاب الرأي، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

وثمره الخلاف بين هذين القولين أننا إذا قلنا: إن الخلع طلاق وتم الخلع وقعت طلقة بائنة، فإذا كان الرجل طلق زوجته قبل الخلع تطليقتين فإنه بعد الخلع تحرم عليه زوجته إلا إذا تزوجت من غيره، وإن قلنا: إنه فسح لا يحتسب عليه شيء، فمن طلق امرأة تطليقتين، ثم خالعهما، وأراد بعد ذلك أن يتزوجها كان له ذلك وإلا لم تنكح زوجاً غيره؛ لأنه ليس له غير تطليقتين والخلع لا يحتسب شيئاً.

٥. عدة المختلعة:

ذهب جمهور العلماء أن عدة المختلعة ثلاثة أقرأء إن كانت ممن يحضن عملاً بظاهر الآية الكريمة: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وذهب بعض الفقهاء إلى أن عدتها حيضة واحدة؛ لأنه ﷺ أمر امرأة ثابت أن تعتد بحيضة واحدة، والحديث رواه النسائي، وقد اختار هذا القول - الذي هو القول الثاني - عثمان، وابن عباس < واختاره أيضاً شيخ الإسلام ابن تيمية، وقال: إنه مقتضى قواعد الشريعة، حيث إن العدة إنما جعلت ثلاث حيضات ليطول زمن الرجعة؛ فيتروى الزوج، ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، فإذا لم تكن عليها رجعة فالمقصود مجرد براءة الرحم من الحمل، وذلك يكفي فيه حيضة واحدة كالاستبراء.

فإن قيل: إن هذا الكلام يُنتقض بعدة المطلقة ثلاثاً؛ فإنها لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره ومع ذلك لا بد من ثلاثة قُرُوءٍ إن كانت ممن يحضن. فالجواب: أن باب الطلاق جعل حكم العدة فيه واحداً، بائناً كانت المطلقة أو رجعية، وقد

اختار هذا القول ابن القيم مع أنه أثنى على رأي سعيد بن المسيب والزهرري، حين قالاً بجواز أن يراجعها الزوج في أثناء العدة إذا ردّ عليها ما أخذه منها وتراضيا على ذلك، فاخياره القول القائل بأن عدتها حيضة واحدة فيه تضييقٌ على الزوج نظراً لقصر المدة.

٦. آثار الخُلَع:

الأول: وقوع الفرقة بين الزوجين.

الثاني: يجب أن تدفع الزوجة إلى زوجها ما اتفقا عليه من البدل.

الثالث: تملك به المرأة نفسها ولا رجعة له عليها كما يرى جمهور الفقهاء.

الرابع: النفقة المتجمدة للزوجة عند زوجها لا تسقط بالخُلَع عند الجمهور، حيث إن لفظ الخُلَع ليس صريحاً في إسقاط أي حق ثابتٍ لكلٍّ من الزوجين على الآخر، ويرى أبو حنيفة سقوط النفقة المجددة بالخُلَع؛ لأن المقصود من الخُلَع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين، ولا يتأتى ذلك إلا بإسقاط جميع الحقوق، ويرى الجمهور هنا وهذا هو الراجح؛ لأن الخُلَع معاوضة من قبل الزوجة، والمعاوضات لا يتعدى أثرها إلى غير ما تراضه عليه المتعاقدان، ومن ثمّ فلا تسقط النفقة المجددة على رأي الجمهور، وهو الأرجح.

الخامس: لا يسقط بالخُلَع شيءٌ من الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر، والتي لا تتعلق بموضوع الزواج كالقرض، أو الرهن، أو الوديعة.

السادس: لا تسقط نفقة العدة إلا بالنصّ الصريح عليها بأن تدعى عوضاً في الخُلَع.

٧. تنبيهات :

التنبيه الأول: الخُلع قبل الطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، لكنه يختلف عنه فيما يلي :

أ. الفروق بين الخُلع والطلاق الذي ليس على مال :

أولاً: الخُلع يتوقف خضوعه على رضا الزوجين، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده.

ثانياً: في الخُلع تبذل الزوجة لزوجها ما يتفقان عليه من عوض، أما الطلاق فلا تدفع فيه الزوجة شيئاً.

ثالثاً: لا يجوز للزوج المخالغ أن يراجع الزوجة في أثناء العدة عند جمهور العلماء حتى لو أرجع إليها ما دفعته له، أما الطلاق فمن حق الزوج أن يراجعها ما دامت في العدة.

ب. الفروق التي بين الخُلع والطلاق على مال :

هناك أمور يتفقان فيها وأمر يتختلفان فيها :

أولاً: ما يتفقان فيه :

الأول: البذل يلزم ذمة الزوجة فيهما في الخُلع وفي الطلاق على المال.

الثاني: كل واحدٍ من الطلاق على مال والخُلع يُشترط فيه قبول الزوجة ورضاها.

الثالث: متى صح البذل وقعت به الفرقة.

ثانياً: ما يختلفان فيه:

الأول: الخُلع لا تكون صيغته إلا من مادة الخُلع أو ما يقوم مقامه، والطلاق على مال له صيغته كذلك بأن يقول لها: طلقتك على أن تدفعي لي كذا.

الثاني: الخُلع مختلفٌ فيه هل هو طلاقٌ بائنٌ أو فسخٌ، أما الطلاق على مال فلا خلاف في كونه طلاقاً بائناً ينقص به عدد الطلقات.

الثالث: إذا كان العوض في الخُلع مالاً غير متقوم كالخمر والميتة، فلا شيء للزوجة ويقع الطلاق بائناً، وإذا كان العوض في الطلاق على مالٍ غير متقوم يقع الطلاق رجعيّاً.

التنبيه الثاني: الخُلع يكون بتراضي الزوجين، فإذا لم يتم بالتراضي بينهما فللقاضي إلزام الزوج بالخُلع.

التنبيه الثالث: الزوج في مرض موته بمهر المثل أو أكثر أو أقل صح الخُلع ولا اعتراض للورثة عليه إن خالغ بأقل من مهر المثل؛ لأنه لا حق لهم في بضع امرأته، ولهذا لو طلقها بغير عوض لم يكن لهم الاعتراض عليه.

التنبيه الرابع: يصح الخُلع من السفهية، ويسلم بدل الخُلع إلى وليه.

يرى الشافعية عدم صحة الخُلع من السفهية حتى ولو أذن لها الولي؛ لأنه ليس من حقه أن يصرف مالها في مثل ذلك، وعليه فإن اختلعت قبل الدخول وقع طلاقها بائناً، وإن كان بعد الدخول وقع طلاقها رجعيّاً، ويرى شرط المال في الحاليتين.

التنبيه الخامس: إذا اختلف الزوجين في وقوع الخُلع فادعاه الزوج وأنكرته الزوجة، وقعت البيئونة بينهما بإقرار الزوج، ولم يستحق عليها عوضاً؛ لأنها

منكرة وعليها اليمين، وإن ادعت الزوجة وقوع الخلع وأنكره الزوج فالقول قوله بيمينه، ولا يستحق عليها عوضاً؛ لأنه لا يدعيه.

قال الخطيب الشربيني - يرحمه الله - : إذا ادعت الزوجة خُلْعاً فأنكره الزوج ولا بينة صدق بيمينه، إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع، فإن أقامت بذلك بينة فلا بد من رجلين، وإذا ثبت فلا مطالبة له بالمال؛ لأنه ينكره إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحقه.

إن اتفق الزوجان على الخلع واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، فالقول قول المرأة عند أحمد، ومالك، وأبي حنيفة، وفي رواية أخرى للإمام أحمد أن القول قول الزوج؛ لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه، قال الشافعي - يرحمه الله - يتحالفان؛ لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

التنبيه السادس: المخالعة على الإرضاع، يصح الإرضاع عوضاً في الخلع، فلو خالغ زوجته على أن ترضع ولدها وبين مدة الرضاع فإن الخلع يصح، فإذا ماتت المختلعة فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض، وإن مات الولد ففيه قولان:

القول الأول: يسقط الرضاع ولا يقوموا غير الولد مقامه؛ لأنه عقدٌ على إيقاع منفعة في عين معينة، فإذا تلفت العين لم يقيم غيرها مقامها، وفي هذه الحالة يرجع إلى مهر المثل في قول الشافعي الجديد وإلى أجره الرضاع في قوله القديم.

القول الثاني: لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه؛ لأن المنفعة باقية وإن مات المستوفي قام غيره مقامه، فإذا لم يأت بولدٍ آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا يرجع عليها بشيء؛ لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبهه إذا أجرته داراً ليسكنها وسلمتها له فلم يسكنها.

الوجه الثاني: يرجع عليها بمهر المثل في قول الشافعي الجديد وبأجرة الرضاع في قوله القديم.

التنبيه السابع: المخالعة على السكن، لا يجوز أن يكون حق السكنة للمختلعة في عدتها عوضاً في مخالعتها مع زوجها؛ لأن السكنة تجب حقاً لله تعالى، قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] لكن تجوز المخالعة على أجرة المسكن في زمن العدة، بمعنى أن تتحمل هي أجرة السكن في فترة العدة.

التنبيه الثامن: يصح الخلع من الزوجين الكافرين؛ لأنه معاوضة فصح منهما كالبيع، ولأن من صح طلاقه بغير عوض صح أيضاً بعوض.

التنبيه التاسع: إن ارتد الزوجان المسلمان أو أحدهما بعد الدخول ثم تخالعا في حال الردة كان الخلع موقوفاً، فإن اجتمع على الإسلام قبل انقضاء العدة تبين أن الخلع صحيح؛ لأنه بان أن النكاح باقٍ، وإن انقضت عدتها قبل أن يجتمع على الإسلام لم يصح الخلع؛ لأنه بان أن النكاح انفسخ بالردة.

تعريف "الطلاق"، وأدلة مشروعيته

١. تعريف الطلاق:

الطلاق في اللغة: رفع القيد وحل الرباط، وهو مثل الإطلاق في المعنى، حيث إن كلياً منهما يُطلق على رفع القيد مطلقاً سواءً أكان هذا القيد حسيماً أم كان معنوياً، وقد شاع استعمال لفظة التطلق في حل عقدة النكاح، كما شاع استعمال لفظ

الفقه المقارن [١]

الإطلاق في حل غيرها من العقد، تقول: أطلقت الأسير إذا حللت قيده وأرسلته، ويقولون: ناقة طالق يريدون أنها مرسلة بلا قيد.

وفي الاصطلاح: حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.

ب. مشروعية الطلاق:

الطلاق جائز ومشروع، والدليل على مشروعيته من الكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقد ورد فيه ما يدل على مشروعية الطلاق في آيات كثيرة منها قول الله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله عز من قال: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وقوله سبحانه: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَفُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وغير ذلك من الآيات.

وأما السنة: فقد ورد فيها الكثير من الأحاديث التي تدل على مشروعية الطلاق، فقد روي عن ابن عمر قال: ((كانت تحتي المرأة أحبها وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلقها فأبيت، فذكر ذلك للنبي ﷺ: فقال: يا عبد الله بن عمر، طلق زوجتك)) وروي أنه ﷺ حينما طلق السيدة حفصة > قال: ((أتاني جبريل فقال لي: راجع حفصة؛ فإنها صوامة قوامة، وإنها زوجتك في الجنة)).

وأما الإجماع: فإن علماء الأئمة مجموعون على أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته.

٢. الحكمة من مشروعية الطلاق:

نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية يعتبر من محاسنها ومن دلالات واقعيتها وعدم إغفالها مصالح الناس، والشارع الحكيم حين أباح الطلاق أباحه مع الكراهة إلا

إذا كان لمصلحة تعود على الرجل ، أو على المرأة ، أو عليهما معاً ، أو عليهما وعلى الذرية ، لو بحثنا عن الأسباب التي تدعو الناس إلى الطلاق لوجدناها منحصرة في سببين :

السبب الأول: العقم ، فإن الرجل إذا كان عقيماً انقطع عن النسل الذي هو ضمن حكم وفضائل الزواج ، وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة إذا كانت عقيماً فإن بقاءها مع الزوج فيه تجدير لصفاء العيش في الغالب والكثير ، والطلاق إذن فيه فائدة للرجل إذا كانت المرأة عقيماً ، وفيه فائدة للمرأة إذا كان الرجل عقيماً ، إذ من جملة الأغراض الداعية للزواج وجود النسل.

السبب الثاني: وقوع الثفرة بين الزوجين وحصول الخلاف بينهما ، فالشريعة الإسلامية إذا كانت تحض الرجال على أن يبقوا على زوجاتهم وألا يفصموا ما بينهم وبينهن من روابط ، وتذكر لهم أن الطلاق مبغضٌ إلى الله تعالى ، فإنها في الوقت نفسه إذا تغلق الباب في وجوههم إغلاقاً ، ولا تلزمهم أن يبقوا على الزوجات وهم كارهون عاجزون عن عشرة طيبة ، وعن علاج ما يدب بينهم وبين زوجاتهم من سوء ، وهي تحض النساء على أن يسمعن لأزواجهن ، ويحاولن مرضاتهن بما وسعه جهدهن ، وهي في الوقت نفسه لم تجبرهن على الخضوع البغيض ، بل جعلت لإحداهن الحق في طلب الطلاق إذا رأت أنها لا تطيق الصبر على أذى زوجها وكيده لها ، وإذا كانت هناك زوجات مصدراً للشقاق فهناك أزواج لا ينبض قلب الواحد منهم بقطرة من الرحمة والمودة اللتين هما أثار الحياة الزوجية : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١] فإذا ما حج الخلاف والثفرة محل المودة والمحبة انهارت أركان الزوجية ، ولم يبق سوى اللجوء إلى الطلاق ، وبهذا يتضح أمام الباحث المنصف الحكمة من وراء مشروعية الطلاق في

الإسلام، وأنه من محاسنه ومزاياه؛ لأنه راعى واقع النفوس البشرية وطبيعتها وما يعترئها من تغير في كل الأزمان.

وقد جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الرجل ولم يجعله بيد المرأة وهي مثله من طرف في عقد النكاح للأسباب التالية:

السبب الأول: أن المرأة سريعة الغضب، سريعة الانفعال، سريعة التأثر، وطبيعتها تدفعها غالباً إلى الانقياد وراء عاطفتها، أما الرجل فالغالب فيه الأناة والتؤدة والتروي في عواقب الأمور، وقياس ما يكون من المنفعة والضرر بمقياس حكيم.

السبب الثاني: أن القوامة في البيت للرجل وليست للمرأة، ومن لوازم هذه القوامة أن يكون الطلاق بيده لا بيدها.

السبب الثالث: أن الطلاق يحمل الزوج تبعات مالية كالمهر المؤجل، ونفقة العدة، وأجرة الرضاعة والحضانة إن كانت له أطفال من زوجته المطلقة، وهذا يجعل الزوج يحكم عقله لا عاطفته حين الإقدام على الطلاق؛ لهذه الأسباب كلها ولما يُشبهها ويُقاربها جعل الله تعالى الطلاق بيد الرجل، فهو سبحانه لم يجعله بيدي الرجل لكونه أقدر على إيقاعه وإنما لكونه أقدر على عدم إيقاعه، على أن المرأة لها حق في طلب التفريق إن لحقها إضرارٌ وأذى من زوجها ولم يسكها بالمعروف، كما أن لها الحق في أن تشتتر لنفسها حق الطلاق عند عقد الزواج، فإذا وافق الزوج على هذا الشرط قاد النكاح، وصار لها الحق في تطليق نفسها بإرادتها كما أن للزوج حق تطليقها بإرادته.

ويزعم الذين حرموا الطلاق أن في إباحة الطلاق امتهاً للمرأة وإعلاناً لسلطان الرجل عليها بوضع عقدة هذا الرباط في يده أول الأمر وآخره، حيث إنه هو

الذي يوثق هذه العقدة ويحكم رابطها، وهو الذي ينقضها ويحلها متى شاء من غير أن يكون للمرأة في ذلك رأي أو مشيئة، والحق الذي لا مرية فيه أن في إباحة الطلاق تكريماً للمرأة وليس امتهاً لها، ذلك أن في إمساكها مع رجل يسيء عشرتها ولا ينجل من أن يتخذ الأخدان بمراى منها ومسمع، أو يقتتر عليها بالإنفاق، أو يقضي ليله على موائد القمار، أو شرب الخمر، أو نحو ذلك هو أعظم امتهان يمكن أن تمتهن به المرأة التي يؤذيها على وجودها على ذمة هذا الزوج حتى لا تتحول الحياة معه في نظرها إلى جحيم لا يطاق.

وأما القول بأن في إباحة الطلاق إعلاناً لسلطان الرجل، فمعلوم أن الشريعة الإسلامية جعلت السلطان بينهما على السواء، فالرجل قادرٌ على أن يحل هذه العقدة إذا رأى أن في حلها خيراً له، والمرأة مثله قادرةٌ على أن تحلها بواسطة القاضي إن رأت أن حلها خيراً لها، فليس لأحدهما سلطان لم يمنحه الآخر، وبهذا يتضح أن في مشروعية الطلاق تكريماً للمرأة وليس امتهاً لها كما يزعم أعداء الإسلام.

الأصل في الطلاق

اختلف العلماء في الأصل في الطلاق هل هو الحظر أو الإباحة؛ وذلك على قولين:

القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة، وهذا قول بعض الفقهاء، واستدلوا عليه بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فهذه الآية الكريم تدل على إباحة الطلاق؛ لأن نفي

الجناح من أساليب الإباحة كما يقول علماء الأصول، وقد اعترض على هذا الاستدلال من قبل القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر بأن الآية مسوقة ببيان رفع الحرج أو الجناح عن المطلق، إذا طلق قبل الدخول، ولم يكن سمي لزوجته مهراً؛ ولذلك قال القرطبي - يرحمه الله - وهو يفسر هذه الآية، وهو ابتداء إخبار برفع الحرج عن المطلق قبل البناء والجماع فرض مهراً أو لم يفرض.

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ فالأمر هنا يدل على إباحة الطلاق، وقد أوجب عن هذا الاستدلال بأن الآية ليس فيها ما يدل على إباحة الطلاق، وإنما تبين وقت وقوع الطلاق.

الدليل الثالث: ثبت أن النبي ﷺ طلق السيدة حفصة > ثم راجعها، وهذا يدل على أن الطلاق مباح إذ لم يكن مباحاً ما فعله رسول الله ﷺ.

الدليل الرابع: قال ﷺ: ((أبغض الحلال إلى الله الطلاق)) والحديث رواه أبو داود وابن ماجه، فهذا الحديث الشريف يدل على إباحة الطلاق؛ لأنه ﷺ سمّاه حلالاً، وقد أوجب عن هذا؛ بأن المقصود بالحلال في الحديث هو ما ليس تركه بلازم، فيشمل المباح، والواجب، والمندوب، والمكروه، فالحلال بهذا المعنى يشمل المباح الذي يستوي فعله وتركه، كما يشمل المكروه، فالبغض منصبٌ على أحد نوعي الحلال وهو المكروه وهو الطلاق.

قال العراقي: فيه - أي: في الحديث - أن بغض الله للشيء لا يدل على تحريمه؛ لكونه سبحانه وصفه بالحل على إثبات بغضه له، فدل على جواز اجتماع الأمرين بغضه تعالى للشيء وكونه حلالاً وأنه لا تنافي بينهما.

الدليل الخامس: ثبت الطلاق من غير واحدٍ من الصحابة: طلق عمر < زوجته أمّ عاصم، وطلق ابنه عبد الله زوجته، وطلق عبد الرحمن بن عوف

زوجته "تماضر"، وطلق المغيرة بن شعبة زوجاته وكن أربع زوجات، وكان الحسن بن عليّ < يستكثر من النكاح والطلاق. وأجيب عن هذا بأن ما صدر عن بعض الصحابة محمولٌ على وجود الحالة إلى تطليق زوجاتهم، فلا يكون دليلاً على أن الأصل في الطلاق الإباحة.

القول الثاني: الأصل في الطلاق الحظر، وهذا قول كثير من الفقهاء، واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤] فكلمة "سبيل" نكرة في سياق الشرط؛ فتفيد العموم، وهذا يدل على أنه في حالة طاعة الزوجة لا يبغى الزوج عليها سبيلًا، لا ضربًا، ولا شتمًا، ولا طلاقًا، الآية الكريمة تنهي الأزواج عن ضرب الزوجات وشتمهن وطلاقهن ما دمن مطيعات، والنهي يقتضي التحريم، فالضرب والشتم والطلاق بدون موجب حرام؛ وبذلك يكون الطلاق بدون حاجة محظورًا؛ لأن فيه إيذاء للمرأة ولأهلها ولأولادها.

الدليل الثاني: قال ﷺ: ((أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأسٍ فحرامٌ عليها رائحة الجنة)) وهذا يدل على أن الأصل في الطلاق الحظر.

الدليل الثالث: قال رسول الله ﷺ فيما أخرجه الطبراني في الكبير من حديث أبي موسى: ((لا تطلقوا النساء إلا من ريبة، فإن الله لا يحب الدوّاقين ولا الدّوّاقات)) فالحديث صريحٌ في النهي عن الطلاق إلا للريبة، ومن معاني الريبة الحاجة، فالطلاق من غير حاجة منهي عنه، والأصل في النهي أن يكون للتحريم، ولا ينصرف إلى لكرهة إلا بقرينة، والقرينة هنا موجودة، وهي ما ورد في آخر الحديث: ((فإن الله لا يحب الدّوّاقين ولا الدّوّاقات)) إذا عُدِمَ الحكم

معناه الكراهة، فالطلاق من غير حاجة منهي عنه؛ وبذلك يكون الأصل فيه الحظر لا الإباحة.

ونتساءل عن الرأي الراجح: بعد ذكر ما استدللّ به أصحاب القولين السابقين أرى أن القول القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر والمنع هو القول الراجح، ولا يباح إلا للحاجة المعتبرة شرعاً، والمتأمل في قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۖ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ١١٩] المتأمل في هذه الآية الكريمة يجدها تنفّر المسلمين من الطلاق، وفيما قد يحسون به من كراهة لزوجاتهم، وتخبرهم بأن إمساك زوجتهم، وعدم اللجوء إلى طلاقهن مع كراهتهم لهن، يمكن أن يحصل فيه خيرٌ كثيرٌ في الدنيا والآخرة، وقد جاء في الحديث الصحيح الذي أخرجه مسلم: ((لا يفرك مؤمن مؤمنة إن سخط منها خلقاً رضي منها آخر)) ومعنى قوله ﷺ: ((لا يفرك)) - بالكاف - الفرك البغض، يقال: فركه يفركه إذا أبغضه.

ولا يجوز إخضاع الطلاق على إذن القاضي لما يلي:

أولاً: لم يرد في القرآن ولا في السنة ما يدل على تقييد حق الزوج في تطليق زوجته بلزوم حصوله على إذن من القاضي لطلاق زوجته.

ثانياً: هناك إجماع سكوتي على عدم هذا الشرط، فالعلماء في عصر الصحابة ومن بعدهم أجمعوا على أن من حق الزوج أن يطلق زوجته من غير أن يرجع إلى القاضي ويحصل على إذن منهم.

ثالثاً: قد يكون من أسباب الطلاق ودواعيه ما لا يحسن كشفه أمام القاضي، وعليه فمن الخير للمرأة ومن السترة على الناس أن تبقى أسباب الطلاق مستورة غير مكشوفة.

رابعاً: نظام التحكيم بين الزوجين عند حدوث الشقاق بينهما يغني عن الدعوة إلى إخضاع الطلاق إلى إذن القاضي التي ينادي بها البعض، فإن أدى هذا التحكيم إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين، وإزالة أسباب الشقاق بينهما، فقد حصل المطلوب، وإن لم ينجح في ذلك فلا سبيل إلى بقاء الرابطة الزوجية، وبالتالي لا معنى لتوقف الطلاق على إذن من القاضي.

حكم الطلاق

١. حكم الطلاق:

للطلاق أربعة أحكام:

الأول: واجبٌ.

الثاني: طلاقٌ مندوبٌ.

الثالث: طلاقٌ حرامٌ.

الرابع: طلاقٌ مكروه.

فالطلاق يكون واجباً في ثلاث حالات:

الأولى: طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين إذا رأيا أن الطلاق هو الوسيلة الوحيدة لقطع الشقاق، وللحكما التطبيق دون توكيل من الزوجين، وطلاقهما نافذٌ على الزوجين، سواءً أوافق القاضي أم لا، وهذا هو قول مالك، والأوزاعي، وإسحاق، وهو قولٌ للشافعي، وروي هذا القول عن علي، وعثمان، وابن عباس < وقال قومٌ: ليس لهما الطلاق ما لم يوكلهما الزوج

في ذلك وليعرفا الإمام ثم هو يفرق إن أراد، وهو أحد قولي الإمام الشافعي،
وبه قال الحنفية، والحسن، وأبو ثور.

الحالة الثانية: المولي إذا مضت عليه أربعة أشهر، وطالبت المرأة بحقها، فامتنع من
الفيئة والطلاق.

الحالة الثالثة: إذا تعذر على الزوج إمساك زوجته بالمعروف، أو عجز عن العدل
الواجب بين زوجاته.

فهذه هي الأحوال الثلاث التي يكون الطلاق فيها واجب.

ويكون الطلاق مندوباً إذا كانت الزوجة غير عفيفة، أو خافاً أو أحدهما أن لا
يقيم حدود الله، أو كانت زوجة سليقة اللسان، سيئة العشرة، منغصة لصفو
الأسرة، تاركة للواجبات الدينية، ولم تستجب للنصحة، ولو قلنا: إن الطلاق
واجب في حالة عدم عفتها أو تقصيرها في الواجبات الدينية ما بعدنا.

ويكون الطلاق حراماً في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يطلق المدخول بها في أيام حيضها بلا عوضٍ منها، ولا سؤالها.

الحالة الثانية: أن يطلقها في طهرٍ جامعها فيه قبل بيان الحمل.

الحالة الثالثة: إذا كان عنده زوجات يقسم لهن وطلق واحدة قبل أن يوفيهما
قسمها.

ويكون الطلاق مكروهاً إذا كان لغير حاجة، قال رسول الله ﷺ: ((أبغض
الحلال إلى الله الطلاق)) وقد روي عن الإمام أحمد - رحمه الله - أن الطلاق
بدون سببٍ حرام؛ لأن فيه ضرراً يعود على الزوجين، هذا ويرى بعض الفقهاء
أن الطلاق لا يكون مباحاً مستوي الطرفين، ويرى بعضهم أنه يكون مباحاً إذا
كانت هناك حاجة إليه.

٢. منهج الإسلام في معالجة أسباب الطلاق:

شرح الله الطلاق، وبيّن لنا رسول الله ﷺ أنه أبغض الحلال إلى الله، ومن ثمّ لا ينبغي اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى، فهو يشبه الجراحة التي يجريها الطبيب للمريض إذا عجزت العقاقير عن القضاء على المرض؛ لذلك نهج الإسلام نهجاً طيباً في محاولة إنقاذ الحياة الزوجية والمباعدة بينها وبين حدوث الطلاق، ويتمثل هذا المنهج في خطوتين:

الخطوة الأولى: التشكيك في مشاعر الكراهية، فالإنسان قد يكره ما فيه الخير والسعادة لنفسه، وليس من الحكمة أن يسارع الرجل إلى طلاق زوجته بمجرد ظهور شيء من الكراهة تجاه زوجته، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾، وفي الحديث الشريف: ((لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها آخر))، وقال عمر < لمن أراد أن يطلق امرأته لأنه لا يحبها: "ويحك! أولم تبني البيوت إلا على الحب، فأين الرعاية؟ وأين التذمم؟" يعني أن ما عليك من واجب الرعاية لأهل بيتك وتعهد أسرتك بما يصلحها، وأين الترفع والتنزه عن ارتكاب ما ينافي الكرامة الإنسانية؟ لقد عدّ عمر < تفكير الرجل في الطلاق لهذا السبب ضعفاً وهروباً من التبعات التي توجب عليه وظيفته في البيت أن يتحملها في عزّة وشجاعة وصبر وأناة، إن الزوج يجب عليه إذا ما شعر بالنفور من زوجته أن يدرك أن العلاقة الزوجية أكبر من أن تقتضي عليها مشاعر النفور، قد تكون عارضة أو غير صادقة، وحتى لو كانت صادقة، فإن مسؤولية القوامه والرعاية للبيت تقتضي من الرجل أن لا يستجيب لكل ما يشعر به، وأن يقاومه ما استطاع حماية للأسرة من التمزق والضياع.

الخطوة الثانية: الحكمان، وجه الإسلام الزوجين إلى الاستقلال بإصلاح ذات بينهما إذا توقع أحدهما من صاحبه أن يفعل ما لا يرضيه، فإن النية الطيبة مع المعاشرة الحسنة كفيلا بإنهاء الخلاف من غير تدخل أحد من خارج الأسرة، قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] فإن عجز يعني الإصلاح فليصلح بينهما حكمان من أقرب الناس إليهما: أحدهما من أهله، والثاني من أهلها، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥] والحكمان حينما يقومان بهذه المهمة الطيبة يأخذان بكل الوسائل المشروعة مع الصبر وتكرار المحاولة وعدم اليأس؛ حتى يعود الترابط بين الزوجين، فإذا عظم الخلاف وتمكن الشقاق وعجز الحكمان عن الإصلاح؛ فلا بد إذن من اختيار واحدٍ من أمور ثلاثة:

أولها: البقاء مع النفورة فيعيشان معاً والضعينة والبغض والحقد بينهما، وهذه حال لا يمكن اختيارها، وإن اختيرت لا يمكن بقاؤها، وإن بقيت فليست من صالح الأسرة في شيء.

ثانيها: الفراق الجسدي والزوجية قائمة فتصير المرأة كالمعلقة، لا هي زوجة ولا هي مسرحة بالمعروفة.

ثالثها: الطلاق لرفع قيد الزواج، وقد صار غلاً ونقمة وهو في أصله نعمة، ولا شك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك في هذه الحال طريق الطلاق؛ لأنه العلاج الوحيد بعد أن وصلت العلاقة بين الزوجين إلى طريق مسدود.

إن الخطوتين السابقتين في غاية الأهمية لإعادة الحبّ والوئام إلى الأسرة، وللأسف الشديد يجهل هاتين الخطوتين الكثير من الناس الأمر الذي جعل نسبة الطلاق في ارتفاع مستمر.

٣. مرات الطلاق:

كان الرجل في الجاهلية يُطلق ما شاء، ويرجع في العدة ما شاء، دون أن يكون له حدٌ يقف عنده، وقد اتخذ الرجال ذلك وسيلةً إلى مضارّة أزواجهم، وكان هذا في أول الإسلام فترة من الزمن، يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا قرب انتهاء العدة راجعها، وقد ورد أن رجلاً قال لامرأته: "لا أطلقك ولا أويك أبداً" قالت: "وكيف ذلك؟" قال: "أطلقك حتى إذا دنا أجلك راجعتك" فأنت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك فأنزل الله تعالى قوله: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

قال الحافظ ابن كثير - يرحمه الله - : هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام، من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته وإن طلقها مائة مرة ما دامت في العدة، فلما كان هذا فيه ضرراً على الزوجات قصرهم الله ﷻ إلى ثلاث طلاقات، وأباح الرجعة في المرة والثنتين، وأبانها بالكلية في الثالثة؛ وبهذا وضع الإسلام حداً لما كانت تلاقيه المرأة في هذه الناحية من عنتٍ وامتهان.

٤. الحكمة في أن للطلاق حداً لا يتعدى:

المتأمل في فقه الطلاق يجد أن الإسلام لم يترك أمر الطلاق على ما كان عليه في الجاهلية؛ حتى لا تبقى المرأة ألعوبة في يد الرجل، ولم يجعله مرةً واحدةً تنقطع به العلاقة الزوجية إلى غير رجعة؛ لما يترتب على ذلك من بواعث الحسرة

والألم ؛ حيث إنّ الطلاق كثيراً ما يقع من الزوج بناءً على تقديرٍ سيءٍ للواقع وغفلة من عواقبه ، ولكنه جعله ثلاث تطليقات وذلك لاعتبارين :

الاعتبار الأول : عدم استرسال الرجل فيه واعتياده له ؛ لأن النطق به مؤلم موجه للقلب ؛ إذ فيه الفرقة ، وفساد تدير المنزل ، وتعب الذرية إذا كانت هناك ذرية.

الاعتبار الثاني : في تحديد الطلاق ردع للزوج وزجر له إذا وقع منه ؛ لعلم أن الطلقة الثالثة هي التي لا مطمع بعدها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ، ثم يطلقها وتعتد ، وهذا فيه من الألم ما فيه.

والخلاصة : أن تحديد الطلاق بعدد محدود فيه مصلحة للطرفين للرجل والمرأة.

أركان الطلاق، ألفاظه، أنواعه

عناصر الدرس

١٣٣	العنصر الأول : أركان الطلاق
١٣٥	العنصر الثاني : طلاق المكره والمأزول
١٤٣	العنصر الثالث : طلاق المخطئ، والسكران، والغضبان
١٥٨	العنصر الرابع : ألفاظ الطلاق، والطلاق بالإشارة، أو بإرسال رسول، والإشهاد على الطلاق
١٦٥	العنصر الخامس : صيغة الطلاق، الطلاق المعلق
١٧٥	العنصر السادس : أنواع الطلاق

أركان الطلاق

للطلاق خمسة أركان:

الركن الأول: مطلق.

الركن الثاني: زوجة.

الركن الثالث: الصيغة.

الركن الرابع: الولاية.

الركن الخامس: القصد.

١. من يقع عليها الطلاق؟

لا يقع الطلاق على المرأة إلا إذا كانت محلاً له، وإنما تكون محلاً له في الصور التالية:

أولاً: إذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة.

ثانياً: إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى، حيث إن الزوجية قائمة حكماً ما دامت الزوجة مطلقة في العدة.

ثالثاً: إذا كانت المرأة في العدة الحاصلة بالفرقة التي تعتبر طلاقاً، كأن تكون الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته، أو كان بسبب الإيلاء، فإن الفرقة في هاتين الصورتين تعتبر طلاقاً عند الحنفية.

فوائد:

الفائدة الأولى: لا يقع الطلاق على امرأة أجنبية، فلو قال لامرأة في الشارع: أنت طلاق أو طلقتك كان لغواً.

الفائدة الثانية: من طلق زوجته طلقاً رجعيةً وتركها حتى انقضت عدتها، لا يصح له أن يطلقها بعد انتهاء العدة؛ لأنها صارت أجنبية عنه.

الفائدة الثالثة: من طلق زوجته قبل الدخول لا يملك أن يطلق مرة ثانية قبل أن يعقد عليها؛ لأنها بانة منه بينونة صغرى بمجرد طلاقها؛ لأنه لا عدة عليها قبل الدخول.

الفائدة الرابعة: المعتدة من فسخ الزواج بسبب عدم الكفاءة، أو لنقص المهر عن نقص المهر، أو لخيار البلوغ، أو لظهور فساد العقد بسبب فقد شرط من شروط الصحة لا يقع عليها الطلاق؛ لأن العقد يعتبر كأن لم يكن، فلو قال الرجل لامرأته: "أنت طلاق" - وهو في هذه الحالة - اعتبر لغواً لا يترتب عليه أي أثر.

٢. شروط المطلق:

يشترط فيمن يقع طلاقه ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون زوجاً، أو رسولاً منه، أو وكيلاً عنه.

الشرط الثاني: أن يكون بالغاً، فلا يصح طلاق الصبي ولو كان مميزاً؛ لقرب عهده باللغو واللعب، وبعده عن صواب الرأي في الأمور الخطيرة التي لا يكون صواب الأمر فيها إلا بكامل العقل، فطلاق الصبي الذي لم يبلغ لا يقع ولو أذن له وليه، وهناك رأي عند الحنابلة أنه إذا كان ابن عشر سنين وعقل الطلاق صح طلاقه؛ لأنه عاقل فأشبهه البالغ، والحق أن هذا الشرط غير عملي الآن في هذا العصر؛ لانصراف الناس عن تزويج الصغار.

الشرط الثالث: أن يكون عاقلاً، فلا يقع طلاق المجنون؛ لرفع القلم عنه بقوله ﷺ فيما أخرجه أحمد، وأبو داود، والحاكم: ((رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)) ومثل المجنون المعتوه والمغمى عليه؛ وذلك لأن العقل أداة التفكير، وهو منتف عن هؤلاء.

الشرط الرابع: أن يكون مختاراً، فلا يقع طلاق المكره عند جمهور الفقهاء، وهو الأصح - كما سيأتي.

فهذه هي شروط المطلق الأربعة.

وهنا ثلاث فوائد:

الفائدة الأولى: لا يملك أحد طلاق امرأة المجنون والصغير ولو كان ولياً عليهما، وللقاضي أن يفرق بينهم وبينها في الأحوال التي يصح له فيها ذلك.

الفائدة الثانية: إذا علق البالغ العاقل طلاق امرأته على شيء، ثم جنّ ووقع المعلق عليه وهو مجنون؛ فإن الطلاق يقع؛ لأن العبرة في أهلية المطلق بوقت إيقاع الطلاق لا بوقت وقوعه.

الفائدة الثالثة: لا يقع طلاق النائم، ولا يؤاخذ بما يجري على لسانه؛ لأنه لا يعي ما يقول، ولا يتلفظ به مختاراً لفقده الإرادة.

طلاق المكره والهازل

١. طلاق المكره:

أ. تعريف "المكره":

"المكره" بفتح الراء هو: من يحملة المكره - بالكسر - على فعلٍ أو قولٍ مهدداً إياه، بحيث يضطره إلى أداء ما يطلبه منه من غير رضاه مع فساد اختياره.

وقد اختلف الفقهاء في الكلام عن وسائل الإكراه؛ وذلك بسبب اختلاف حال المكره بين وليٍّ وفقير، وبين أن يكون من ذوي المروءات والجاه، وبين أن يكون من الأراذل والسوقة، وبين أن يملك القدرة على الاحتمال أو عدمه إلى غير ذلك، حيث إن ما يكون إكراه وإساءة في حق شخصٍ قد لا يكون كذلك في حق شخصٍ آخر.

ب. شروط الإكراه:

يُشترط لتحقيق الإكراه شروط أربعة:

الشرط الأول: أن يكون التهديد من قادرٍ على تنفيذ ما هدد به.

الشرط الثاني: أن يكون ما هدد به فيه ضررٌ كبيرٌ كالقتل، والضرب الشديد... وغير ذلك، على حسب مكانة المكره - بفتح الراء - في المجتمع.

الشرط الثالث: أن يغلب على الظن وقوع ما هدد به إذا امتنع من الإتيان بالمكره عليه.

الشرط الرابع: أن يكون المكره - بفتح الراء - عاجزاً عن دفع المكره - بكسر الراء - بالهرب، أو الاستغاثة، أو المقاومة.

ج. موقف العلماء من طلاق المكره:

اختلف العلماء في طلاق المكره على قولين:

القول الأول: طلاق المكره لا يقع، وهذا قول جمهور الفقهاء، وهو مذهب الشافعية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، وروي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عمر، وابن عباس، وابن الزبير < واستدل هؤلاء بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قال ﷺ فيما أخرجه ابن ماجه: ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) فهذا الحديث الشريف يدل على أن حكم فعل المكروه موضوعاً عنه، فلا يؤاخذ به، ومن ثم فلا يقع طلاقه.

الدليل الثاني: قال رسول الله ﷺ فيما رواه أبو داود: ((لا طلاق ولا عتاق في إغلاقٍ أو في غلاقٍ)) قال أبو داود: الغلاق أظنه الغضب، وفسره أبو عبيد وغيره بأنه الإكراه، وفسره غيرهما بالجنون.

قال ابن القيم - رحمه الله - في (زاد المعاد): قال شيوخنا - ويعني بذلك: ابن تيمية - : وحقيقة الإغلاق أن يُغلق على الرجل قلبه، فلا يقصد الكلام أو لا يعلم به كأنه انغلق عليه قصده وإرادته، قلت: قال أبو عباس المبرد: الغلق ضيق الصدر وقلة الصبر بحيث لا يجد مخلصاً، قال شيخنا: ويدخل في ذلك طلاق المكروه، والمجنون، ومن زال عقله بسكرٍ أو غضبٍ، وكل من لا قصد له ولا معرفة له بما قال، فالحديث واضحٌ في عدم وقوع طلاق المكروه.

الدليل الثالث: روي عن الصحابة - رضوان الله عليهم - ما يدل على عدم وقوع طلاق المكروه، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: روي عن ابن عباس < أنه قال: "طلاق السكران والمستكره غير جائز".

ثانياً: روي عن عمر < قال: "ليس الرجل بأمين على نفسه إذا أخفته، أو ضربته، أو أوثقتة".

ثالثاً: عن عبد الملك بن قدامة الجمحي قال: حدثني أبي أن رجلاً تدل بجبلٍ لِيُشتار عسلاً؛ فأتته امرأته فقالت: لأقطعن الحبل أو لتطلقني، فناشدها الله تعالى فأبت فطلقها، فلما ظهر أتى عمر بن الخطاب < فذكر ذلك له، فقال له عمر: "ارجع إلى امرأتك فإن هذا ليس بطلاق".

رابعاً: عن ثابت الأعرج قال: سألت ابن عمر وابن الزبير عن طلاق المكره فقالا جميعاً: "ليس بشيء".

خامساً: المكره غير راضٍ بما تلفظ به، واختياره أهون الشرين كان بمؤثرٍ خارجي، فلا يكون صحيحاً؛ ولهذا لا يعد كافرًا إذا تلفظ بكلمة الكفر ما دام القلب مطمئنًا بالإيمان.

سادساً: المكره لا يقع طلاقه كما لا يصح إسلامه بجماعي عدم الاختيار في كلِّ.

القول الثاني: يقع طلاق المكره، وهذا هو قول أبي حنيفة وأبي قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري، واستدل هؤلاء بالأدلة التالية:

الدليل الأول: المكره بالغ عاقل، وقد تلفظ بالطلاق عالماً بما يقول مؤثرًا له على ما هدد به، وهذا علامة الاختيار، ومن ثمَّ فإنه يقع طلاقاً، ويجاب عن هذا: بأن المكره على الكفر آثار النطق به على ما هدد به، ومع ذلك لا يخرج عن الإسلام ما دام قلبه مطمئنًا بالإيمان فكذلك المكره على الطلاق.

الدليل الثاني: روي عن صفوان بن عمران الأصم عن رجلٍ من أصحاب رسول الله ﷺ أن رجلاً جلس امرأته على صدره وجعلت السكين على حلقه، وقالت له: طلقني أو لأذبحنك؛ فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: "لا قيلولة في الطلاق" والحديث رواه سعيد بن منصور في سننه، وسنده ضعيف وواهن، والقيلولة بمعنى الرفع والفسخ، وقد نفى الحديث رفعه أو فسخ الطلاق الواقع عن إكراه؛ فدل ذلك على أن الطلاق المكره يقع، وقد أجيب عن هذا الحديث: بأنه في غاية السقوط؛ لأن الغاز بن جبلة قال عنه البخاري: حديثه منكر في طلاق المكره، وصفوان بن عمران قال عنه أبو حاتم: ليس بالقوي، قال البخاري: حديثه منكر لا يتابع عليه، وقال ابن حزم: منكر

الحديث، وما دام الحديث بهذا السند الضعيف فلا يحتاج به على عدم الطلاق المكروه.

الدليل الثالث: عن ابن عباس < قال: قال رسول الله ﷺ: ((كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله)) وهذا يدل على صحة طلاق المكروه، وأجيب عن هذا الحديث: بأنه من رواية عطاء بن عجلان وضعفه مشهور وقد رُمي بالكذب، قال ابن حزم: وهذا الخبر شر من الأول.

الدليل الرابع: رُوي أن امرأة استلت سيفاً فوضعت على بطن زوجها، وقالت: والله لأنفذتك أو لتطلقني فطلقها ثلاثاً؛ فرفع ذلك إلى عمر < فأمضى طلاقها، وأجيب عن هذا بما يلي: المعافري الذي روى الحديث عن عمر لا يعلم معاصرته لعمر < وفي سند الحديث فرج بن فضالة، وفيه ضعف، والصحيح عن عمر < عدم صحة طلاق المكروه - كما تقدم - .

وروي عن علي قال: "كل الطلاق جائز إلا الطلاق المعتوه" وأجيب عن هذا: بأنه يعارض بما روي عنه من أنه كان لا يجيز طلاق المكروه، فعن الحسن أن علي بن أبي طالب < كان لا يجيز طلاق المكروه، فإن صح عنه الأثر المذكور فإنه يكون من باب العام المخصوص بما رواه الحسن عنهم.

الترجيح:

يظهر لنا بوضوح قوة رأي الجمهور القائل بعدم صحة طلاق المكروه لقوة أدلتهم، ولأننا لو قلنا وقوع الطلاق المكروه لحققنا مقصد المكروه - بكسر الراء - وفي ذلك إغاثة له على ظلمه واعتدائه، فندخل بذلك في نطاق التعاون المحرم الذي نهى الله عنه قائلاً: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

٢. طلاق الهازل:

أ. تعريف "الهازل":

"الهازل": هو الذي يقصد التلفظ بلفظ الطلاق ويتلفظ به فعلاً ولكنه لا يريد حكم هذا اللفظ، أو هو الذي يقصد اللفظ دون معناه، أو هو الذي يتكلم فاهماً لما يتكلم به غير أنه لا يقصد حقيقته لهواً ولا لعباً، ولكن ما حكم من ينطق بلفظ الطلاق، أو ما يقوم مقامه بإرادته واختياره ولكنه لا يريد موجبه، وهو وقوع الطلاق هل يقع طلاقه أو لا يقع؟

ب. موقف العلماء من طلاق الهازل:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: طلاق الهازل يقع، وهذا قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية في أحد قوليهما والشافعية والحنابلة، يقول الإمام الكاساني - من فقهاء الحنفية - : وكذا كونه جاداً ليس بشرط فيقع الطلاق الهازل بالطلاق واللاعب به، كما يقول خليل - من فقهاء المالكية - : ولزم ولو هزل - أي: لزم الطلاق ولو كان هازلاً - وقال شرف الدين المقرئ من فقهاء الشافعية: ويقع طلاق الهازل، فلو قالت على طريق الدلال: طلقني، فقال على سبيل الهزل: طلقتك؛ طُلِّقَتْ؛ لأنه صدر منه عن اختيار ولا أثر لظنه عدم وقوعه بالهزل. ويقول ابن قدامة - من فقهاء الحنابلة - : إن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصدٍ ولا خلاف في ذلك، وسواء قصد المزح أو الجد.

قال ابن المنذر: أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء، روي هذا عن عمر بن الخطاب، وابن مسعود < ونحوه عن عطاء، وبه قال الشافعي، وأبو عبيد، وهو قول الثوري وأهل العراق.

وقال الإمام الخطابي في كتابه (معالم السنن): اتفق عامة أهل العلم على أن صريح لفظ الطلاق إذا جرى على لسان البالغ العاقل فإنه مؤاخذ به، ولا ينفعه أن يقول: كنت لاعباً أو هازلاً، أو لم أنو به طلاقاً... أو ما أشبه ذلك من الأمور.

الأدلة: استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قال رسول الله ﷺ: ((ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة)) والحديث رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، والدارقطني، وصححه الحاكم، وفي رواية لأبي هريرة ذكرها ابن عدي من وجهٍ ضعيف: ((النكاح، والطلاق، والعتاق)) فهذا الحديث الشريف جعل التلفظ بالطلاق، سواءً أكان عن طريق الجدّ أو الهزل، جعله واقعاً، ولقد اعترض على هذا الحديث بأن في إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أدرك وهو مختلف فيه، فقد قال النسائي: إنه منكر الحديث، وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن ابن حبيب وإن قال فيه النسائي ذلك إلا أنه وثقه غيره، فهو على هذا حسنٌ كما ذكر ابن حجر - يرحمه الله - في (تلخيص الحبير).

والحديث روي بعدة طرق يقوي بعضها بعض، وعلماء الحديث يقولون: إن الحديث يُحكم له بأصح أسانيده قد صححه الحاكم، ولو سلمنا بضعفها جميعاً فيقوي بعضها بعضاً وترتقي إلى الحسن لغيره.

الدليل الثاني: المكلف أتى بسبب الطلاق وهو التلفظ به، والشارع الحكيم رتب الحكم على السبب، حيث إن السبب يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه

العدم، فمتى فعل المكلف السبب عالماً أنه سبب شرعي لمسببه رتب الشارع عليه حكمه، وليس الهزل عذراً تتخلف به الأحكام وعليه فطلاق الهازل يقع؛ لأنه لا يملك أن يمنع ما رتب الشارع على الأسباب والأحكام.

الدليل الثالث: الهازل يكفر لو نطق بكلمة الكفر هازلاً، قال تعالى: ﴿وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَءَايَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ﴿٦٥﴾ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴿﴾ [التوبة: ٦٥، ٦٦].

فكذلك يقع طلاق من تلفظ بلفظ الطلاق هازلاً.

الدليل الرابع: لو أُطلق للناس القول بأن طلاق الهازل لا يقع لتعطلت الأحكام الشرعية، حيث يستطيع كل مطلق أن يقول: كنت في قوله هازلاً، فيكون في ذلك إبطال أحكام الله تعالى، وذلك غير جائز، وعلى هذا فمن تكلم بالنكاح أو الطلاق أو الرجعة لزمه ما تكلم به ولا يُقبل منه القول بأنه كان هازلاً تأكيداً لأمر الفروج وصيانة واحتياطاً لها.

القول الثاني: لا يقع طلاق الهازل، وهو قول الصادق والباقر والناصر وجماعة من أئمة فقهاء الشيعة، واستدل هؤلاء على عدم وقوع طلاق الهازل بدليلين:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٧] ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أنها تدل على اعتبار العزم والهازل لا عزم منه وعليه فلا يقع طلاقه، وأجيب عن هذا: بأنه لا تعارض بين الآية وبين قوله ﷺ: ((ثلاث جدهن جد))؛ لأن العزم يُعتبر ويُشترط في طلاق الكناية لا في الطلاق الصريح، وقال الشوكاني: والاستدلال بالآية على تلك الدعوة غير صحيح من أصله، فلا يحتاج إلى الجمع فإنها نزلت في حق المولي.

الدليل الثاني: الهازل لم يقصد إيقاع الطلاق، والقصد شرط صحة لوقوعه. والجواب: أن الرجل ما دام قد نطق بلفظ الطلاق الصحيح وهو مكلفٌ وقع طلاقه سواءً أكان عن طريق الجد أو الهزل.

هذا، والراجع في نظرنا - والله أعلم - هو قول الجمهور للأدلة التي استدلوا بها، وحفاظاً على أحكام الشرع من العبث واللعب، فمسائل النكاح والطلاق فيها حل وحرمة، وتتعلق بالفروج وصيانتها أمر واجب، ومن لوازم صيانتها منع جعلها موضوعاً للهزل واللعب، فإن محل الهزل المباح واسعٌ، ولكن ليس من مجاله أمور النكاح والطلاق والرجعة.

طلاق المخطئ، والسكران، وانفسيان

١. طلاق المخطئ ومن في حكمه:

أ. تعريف "المخطئ":

من هو المخطئ؟

هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فذل لسانه ونطق بالطلاق من غير قصدٍ أصلاً، بأن أراد أن يقول: "طاهر" فقال: "طالق"، أو "أنت طالبة" فأخطأ وقال: "أنت طالق".

ب. موقف العلماء من طلاق المخطئ:

ولقد اختلف العلماء في حكمه على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء بأن طلاق المخطئ لا يقع، واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] فظاهر الآية يفيد رفع الجناح بالنسبة للمخطئ، أما المتعمد فيؤاخذ بما نطق به.

الدليل الثاني: قول الرسول ﷺ فيما رواه ابن ماجه والحاكم: ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) فالحديث يفهم منه أن من نطق بكلمة الطلاق خطأ لا يقع طلاقه.

الدليل الثالث: إن الأصل المشهود له بالصحة اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ، وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لمعانها وموجباتها - أي: أحكامها - فلا بد من إرادتين: إرادة التكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبه ومقتضاها.

القول الثاني: طلاق المخطئ يقع قضاءً لا ديانةً، بمعنى: أن القاضي إذا رفع إليه النزاع في هذا الطلاق حكم بالطلاق؛ إذ لا اعتبار بادعائه الخطأ إلا إذا قامت القرينة القاطعة على ذلك، أما ديانة فيما بينه وبين الله فلا يقع طلاقه وزوجته حلال ما دام عليم من نفسه أنه أخطأ حقيقة ولم يقصد الطلاق، وهو قول الحنفية، واستدلوا على الوقوع بأن نطق الرجل العاقل بلفظ يدل على الطلاق دليل على أنه أراد النطق بهذا اللفظ، وأنه أراد معناه وهو الطلاق فلا اعتبار لادعائه بالخطأ؛ لأنه أمر باطني وقد يتخذ وسيلة إلى إحلال ما حرم الله بأن يطلق ويدعي الخطأ فيه، هذا والراجح هو عدم وقوع طلاق المخطئ وهو القول الأول الذي ذهب إليه الجمهور.

الفرق بين الهازل والمخطئ:

الهازل: قصد لفظ الطلاق فاستحق العقوبة والزجر.

المخطئ: فلا قصد له أصلاً؛ حيث إنه نطق بلفظ الطلاق خطأ، فلم يستحق عقوبة وزجراً حتى يُحكم بوقوع طلاقه.

ج. طلاق المدهوش:

المدهوش: هو الذي لا يدري ما يقول بسبب صدمة أصابته، فأذهبت عقله وأطاحت بتفكيره، فهذا لا يقع طلاقه كما لا يقع طلاق المجنون، والمعتوه، والمغمي عليه، ومن اختل عقله لكبر، أو مرض، أو مصيبة فاجأته.

د. طلاق الملقن:

لو لقن رجلٌ أعجمي كلمة الطلاق ليقولها لزوجته وهو لا يعلم معناها فقالها؛ لا يقع طلاقه؛ لعدم قصده إيقاع الطلاق؛ لأنه لا يعلم معنى الكلمة، ولا يقصد طلاق زوجته.

قال أصحاب الإمام أحمد - رحمه الله - : لو قال أعجمي لامرأته: "أنت طالق" وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق؛ لأنه ليس مختاراً للطلاق.

وقال ابن قدامة - يرحمه الله - : وإن قال الأعجمي لامرأته: "أنت طالق" ولا يعلم معناه؛ لم تطلق؛ لأنه لم يختار الطلاق لعدم علمه بمعناه، وهكذا العربي إذا نطق بلفظ الطلاق بالعجمية غير عالم بمعناه.

وقال النووي - يرحمه الله - : ولو لفظ أعجمي به بالطلاق بالعربية ولم يعرف معناه لم يقع، وقيل: إن نوى معناه - أي: العربية عند أهلها - وقع؛ لأنه قصد لفظ الطلاق لمعناه.

هـ. تلفظ النائم بالطلاق :

إن تلفظ النائم بلفظ الطلاق لا يقع طلاقه باتفاق أهل العلم ؛ حيث إنه لم يقصد اللفظ ولا حكمه ، وفي الحديث الشريف : ((رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق)).

و. التلفظ بالطلاق للتعليم ونحوه :

إذا تلفظ الرجل بلفظ الطلاق على سبيل التعليم للغير أو للحكاية عن غيره ، لا يقع طلاقه ؛ لأنه لم يقصد الطلاق لزوجته ، وإنما قصد التعليم والحكاية.

٢. طلاق السكران :

اتفق العلماء على أن الشخص إذا سكر دون إرادة منه كأن شرب شيئاً على اعتقاد أنه غير مسكر فسكر منه ، أو أكره على تناول شراب مسكر ؛ فإن طلاقه لا يقع ؛ لأنه في حكم المغمى عليه والمجنون ، ولكنهم اختلفوا في الشخص الذي يسكر بإرادته عامداً متعمداً عالماً بالتحريم هل يقع طلاقه أو لا ؟

على قولين :

القول الأول : طلاق السكران يقع ، وهذا قول جمهور الفقهاء من : الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، والزيدية ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين... وغيرهم ، كما روي عن علي ، وابن عباس ، وابن عمر < واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : أن السكران هو الذي تسبب في ذهاب عقله بتناوله المسكر عمداً ، فوجب أن يتحمل وزر سكره ؛ وعليه فيقع طلاقه.

الدليل الثاني: أن اختياره تناول المسكر عمداً يقوم مقام إرادته لفظ الطلاق عقوبة وزجر له.

الدليل الثالث: أن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحديث بالقذف؛ بدليل ما روي أن خالدًا قال: "إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة، فقال عليّ حين سئل: إذا سكر هذبي وإذا هذبي افتري وحد المفتري ثمانين جلدة، فقال عمر لرسول خالد: أبلغ صاحبك ما قال عليّ"، فجعلوه كالصاحي عقوبة له.

الدليل الرابع: أن الطلاق من السكران طلاق من شخص مكلف غير مكره صادف ملكه، فينبغي أن يقع كطلاق الصاحي، ويدل على تكليفه أنه يقتل إذا قتل، ويقطع في السرقة إذا سرق وعليه فهو كالمجنون.

القول الثاني: لا يقع طلاق السكران، وهو قول زُفر، والطحاوي - من علماء الحنفية - وأحمد في رواية عنه، وقول للشافعي، ورواية عن الإمام مالك، وهو قول المزني من فقهاء الشافعية، كما أنه اختيار ابن تيمية، وابن القيم، وابن حزم، وقال ابن المنذر: وهذا ثابتٌ عن عثمان بن عفان < ولا نعلم أحدًا من الصحابة خالفه.

أدلة هذا الرأي:

الدليل الأول: واستدل أصحاب هذا الرأي بقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فجعل الله تعالى قول السكران غير معتبر؛ لأنه لا يعلم ما يقول.

الدليل الثاني: عن قصة حمزة لما عقر بعيري علي بن أبي طالب فجاء النبي ﷺ فوقف عليه يلومه فصعد فيه النظر وصوبه وهو سكران، ثم قال: "هل أنتم إلا

عبيد أبي"، فرجع النبي ﷺ فهذا القول لو قاله غير سكران لكان ردةً وكفرًا، ولم يؤخذ بذلك حمزة فدل على أن طلاقه أيضًا لا يقع ولا يؤخذ به.

الدليل الثالث: أن السكران كالمجنون بجامع أن كليهما فاقد العقل الذي هو مناط التكليف، فهما لا يقصدان فيما يقدمان عليه من قولٍ أو فعلٍ والطلاق من غير قصدٍ لا يقع.

الدليل الرابع: أن الشارع الحكيم قدر للسكران عقوبة هي جلد أربعين أو ثمانين جلدة، وبناءً عليه فيجب الاقتصار عليها، ولا نحكم بصحة طلاقه؛ لأننا بذلك نكون قد زدنا في العقوبة وأوقعنا هذه الزيادة على من لا يرتكب جريمة أو يقترب ذنبًا وهي الزوجة والأولاد، والمبدأ العام في الشريعة الإسلامية: ﴿أَلَا نُنَزِّلُ الْوَاوَزَةَ﴾ [النجم: ٣٨].

الدليل الخامس: مَنْ سكر بطريقٍ غير محذور لا يؤخذ بطلاقه لزوال عقله بالسكر، فكذا يجب أن يكون الحكم بالنسبة لمن زال عقله بتناول المسكر عن طريق المحذور؛ لأن معصيته لا تنفي زوال عقله، ومعاملته على هذا الأساس كمن كسرت ساقه فإنه يصلي قاعدًا، ومن كسر ساقه يصلي قاعدًا أيضًا مع أن الأول لم يعتد على نفسه، بينما الثاني اعتدى على نفسه، ومن ضرب رأسه فأصابه الجنون فإنه يعامل معاملة من أصابه الجنون دون تسبب بفعلٍ منه مع أن الأول اعتدى على نفسه دون الثاني.

الترجيح:

وبعد عرض أدلة أصحاب القولين يتضح لنا قوة أدلة القائلين بعدم وقوع طلاق السكران، ولا فرق في ذلك بين من سكر بطريقٍ محذورٍ أو غير محذورٍ؛ لأن علة

عدم المؤاخذة من سكرٍ بطريقٍ محظورٍ هي زوال عقله ، وهذه العلة موجودة فيمن سكر بطريقٍ غير محظورٍ ؛ فيجب مساواة الاثنين في الحكم ، والقول بأنه يؤاخذ بجنايته فيقتل إذا قتل ويُقطع إذا سرق ، فهذا محل نزاع بين الفقهاء ، فقد قال عثمان البتيّ: لا يلزمه إلا حد الخمر فقط ، والذين قالوا بعقوبته إذا ارتكب ما يوجبها احتجوا بأن عدم معاقبته على أفعاله ذريعة إلى تعطيل القصاص ، إذ يستطيع كل من أراد قتل شخص أو أراد أن يزني أو يسرق أن يسكر ويفعل ذلك ، وهذا ذريعةٌ للفساد فلا تجوز ، ولكن إلغاء أقوال السكران لا يتضمن مفسدة ؛ لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه بخلاف جرائمه ، فإنه لا يمكن إلغاؤها بعد وقوعها .

٣. طلاق الغضبان :

الغضبان الذي لا يتصور ما يقول ، ولا يشعر بما يصدر عنه ، ولا يتذكر ما نطق به بعد زوال غضبه لا يقع طلاقه ؛ لأنه مسلوب الإرادة ، وفي الحديث الشريف الذي أخرجه الإمام أحمد في المسند ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والحاكم : ((لا طلاق ، ولا عتاق ، في إغلاق)) قال الإمام أحمد - يرحمه الله - مفسراً كلمة "الإغلاق" : الإغلاق الغضب . وقال أبو داود في سننه : أظنه الغضب . وقال ابن تيمية : وحقيقة الإغلاق أن يغلق على الرجل قلبه فلا يقصد الكلام ، أو لا يعلم به كأنه انغلق عليه قصده وإرادته .

ويدخل في ذلك طلاق المكره المجنون ، ومن زال عقله بسكر أو غضب ، وكل من لا قصد له ولا معرفة له بما قال ، وقد ذكر ابن القيم - يرحمه الله - أن الغضب ثلاثة أقسام :

الأول: ما يُزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال ، وهذا لا يقع طلاقه باتفاق الفقهاء.

الثاني: ما يكون في مبادئه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ولا من قصده ، فهذا يقع طلاقه.

الثالث: أن يُستحكم الغضب ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ، ولكنه يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال الغضب ، فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه.

٤. طلاق السفية :

السفيه : هو من يضيع الأموال في غير موضعها ، ويُطلق عليه الجاهل والأحمق ، فالسفيه ليس ناقص العقل ، والحجر عليه لا يُعتبر طعنًا في أهليته ، وإنما هو من أجل المحافظة على ماله ؛ لذلك قال جمهور الفقهاء : إنه يتحمل مسؤولية كل ما يصدر عنه من تصرفاتٍ ماليّة ، وإذا طلق زوجته فإن طلاقه يقع ؛ حيث إن الرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق.

وقال الشيعة الإمامية : يتوقف طلاق السفية على إذن الولي ؛ لأنه تصرفٌ ضار ضرراً محضاً.

والراجح هو رأي الجمهور ؛ لأنه مكلفٌ مالكٌ لمحل الطلاق فيقع طلاقه كالرشيد ، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه.

٥. طلاق غير المسلم :

اختلف العلماء في طلاق غير المسلم على قولين :

القول الأول: يقع طلاق غير المسلم كالمسلم، وهذا هو قول جمهور الفقهاء؛ لأنه عند غير الحنفية مكلف بفروع الشريعة.

القول الثاني: لا يصح الطلاق من الكافر ويُشترط الإسلام لنفاذ طلاق المطلق، وهذا قول المالكية والظاهرية.

قال ابن حزم - يرحمه الله - : ولا يلزم المشرك طلاقه، وأما نكاحه، وبيعه، وابتياعه، وهبته، وصدقته، وعتقه، ومؤجرته؛ فجائز كل ذلك. برهان ذلك قولُ النبي ﷺ: **((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌ))** وقول الله ﷻ: **﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾** [الطلاق: ٤١].

فصحّ بهذين النصين أن كلَّ مَنْ عمل بخلاف ما أمر الله ﷻ أو رسوله ﷺ فهو باطلٌ لا يُعتدُّ به، ولا شك أن الكافر مأمور بقول: "لا إله إلا الله محمد رسول الله" ملزم ذلك متوعد على تركه بالخلود في النار، فكل كلامٍ قاله وترك الشهادة المذكورة فقد وضع ذلك الكلام بغير موضعه فهو غير معتد.

فإن قيل: فمن أين أجزتم سائر عقوده التي ذكرتم؟

قلنا: أما النكاح فلأن رسول الله ﷺ أجاز نكاح أهل الشرك وأبقاهم بعد إسلامهم عليه، وأما بيعه وابتياعه؛ فلأن رسول الله ﷺ كان يعامل تجار الكفار، ومات ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي في أصواع من شعير، وأما مؤجرته؛ فلأن رسول الله ﷺ استأجر عبد الله بن أريقط وهو كافر ليرشده إلى الطريق الموصل إلى المدينة، وعامل يهود خيبر على عمل أرضها وشجرها بنصف ما يخرج من ذلك، وأما هبته وصدقته وعتقه فلقول حكيم بن حزام: "يا رسول الله، أشياء كنت أتحنث بها في الجاهلية من عتاقة وصلة ورحم وصدقة، فقال له رسول الله ﷺ: **((أسلمت على ما أسلفت من خير))**". فسمى ﷺ كل ذلك خيراً، وأخبر أنه معتد به.

فبقي الطلاق لم يأت في إمضائه نصّ فثبت على أصله المتقدم، وقد روي أن رجلاً طلق امرأته طلقتين في الجاهلية وطلقة في الإسلام فسأل عمر؛ فقال له عمر: "لا أمرك ولا أنهاك. فقال له عبد الرحمن بن عوف: لكنني أمرك ليس طلاقك في الشرك بشيء". قال ابن حزم: وبهذا كان يفتي قتادة، وضح عن الحسن وربيعه، وهو قول مالك وأبي سليمان وأصحابها، فإن قيل: قد روي عن عمرو بن دينار أنه قال: لو طلق رجالٌ نساء في الجاهلية ثم جاء الإسلام فما رجعنا إلى أزواجهن.

فالجواب: أنه لا حجة فيه لوجوه:

الأول: أنه مرسل، وأين عمرو بن دينار من الجاهلية؟!

الثاني: أنه ليس فيه أن رسول الله ﷺ منع ذلك.

الثالث: أنا لم نمنع نحن من أن يكون قومٌ رأوا أن ذلك نافذ ولا حجة في ذلك، إلا أن يعلمه ﷺ فيقره.

٦. طلاق المريض مرض الموت:

طلاق المريض مرض الموت يطلق عليه أيضاً طلاق الفارّ أو الفرار؛ لفراره من إرث زوجته، وإنما يكون المرض مرض موتٍ إذا تحققت ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن يكون المرض قد أعجز من نزل به عن القيام بواجباته كعجز التاجر عن الإتيان إلى محل تجارته، وعجز العالم عن الإتيان إلى المسجد.

الأمر الثاني: أن يكون من الأمراض التي يغلب على من نزلت به أن يموت منها.

الأمر الثالث: أن يتصل به الموت فعلاً، فلو اختل واحدٌ من هذه الأمور الثلاثة - بأن يكون من نزل به قادراً مع المرض على مباشرة أعماله والقيام بواجباته،

أو يكون الغالب على مَنْ نزل به المرض أن يَسَلَّمَ منه أو يموت ، ولكن هذا بعينه قد برئ منه ولم يمِت - لم يُعتبر المرض مرض موت ، ويكون التصرف الذي تصرفه المريض في أثنائه كتصرف الأصحاء تماماً بتمام ؛ لذلك قال العلماء : إن مرض الموت هو الذي يحدث بسببه موت صاحبه غالباً .

٧. الصحيح الذي يكون حكمه حكم المريض مرض الموت :

يُلحق بالمريض مرض الموت كل إنسان صحيح سليم صار في حالة يغلب هلاكه فيها ويتصل بها موته فعلاً ، ومن أمثلة ذلك ما يلي :

أولاً : إذا حكمت محكمة على رجل بالإعدام وقُدِمَ لتنفيذ هذا الحكم فيه ، فإنه في وقت تقديمه لتنفيذ حكم الإعدام فيه يعتبر كالمريض مرض الموت ؛ لأنه صار إذا حالة يغلب فيه موته ، فلو تصرف تصرفاً ما في ذلك الوقت ، ثم نُفِذَ فيه حكم الإعدام فعلاً اعتُبر تصرفه كتصرف المريض في مرض موته .

ثانياً : إذا ركب رجل سفينة وصار بها في البحر ، ثم هاجت الرياح ، فاضطربت أمرها وتعذرت النجاة ، ففي وقت هذا الهياج يُعتبر راكب السفينة كالمريض مرض الموت ، بحيث لو تصرف تصرفاً ما ، ثم غرق فعلاً اعتُبر تصرفه كتصرف المريض مرض الموت .

ثالثاً : لو وقف رجلٌ في صفوف المحاربين ، ثم دَعَا بعض أعدائه إلى مبارزته ، وخرج من الصف ، ثم شرع في المبارزة ، فهو في وقت المبارزة في حكم المريض مرض الموت ، فلو تصرف تصرفاً ما في هذا الوقت ، ثم قتله عدوه فعلاً اعتُبر تصرفه كتصرف المريض مرض الموت .

٨. حكم طلاق المريض مرض الموت أو من في حكمه:

الحق أنه لم يثبت في الكتاب أو السنة حكمٌ خاصٌ لطلاق المريض مرض الموت أو لمن في حكمه، والذي عليه كل العلماء أن طلاقه يقع؛ لأنه إنسانٌ مكلفٌ كامل العقل يعي ما يقول، والخلاف بينهم إنما هو في الميراث، وقد اتفقوا على ما يلي:

أولاً: إذا طلق المريض مرض الموت أو من في حكمه زوجته طلاقاً رجعية، ثم مات في أثناء العدة؛ ورثته مطلقته كما ترثه فيها في طلاقها في حال الصحة؛ وذلك لأن المرأة في حال عدتها من طلاق رجعي زوجته يلحقها طلاق الزوج وظاهره وإيلاؤه، ومن حقه أن يراجعها ولو بغير رضاها.

ثانياً: إذ طلق الزوج المريض مرض الموت زوجته ثم مات في أثناء العدة لا يرث منها.

هذان الأمران محل اتفاق بين العلماء، ومحل الخلاف إنما هو في إرث مطلقه طلاقاً بائناً إذا مات الزوج في أثناء العدة، والمتأمل في كلام الفقهاء يجدهم يختلفوا على قولين:

الأول: لا ميراث لها، وهذا هو مذهب الشافعي في الجديد، وقد استدل على عدم إرثها بانقطاع الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه.

الثاني: لها الميراث وذلك سداً للذرائع، وهو قول جمهور العلماء الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية، وقالوا: إنه ثبت أن سيدنا عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر طلاقاً مكماً للثلاث في مرض موته الذي مات فيه؛ فحكم عثمان بن عفان < بميراثها منه، وقال: "ما اتهمته - أي: لم أتهمه - بالفرار من حقها في الميراث ولكن أردت السنة؛ ولهذا ورد أن ابن عوف <

قال: "ما طلقها ضراراً ولا فراراً" يعني: أنه لم ينكر ميراثها منه، كذلك حدث أن عثمان - رضي الله تعالى عنه وأرضاه - طلق امرأته أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزاري وهو محاصر في داره، فلما قُتل جاءت إلى سيدنا علي < وأخبرته بذلك؛ فقضى لها بالميراث منه، وقال: "تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقتها"، غير أن هؤلاء القائلين بميراثها اختلفوا فيما بينهم على أقوالٍ ثلاث:

القول الأول: ترث من زوجها إن مات وهي في العدة فقط، فإن مات بعد انقضائها لا ترث منه، فهي تعامل معاملة الزوجة الرجعية، وذلك لأن المريض مرض الموت حين يقدم على تطليق زوجته في هذه الحالة يُعتبر قاصداً حرمانها من الميراث، وعليه فيعامل بنقيض مقصوده قياساً على من قتل مورثه، وهذا هو قول الحنفية غير أنهم اشترطوا لاعتبار الزوج فاراً ترثه منه زوجته الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن تكون المرأة أهلاً للميراث حين الطلاق، وتستمر كذلك إلى وفاة المطلق، فلو كانت المرأة حين الطلاق غير أهلٍ للميراث بأن كانت كتابية وهو مسلم لا ترث منه؛ لأنه لا يكون فاراً حيث إنه لا تورث بينهم لاختلاف الدين، وكذلك لو كانت مسلمة حين الطلاق ثم ارتدت قبل الوفاة.

الشرط الثاني: أن يموت الزوج قبل انقضاء عدتها منه، فلو مات بعد انقضاء العدة لا ترثه لانعدام سبب الميراث وهو الزوجية.

الشرط الثالث: أن يكون الزوج مختاراً في طلاقه، فلو طلقها وهو مُكره وقع الطلاق عند الحنفية ولا يُعتبر فاراً، فإن مات بعد ذلك لم ترثه وإن كانت في العدة.

الشرط الرابع: أن يكون هذا الطلاق قد حصل منه بغير رغبة الزوجة، فإن طلبت الزوجة وأجابها إلى طلبها وقع الطلاق ولا ميراث لها إن ماتت وهي في العدة.

الشرط الخامس: أن لا يكون هذا الطلاق على مالٍ، فإن كان على مالٍ لا تراث.
الشرط السادس: أن يكون الطلاق بائناً، فلو كان الطلاق رجعيًا لا يُعتبر فارًا وترثه مطلقته - كما تقدم.

القول الثاني: لها الميراث مطلقًا سواءً أمات وهي في العدة أم مات بعدها، بشرط أن لا تكون قد تزوجت بغيره، وهذا هو قول الإمام أحمد وابن أبي ليلى والإمامية، وتلخص وجهة نظرهم فيما يلي:
أولاً: العمل بسد الذرائع.

ثانيًا: المرأة لا تكون زوجة لرجلين في وقتٍ واحدٍ والتوارث من حكم النكاح وأثره، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر.

ثالثًا: المرأة فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الزوج الأول لها حيث تزوجت من آخر، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها.

القول الثالث: لها الميراث مطلقًا سواءً أكانت في العدة أم لم تكن، وسواءً تزوجت أم لم تتزوج، وهذا القول منسوبٌ إلى الإمامين مالك والليث - رحمهم الله - والقول به فيه توسعة في العمل بسد الذرائع.

الراجع:

بعد الانتهاء من ذكر أقوال الفقهاء يتضح لنا قوة القول القائل بعدم الإرث، ألا وهو قول الشافعية؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ

أَزَوَّجُكُمْ ﴿النساء: ١٢﴾ فلا توارثَ بين الزوجين إلا حيث تكون الزوجية، ولا زوجية بعد الطلاق البائن؛ لأنه يقطع الزوجية، وإذا انتفى السبب انتفى المسبب. وهنا يجدر بنا أن نستعرض بعض الفوائد:

الفائدة الأولى: لو طلق المدخول بها طليقة رجعية، ثم مَرَضَ مَرَضَ الموت في عِدَّتِهَا، ومات بعد انقضاء العِدَّة؛ لم ترثه باتفاق الفقهاء؛ لأنه طلاقٌ في حال الصحة.

الفائدة الثانية: إن طلقها ثلاثاً في مرضه، فارتدت، ثم أسلمت، ثم مات في عِدَّتِهَا؛ ففي إرثها وجهان:

الوجه الأول: ترثه - وهو قول مالك - لأنها مطلقة في المرض، ولا ينظر إلى رِدَّتِهَا؛ لأنها عادت إلى الإسلام.

الوجه الثاني: لا ترثه - وهو قول أبي حنيفة والشافعية - لأنها فعلت ما ينافي النكاح، ولو كان هو المرتد، ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي: لا ترثه.

الفائدة الثالثة: إذا طلق المسلم المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً، ثم أسلمت الزميمة ومات في عِدَّتِهَا لم ترثه؛ لأنه لم يكن عند الطلاق فاراً.

الفائدة الرابعة: إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه في مرضه ذلك، ورثته ولا يرثها إن ماتت، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه، فإن طأعته على ذلك لم ترث؛ لأنها مشاركة فيما يفسخ به نكاحها فأشبهه ما لو خالعتة، ولا يرى الشافعي - رحمه الله - فسخ النكاح بالوطء الحرام.

الفائدة الخامسة: إذا طلق المريض مرض الموت امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عِدَّة المطلق، ورثناه جميعاً، هذا قول أبي حنيفة ومَن وافقه، وقال الشافعي في قول له: لا ترثه المبتوتة المطلق في مرض الموت والميراث كله للزوجة الثانية، قال مالك: الميراث كله للمطلقة؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح.

الفائدة السادسة: إذا حدثت الفرقة من جهة الزوجة وهي مريضة مرض الموت، فإنها تُعدُّ فارة من ميراث زوجها، فتعامل بنقيض مقصودها، ويرثها الزوج إذا ماتت وهي في العِدَّة، ولا ترث هي منه إذا ماتت ولو كانت في العِدَّة، فلو ارتكبت مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ارتدت وهي مريضة مرض الموت وماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه، وبهذا قال الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وقال الشافعي: لا يرثها.

ألفاظ الطلاق، والطلاق بالإشارة، أو بإرسال رسول، والإشهاد على الطلاق

١. ألفاظ الطلاق:

يقع الطلاق بكل ما يدل على حل عقد عقدة النكاح من لفظٍ، أو كتابةٍ، أو إشارةٍ، أو إرسال رسول.

وقد ذكر الفقهاء نوعين لألفاظ الطلاق:

النوع الأول: صريح، وهو كل لفظٍ لا يُستعمل في العُرف إلا في حل عقدة الزواج، سواءً أكان هذا اللفظ عربياً أم غير عربيٍّ، وذلك بأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق ومطلقة.

ويرى الإمام الشافعي - يرحمه الله - ومن نهج نهجه أن ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاثة:

أولاً: طلاق.

ثانياً: فراق.

ثالثاً: سراح.

ويرى بعض الفقهاء: أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وحده؛ لأن دلالتها باللفظ على حل عُقدة النكاح دلالة وضعية بالشرع؛ فصار أصلاً في هذا الباب بخلاف لفظي الفراق والسراح، فإنهما إذا استعملتا في الطلاق كان مجازاً؛ لأنهما مترددان بين بقائهما على دلالتهما اللغوية وبين أن يراد بهما معنى الطلاق.

حكم الطلاق الصريح:

الطلاق الصريح يقع به الطلاق من غير احتياج إلى نية، فمتى تلفظ الزوج باللفظ الصريح قصدًا وأضافه إلى المرأة، ولم تصرفه قرينة عن معناه؛ فإنه يقع، ولا يُسأل عن نيته، فلو قال الناطق بلفظ الصريح: لم أرد الطلاق ولم أقصده وإنما أردت معنى آخر. لا يصدق قضاءً، ويقع طلاقه.

النوع الثاني: كناية، وهو كل لفظٍ يشمل الطلاق وغيره كقول الزوج لزوجته: الحقي بأهلك، لا أريد أن أرى وجهك، أمرك بيدك، اذهبي إلى بيت أبيك.

حكم الطلاق بالكناية:

يرى المالكية والشافعية أن ألفاظ الكناية لا يقع بها طلاقٌ إلا بالنية، فلو قال الناطق بالكناية: لم أنو الطلاق بل نويت معنىً آخر يُصدق قضاءً، ولا يقع طلاقه؛ لاحتمال اللفظ معنى الطلاق وغيره، والذي يعين المراد هو النية.

والذي يدل على أن النية هي المرجع في ألفاظ الكناية ما يلي:

روي عن عائشة > : أن ابنة الجوني لما أدخلت على رسول الله ﷺ ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: ((عوذت بعظيم، الحقي بأهلك)) والحديث

رواه البخاري، وفي الصحيحين... وغيرهما في حديث تخلف كعب بن مالك لما قيل له: "رسول الله ﷺ يأمرك أن تعتزل امرأتك، فقال: أطلقها أم ماذا أفعل؟ قال: بل اعتزلها فلا تقربنها، فقال لامرأته: ألحقي بأهلك" فأفاد الحديثان الصحيحان أن كلمة: ((ألحقي بأهلك)) تكون طلاقاً مع القصد والنية، ولا تكون طلاقاً مع غير ذلك، وقد أخذ القانون بهذا.

ويرى الحنفية والحنابلة بأنه يقع الطلاق بلفظ الكناية إذا دلت قرينة على أن الزوج يريد به الطلاق، فإن لم تكن قرينة كانت العبرة بالبينة، ويرى الشيعة والظاهرية أنه لا يقع بالكناية شيء نوى الزوج بها الطلاق أم لم ينوه، وهو رأي ضعيف؛ لأن فيه إلغاءً للكلام من غير حجة، وأرى بأن الراجح وما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن النية هي المرجع في كنايات الطلاق.

فوائد:

الفائدة الأولى: لو صدر اللفظ الصريح ممن لم يقصد التلفظ به كالنائم لا يقع به شيء.

الفائدة الثانية: لو قال بحضرة امرأته: "أنت طالق" حاكياً طلاق غيره، أو مقررراً بعض مسائل الطلاق العلمية، أو قارئاً لها من كتاب؛ لم يقع بذلك شيء؛ لقيام قرينة تصرف عن إرادة الطلاق. ومن هذا ما روي أن امرأة قالت لزوجها: سَمِّنِي. فقال لها: أنت طيبة، فقالت: ما قلت شيء؟ فقال: هات ما أسميك به؟ فقالت: سَمِّنِي خَلِيَّةً طَالِقًا. فقال: أنت خَلِيَّةٌ طَالِقًا. فجاءت إلى عمر < فقالت: إن زوجي طلقني، وجاء زوجها فقصَّ القصَّة، فأوجع عمر رأسها، وقال لزوجها: "خذها بيدها وأوجع رأسها".

الفائدة الثالثة: لو تزوج مطلقاً غيره وقال لها: "يا طالق" أو "يا مطلقة" ثم ادعى أنه أراد أنها طالق من زوجها الأول؛ فإنه يُصدّق في ذلك ديانةً وقضاءً؛ لقيام القرينة الصارفة عن إرادته للطلاق.

الفائدة الرابع: إذا طلق الرجل امرأته بقلبه ولم يتكلم به لسانه لا يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء. وقال الزهري: إذا طلق زوجته في نفسه ولم يتكلم به لزمه الطلاق، وهو رواية أشهب عن مالك، ووجه هذا الكلام ابن العربي؛ لأن من اعتقد الكفر بقلبه كفر، ومن أصرّ على المعصية أثم، وكذلك من قذف مسلماً بقلبه، وكل من ذلك من أعمال القلب دون اللسان.

والراجع هو ما ذهب إليه الجمهور لقوله ﷺ: ((إن الله تجاوز لأمتي عمّا لم تتكلم به أو تعمل به، وبما حدّثت بها أنفسها)) والحديث صحيحٌ أخرجه الستة، وقد أجمعوا على أنه لو عزم على الظهار لم يلزمه حتى يتلفظ به وهو بمعنى الطلاق، وكذلك لو حدّث نفسه بالقذف لم يكن قاذفًا، ولو حدّث نفسه في الصلاة لم يكن عليه إعادة، وقد حرم الله تعالى الكلام في الصلاة، فلو كان حديث النفس بمعنى الكلام لكانت صلاته باطلة.

الفائدة الخامسة: إذا قال الزوج لزوجته: "أنت عليّ حرام" ونوى به الطلاق فإنه يقع؛ لأن هذا اللفظ من ألفاظ الكنايات.

وقد ذكر العلامة ابن القيم - يرحمه الله - خمسة عشرة قولاً في قول الرجل لزوجته: "أنت عليّ حرام" والراجع الذي ينبغي أن يُفتى به هو سؤال الزوج عن نيّته، فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فهو يمين، وفي (صحيح مسلم): ((إذا حرّم الرجل امرأته فهي يمينٌ يكفّرها)) وأخرج النسائي عن ابن عباس < أنه أتاه رجلٌ فقال: إني جعلت امرأتي عليّ حرام، فقال: كذبت ليست عليك

بحرام، ثم تلا هذه الآية الكريمة: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴿٢﴾﴾ [التحرير: ١، ٢٢] عليك أغلظ الكفارة عتق رقبة.

٢. الطلاق بالكتابة :

يقوم مقام التلفظ بكلمة الطلاق الكتابة المستبينة وهي الثابتة الواضحة التي يمكن قراءتها في صحيفة ونحوها، فلو كانت حركة في الهواء أو رقماً على الماء لم يقع بها طلاق، فالكتابة يقع بها الطلاق عند جمهور العلماء حتى ولو كان الكاتب قادراً على النطق، فكما أن للزوج أن يطلق زوجته باللفظ له أن يطلقها بالكتابة، وقد اشترط الجمهور لصحة الطلاق بالكتابة أن تكون مستبينة مرسومة، ومعنى كونها مستبينة أي: بينة ثابتة واضحة بحيث تقرأ، ومعنى كونها مرسومة أي: مكتوبة بعنوان الزوجة بأن يكتب إليها يا فلانة أنت طالق.

أنواع الكتابة المستبينة :

الكتابة المستبينة نوعان:

الأول: كتابة مرسومة، وهي الموجهة إلى المرأة أي: التي يكتب عليها عنوانها وترسل إليها، وحكم هذا النوع هو حكم اللفظ الصريح ما دام المكتوب فيها صريحاً.

الثاني: كتابة غير مرسومة، وهي التي لم توجه إلى المرأة، وحكم هذا النوع هو حكم الطلاق بالكناية حتى ولو كان المكتوب صريحاً، إذ يحتمل أن يكون المراد من كتابته تجربة القلم أو تحسين الخط، وعليه فلا يقع الطلاق بالكتابة غير

المرسومة إلا بالنية، وذلك مثل: أن يكتب على ورقة وهو يشرح للطلاب مثلاً أنت طالق أو زوجتي طالق، ويرى بعض الفقهاء أن الطلاق بالكتابة يصح من الغالب أو الحاضر العاجز عن الكلام، أما الحاضر الغير عاجز عن الكلام فلا يصح طلاقه بالكتابة، ومنع ابن حزم وقوع الطلاق بالكتابة سواءً أكان الزوج حاضراً أم غائباً.

٣. الطلاق بالإشارة:

الإشارة للأخرس أداة تفهيم؛ لذا تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق إذا أشار إشارة تدل على قصده في إنهاء العلاقة الزوجية، فالإشارة باليد أو الرأس مثلاً من الأخرس تقوم مقام التلفظ بلفظ الطلاق، وحكمها حينئذٍ: حكم الطلاق الصريح، ولا كناية له، واشترط بعض الفقهاء - من الحنفية وغيرهم - ألا يكون الأخرس عارفاً بالكتابة ولا قادراً عليها، فإن كان عارفاً بالكتابة وقادراً عليها فلا تكفي الإشارة؛ لأن الكتابة أدل على المقصود، فلا يعدل عنها إلى الإشارة إلا لضرورة العجز عنها.

٤. بإرسال رسول:

يصح الطلاق عن طريق إرسال رسول من قبل الزوج إلى زوجته الغائبة، فيذهب الرسول إليها، ويبلغها الرسالة على نحو المكلف به، فيقول لها الرسول مثلاً: زوجك يقول لك: أنت طالق، وحكم هذه الرسالة حكم الطلاق الصريح؛ لأن الرسول ينقل كلام الزوج الذي أرسله، فهو قائم مقامه، ويمضي طلاقه.

٥. الإشهاد على الطلاق:

اختلف العلماء في حكم الإشهاد على الطلاق على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد، وأن الأمر في قول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] للندب، وذلك لما يلي:

أولاً: لم يرد عن النبي ﷺ ما يدل على وجوب الإشهاد على الطلاق، ولو كان شرطاً لصحة الطلاق لنقل ذلك عنه - صلى الله عليه وسلم - .

ثانياً: الطلاق من حقوق الرجل، ولا يحتاج إلى بينة كي يباشر حقه.

القول الثاني: يرى فقهاء الشيعة الإمامية: أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق؛ حيث إن الأمر في قول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ للوجوب، وقد روي عن جعفر الصادق - رحمه الله - أنه قال: من طلق بغير شهود فليس بشيء. وقال سيد المرتضى في كتاب (الانتصار): حجة الإمامية في القول بأن شهادة عدلين شرط في وقوع الطلاق، ومتى فقد لم يقع الطلاق، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ فأمر تعالى بالإشهاد، وظاهر الأمر في عرف الشرع يقتضي الوجوب، حمل ما ظاهره الوجوب على الاستحباب خروج عن عرف الشرع بلا دليل.

والراجع: هو رأي الجمهور؛ لعدم ورود ما يدل على الوجوب عن النبي ﷺ.

إذن: يقع طلاق أشهد عليه أم لم يشهد.

صيغة الطلاق، الطلاق المعلق

١. صيغة الطلاق:

المراد بالصيغة: ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتب الآثار المقصودة منه، وينقسم الطلاق - بحسب صيغته - إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: صيغة منجزة:

وهي التي ليست معلقة على شرط، ولا مضافة إلى زمن مستقبل، بل قصد بها من أصدرها وقوع الطلاق في الحال، كأن يقول الزوج لزوجته: أنت طالق، وهذا هو الأصل في الطلاق.

وحكم الطلاق المنجز أنه يقع في الحال، متى كان الزوج أهلاً لإيقاعه، والمرأة محلاً لوقوعه.

القسم الثاني: صيغة معلقة:

والمراد بالمعلق هو ما جعل الزوج فيه أصول الطلاق معلقاً على شرط، كقول الزوج لزوجته: إن سافرت بغير إذني فأنت طالق.

شروط صحة التعليق:

يشترط في صحة التعليق ووقوع الطلاق به شروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون على أمر معدوم، ويمكن أن يوجد، مثل: إن خرجت من البيت بغير إذني فأنت طالق، فإن كان التعليق على أمر موجود فعلاً حين

صدور الصيغة مثل أن يقول لها: إن طلع النهار فأنت طالق، والواقع أن النهار قد طلع فعلاً كان ذلك تنجيماً، وإن جاء في صورة التعليق وعليه فيقع الطلاق في الحال، وإن كان التعليق على أمر مستحيل كان لهواً، ولا يقع به شيء عند الحنفية، كقوله: إن دخل الجمل سم الخياط فأنت طالق، ووافقهم بقية المذاهب في التعليق بمستحيل عادة، ومثله التعليق على مشيئة الله تعالى؛ لتعذر الوقوف عليها وهذا عند الحنفية، ووافقهم المالكية، والشافعية، والظاهرية في التعليق بمشيئة الله إن قصد التعليق.

وقال الحنابلة: يقع الطلاق؛ لأن ما لا يمكن الاطلاع عليه يكون منجزاً ويقع في الحال ويسقط حكم التعليق.

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة حين صدور الصيغة محلاً للطلاق، وذلك بأن تكون في عصمة الزوج.

الشرط الثالث: أن تكون الزوجة حين حصول المعلق عليه محلاً للطلاق.

أقسام التعليق:

الأول: تعليق يقصد به ما يقصد من القسم؛ للحمل على الفعل أو الترك، أو تأكيد الخبر، ويسمى التعليق "القسمي" مثل أن يقول الزوج لزوجته: إن خرجت من البيت فأنت طالق، وهو يريد بذلك منعها من الخروج، ولا يريد إيقاع الطلاق.

الثاني: تعليق يقصد منه إيقاع الطلاق عند حصول الشرط، ويسمى "التعليق الشرطي" مثل أن يقول الزوج لزوجته: إن أبرأتيني من مؤخر الصداق فأنت طالق.

حكم الطلاق المعلق :

اختلف الفقهاء في الطلاق المعلق على ثلاثة أقوال :

القول الأول: الطلاق المعلق يقع عند وجود المعلق عليه ، سواء أكان هذا التعليق قسماً أم شرطياً ، وهذا قول الأئمة الأربعة ، وعامة أهل العلم ، قال تقي الدين السبكي - رحمه الله - : وقد أجمعت الأمة على وقوع الطلاق المعلق كوقوع المنجز ، فإن الطلاق مما يقبل التعليق ، لم يظهر الخلاف في ذلك إلا عن طوائف من الروافض ، ولما حدث مذهب الظاهرية المخالفين لإجماع الأمة المنكرين للقياس ، خالفوا في ذلك ، فلم يقرروا الطلاق المعلق ، ولكن قد سبقهم إجماع الأمة ، فلم يكن قولهم معتبراً ؛ لأنه مخالف للإجماع ، لم يعتبر قولُهُ ، وقد سبق إجماع الأمة على وقوع الطلاق المعلق قبل حدوث الظاهرية .

واستدل الأئمة الأربعة ومن وافقهم على وقوع الطلاق المعلق بقسميه : القَسْمِي والشرطي بالأدلة الآتية :

الدليل الأول: إطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق ، كقول الله تعالى : ﴿ **الطَّلَقُ مَرَّتَانٍ** ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فهي لم تفرق بين طلاق المنجز وطلاق المعلق ، والمطلق حجة مادام لم يكن دليل صحيح على تقييده .

الدليل الثاني: قول الله تعالى : ﴿ **يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ [المائدة: ١] فالعقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات ، والتعليق التزام من قبل الزوج بوقوع الطلاق عند تحقق المعلق عليه .

الدليل الثالث: قول الرسول ﷺ فيما أخرجه البخاري : ((المسلمون عند شروطهم)) والزوج علق الطلاق على شرط وعليه فيقع الطلاق عند وجود الشرط .

الدليل الرابع: قياس تعليق الطلاق القسَمي على تعليق الطلاق على مال، والثاني صحيح باتفاق الجميع.

الدليل الخامس: فتاوى الصحابة والتابعين على وقوع الطلاق المعلق بنوعيه، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: أخرج البخاري في صحيحه، عن نافع تعليقا على جهة الجزم قال: طلق رجل امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر: "إن خرجت فقد بتت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء" فهذا تعليق على وجه اليمين؛ لأنه أراد بها منعها من الخروج، وطلقها إن حصل الخروج، فلم يقل ابن عمر < أنه يمين تكفي فيها الكفارة، وأنه لا طلاقَ عليه في خروجها، بل أفتى بوقوع الطلاق على الحالف إن وقع المعلق عليه، وهو الخروج، وأنه لا شيء عليه إن لم تخرج.

ثانياً: أخرج البيهقي في سننه بسند صحيح عن عبد الله بن مسعود < في رجل قال لامرأته: إن فعلت كذا وكذا فهي طالق، ففعلته، فقال: هي واحدة وهو أحق بها، فأفتى < بالوقوع، ولم يقل إنها يمين تكفر.

ثالثاً: أسند ابن عبد البر لأم المؤمنين عائشة > أنها قالت: "كل يمين وإن عظمت ففيها الكفارة إلا العتق والطلاق" فهذا حكم منها بنفوذ الطلاق والعتق عند وقوع المعلق عليه، ولم تعتبر الحلف بالطلاق يمين تكفر.

قال بعض العلماء: وقد ذكر هذا الأثر أحمد بن تيمية فأسقط منه إلا العتق والطلاق؛ ليوهم المطلعين على تصانيفه أن عائشة > على رأيه في أن الحلف بالطلاق المعلق ليس فيه إلا الكفارة، وحاشاها أن تخرج على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وإنما حُكي الأثر بدون الاستثناء بعض اللغويين، كما ذكره أبو الوليد الباجي في (المنتقى) قال الباجي: ولا نعلم هذا الأثر يصح عن

عائشة > بدون استثناء العتق والطلاق، فالذي صح عنها مسنداً هو أن الكفارة في اليمين بالله تعالى لا في اليمين بالطلاق أو العتق، كما أسنده ابن عبد البر في (الاستذكار) و(التمهيد).

رابعاً: صح عن أبي ذر < أن امرأته ألحَّت عليه في السؤال عن شيء، فقال: "إن عدتِ سألتني فأنت طالق" فقد وقع الطلاق على وجه اليمين من هذا الصحابي الجليل، وهو يرى بلا شك أنها لو خالفت وسألته لوقع الطلاق عليها.

٢. الطلاق المعلق:

القول الثاني: الطلاق المعلق بنوعيه لا يقع، وهذا قول ابن حزم، والشيعية، ومن نهج نهجهم، واستدلوا على عدم وقوعه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن الله ﷻ قد علمنا الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها، ولم يأت في القرآن والسنة ما يدل على وقوع الطلاق المعلق، فالقائل بوقوع الطلاق المعلق يتعدى حدود الله، والله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١] وأجيب عن هذا من قبل الجمهور بأن الله ﷻ أعلمنا الطلاق المعلق وغيره في كتابه الكريم، حيث إن آيات الطلاق جاءت مطلقة، لم تفرق بين طلاق وطلاق، والمطلقُ يتناول جميع جزئياته كالعام، ولا يوجد ما يقيد هذا الإطلاق، فالقول بعدم وجود ما يدل على وقوع الطلاق المعلق قول مردود وباطل.

الدليل الثاني: كل طلاق لا يقع حين إيقاعه من المحال أن يقع بعد ذلك، في حين لم يوقعه فيه، وأجيب عن هذا: بأن فيه مغالطة بأن المعلق ليس موقفاً للطلاق حين التلفظ، وإنما أتى به على وجه يقع به عند تحقق الشرط.

الدليل الثالث: قياس الطلاق على النكاح، والنكاح لا يصح تعليقه فكذا الطلاق، وأجيب عن هذا بأنه قياس مع الفارق؛ لأن تعليق النكاح مناقض للعقد، ومنافي للمقصود، أما الطلاق فإنه لا ينافيه.

الدليل الرابع: روي عن علي < وشريح وطاوس أنهم كانوا يقولون: الحلف بالطلاق المعلق ليس بشيء، وإنه لا يعرف لعلي مخالف، وأجيب عن هذا بما يلي:

أولاً: تمسكهم بما روي عن علي < لا يصح، إلا إذا لم يكن له مخالف من الصحابة، وفيما روينا عن الصحابة في الدليل الخامس للجمهور ما ينافي ذلك؛ فالصحابة { أفتوا بوقوع الطلاق المعلق، والمروي عن علي < ولا يعرف غيره، أن رجلاً تزوج امرأة وأراد سفرًا، فأخذها أهل امرأته، فلم يزالوا به حتى أحلفوه أنه إن لم يفعل كذا فهي طالق، فعند ذلك خلوا بينه وبين السفر، فسافر، ووقع المعلق عليه، فرفعوه إلى أمير المؤمنين؛ ليفرق بينه وبين امرأته، فنظر فيها بنظره الثاقب، فرآه مكرهاً بغير حق على الحلف، فقال: اضطهدتموه حتى جعلها طالقاً فردها عليه، وهذا صريح في أن علة الرد هي الاضطهاد فاعتبره مكرهاً، وهذا الأثر لا دلالة فيه على أن الطلاق المعلق لا يقع.

ثانياً: لم يرد عن شريح ما يدل على أن الطلاق المعلق لا يقع.

ثالثاً: أما طاوس فقد روى عنه ابنه أنه كان يقول: الحلف بالطلاق ليس شيئاً، قلت: أكان يراه يميناً؟ قال: لا أدري، فهذا ابنه لم يعرف رأيه، مع أن قوله: ليس شيئاً يحتمل أنه ليس شيئاً مستقيماً في السنة، بمعنى لا ينبغي أن يحصل.

القول الثالث: فرق بين التعليق القسمي والتعليق الشرطي، فقال: إن كان التعليق قسماً يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع؛

ويجزيه فيه كفارة يمين إن حنث، وإن كان التعليق شرطياً يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع، وهذا قول ابن تيمية - يرحمه الله - وتابعه على هذا التفصيل تلميذه ابن القيم، إلا أنه لا يرى على الحال في كفارة ولا غيرها في التعليق القسمي.

واستدل ابن تيمية - على هذه التفرقة بين التعليق القسمي والتعليق الشرطي - بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحث على الفعل، أو المنع، أو تأكيد الخبر، كان في معنى اليمين؛ فيكون داخلاً في أحكام اليمين، في قول الله تعالى: ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ [التحریم: ٢٢] وقوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ كَفَرَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ [المائدة: ٨٩] وإن لم تكن يميناً شرعياً كانت لغواً، وأجيب بأن الطلاق المعلق لا يسمى يميناً لا شرعياً ولا لغوياً، وإنما هي يمين على سبيل المجاز؛ لمشابهة اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر، وعليه فلا يكون له حكم اليمين الحقيقي، وهو الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، وإنما يكون له حكم آخر وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

الدليل الثاني: روي عن عائشة، وحفصة، وأم سلمة، وابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أفتوا ليلي بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما قالت: كل مملوك لها حرّ، وكل مال لها هدي، وهي يهودية، وهي نصرانية، إن لم يطلق مولاه أبو رافع امرأته أو يفرّق بينه وبينها. وأجيب عن هذا بأن الآثار المروية عن الصحابة في الاعتداد بالتعليق أقوى من هذا؛ لأن رواتها من رجال الصحيح، ويلي قد علقت بكلمة "إن" وهي تقتضي أن الحنث إنما يكون عند اليأس من

وقوع الشرط ، وذلك لا يتحقق إلا بموت أحد الزوجين ، وما دام حيّين لا يتحقق شيء من ذلك ، وإن لم تحت فبأي شيء تجب الكفارة؟ فتكون الفتيا بذلك مخالفة لما وقع عليه الإجماع: أن الكفارة لا تجب إلا بالحنث ، على أن الأثر صريح في أنه تعليق نذر بما لا يراد حصوله ، فلا يكون المنذور مراداً فتجري فيه الكفارة.

بذلك أخرج الدارقطني هذا الأثر في أبواب النزع ، وهذا مذهب الشافعي ، وأحمد ، والمحققين من الحنفية ، وهذا شيء ، وتعليق الطلاق شيء آخر ، فإن النذر ورد فيه أن كفارته كفارة يمين ، ولم يجرى مثل ذلك فيما لا يصح نذره كالطلاق.

الدليل الثالث: وروى البخاري عن ابن عباس < قال: "الطلاق عن وتر، والعتق ما ابتغي به وجه الله" ومعنى هذا: أن الطلاق إنما يقع ممن غرضه إيقاعه لا ممن يكره وقوعه كالحالف المكره، وأجيب: بأنه لم يقل أحد من أهل اللغة والشرح أن معنى الوتر ما ذكرتم، بل معناه لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنصوص.

هذا ، وبعد ذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة يتضح لنا: أن القول الأول القائل بوقوع الطلاق الواقع بنوعيه عند وقوع المعلق عليه هو القول الراجح ؛ وقد أخذ القانون المصري بالقول الثالث ، ولا مانع يمنع من الفتيا به للناس في نطاق ضيق بالنسبة لمن لم يتخذ عادة له ، وذلك محافظة على الأسر.

أما المكثرون من الحلف بالطلاق فينبغي عدم التساهل معهم في الفتيا ، حيث إنني أرى: أن فساد معظم شبابنا وانحلال الكثير من أسرنا إنما يرجع إلى أن عيشة بعض الأزواج عيشة قائمة على الآراء المرجوحة أو الضعيفة ، وما سمعنا قبل

ذلك ولدًا يسب أمه، أو يرتكب معها الحرام، أو رجلًا ينام مع ابنته، فكل ذلك في الحقيقة راجع إلى أن الرابطة الزوجية فيها من الخلل الكثير، والمفتي يجب أن يكون ذكيًا، فلا يميل إلى الآراء الضعيفة ويفتي بها، بل عليه أن يكون كالطبيب يصف الدواء على حسب ظروف كل مريض.

فائدة:

إن قال رجل: إن تزوجت فلانة فهي طالق، فهل تطلق إن تزوجها؟

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يقع الطلاق مطلقًا، عمم المطلق أو خصص، وهو قول الشافعي، وأحمد، وداود، وجماعة من العلماء.

القول الثاني: يصح التعليق ويقع الطلاق عند حصول الشرط مطلقًا، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

القول الثالث: إن جاء بخاص، مثل أن يقول: كل امرأة أتزوجها من بني فلان، أو بلد كذا فهي طالق صح التعليق، ووقع الطلاق عند الزواج، وإن عمم لم يصح، وهو قول مالك في المشهور عنه، وربيعه، والثوري، والأوزاعي، والليث، وابن أبي ليلى، وقد أجيب عليه من قبل الجمهور: بأن الاستحسان العقلي والحديث حسم هذه المسألة، وهو قوله ﷺ فيما أخرجه أحمد، وأبو داود، والترمذي، والبيهقي، والدارقطني، والحاكم: ((لا طلاق إلا فيما تملك)).

القسم الثالث - من صيغ الطلاق - : صيغة مضافة إلى زمن:

الطلاق المضاف إلى زمن هو: ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل، كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق غداً، أو أول السنة الهجرية مثلاً، ويشترط لانعقاده: أن يكون الزوج عند إنشائه أهلاً لإيقاعه، وأن تكون المرأة محلاً لوقوعه.

حكمه: اختلف الفقهاء في الطلاق المضاف إلى زمن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يقع الطلاق عند حلول الوقت الذي أضيف إليه، وهذا قول ابن عباس، وعطاء، وجابر بن زيد، والنخعي، والثوري، والحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية.

القول الثاني: يقع الطلاق المضاف إلى زمن في الحال؛ لأن بقاء الزوج مع الإضافة إلى المستقبل يجعل التمتع بالمرأة في هذه الفترة كالتمتع بها في الزواج المؤقت، وهذا قول سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والزهري، والليث بن سعد، وزفر من فقهاء الحنفية، والإمام مالك.

القول الثالث: لا يقع بهذا الطلاق شيء، لا في الحال ولا عند حلول الوقت المعلق عليه، فلا يقع به شيء في الحال؛ لأن المطلق لم يرد ذلك، ولا يقع به شيء عند وجود الزمن المضاف إليه للجهل بالمستقبل، فقد يأتي الوقت المضاف إليه بعد موت الزوج، أو الزوجة، أو موتهما معاً، وهذا هو قول الشيعة، والظاهرية.

فائدة:

إذا أضيف الطلاق إلى زمن ماض كقول الزوج لزوجته: أنت طالق أمس، أو أنت طالق منذ شهر، اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: يقع الطلاق في الحال متى كان الزوج أهلاً لإيقاعه، والمرأة محلاً لوقوعه، وهو قول أكثر الفقهاء.

القول الثاني: لا يقع بهذا الطلاق شيء؛ لأن الزوجية إذا لم تكن قائمة في الوقت الذي أضيف إليه تكن المرأة محلاً للطلاق، وإن كانت قائمة فيه فقد اقترن الطلاق بصفة، ولا يمكن تحققها، إذ لا يمكن رفع الحل في الزمن الماضي بعد أن تحقق وترتبت عليه آثاره، وهذا هو قول الزيدية، والشيعة، وابن حزم.

والذي نراه: أن قول الزوج لزوجته: أنت طالق أمس، أو منذ شهر كذا إخبار عن وقوع الطلاق، وعليه فيكون الطلاق واقعاً في الحال، لمجرد نطق الزوج بهذه العبارة، مادامت الزوجية قائمة، والزوج أهلاً لإيقاع الطلاق.

أنواع الطلاق

الطلاق ثلاثة أنواع:

١. النوع الأول: الطلاق الرجعي:

أ. تعريفه:

هو الذي يملك فيه زوج مراجعة زوجته في العدة، رضيت بذلك أم أبت، وهذا النوع هو الأصل في الطلاق؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَرْبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿البقرة: ٢٢٨، ٢٢٩﴾.

ب. ما يشمله هذا الطلاق:

يشمل هذا النوع من الطلاق كل طلاق يوقعه الزوج، إلا ما كان بمال أو قبل الدخول، أو مكماً للثلاث.

ج. حكمه:

الطلاق الرجعي تبقى معه الزوجية قائمة حكماً، حتى تنتهي العدة، وللزوج الحق في مراجعة زوجته مادامت في العدة.

د. ما يترتب على الطلاق الرجعي:

يترتب على الطلاق الرجعي ما يلي:

أولاً: إنقاص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

ثانياً: إن مات أحد الزوجين في أثناء العدة ورثه الآخر، فهو لا يمانع التوارث بين الزوجين.

ثالثاً: لا يحل بهذا الطلاق مؤخر المهر إذا كان مؤجلاً لأقرب الأجلين: الطلاق أو الوفاة؛ أما إذا انتهت العدة ولم يرجعها فإنه حينئذٍ يحل مؤخر الصداق.

هـ. ما يجب على المرأة في أثناء العدة:

يجب على الزوجة المطلقة رجعيًا أن تبقى في بيت الزوجية الذي كانت تسكنه مع زوجها عند الطلاق؛ ولا تخرج منه، ويندب وضع سترة بينهما، قال تعالى:

﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِئَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من زوجته المطلقة طلاقاً رجعيًا: قال الإمام أبو حنيفة - يرحمه الله - : لا بأس أن تتزين المطلقة الرجعية لزوجها، وتطيب له، وتلبس الحلبي، وتبدي البنيان والكحل، ولا يدخل عليها إلا أن تعلم

بدخوله بقول أو حركة من تنحى أو خفق نعل إن لم يقصد المراجعة ؛ لأنه ربما تكون متجردة من ثيابها، فيقع بصرها على موضع يصير به مراجعاً، ثم يطلقها فتطول عليها العدة.

فالحنفية ومن نهج نهجهم يرون: أن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، فيجوز الاستمتاع بالرجعية، ولو وطئها لا حدَّ عليه، ومن عباراتهم: الطلاق الرجعي لا يزيل الملك، ولا الحل، مادامت في العدة، والمقصود بالملك: حل الاستمتاع، وسائر حقوق الزوج، والمقصود بالحل: بقاء المطلقة حلالاً لمن طلقها، ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم، والحق أن الحنفية أجازوا هذا؛ لأن الرجعة تصح عندهم به، فكما تكون الرجعة بالقول تكون أيضاً بالفعل - كما سيأتي إن شاء الله - فتمتع المطلق بزوجته المطلقة طلاقاً رجعيّاً في أثناء العدة يعد الزوج به مراجعاً لزوجته.

ويرى الشافعية وغيرهم: حرمة الاستمتاع بالزوجة المطلقة في أثناء العدة قبل مراجعتها، فيحرم عليه وطؤها، والنظر إليها؛ لأن النكاح يبيح الاستمتاع، والطلاق يحرمه؛ لأنه ضده، فإن وطئ الزوج المطلقة فلا حدَّ عليه، ولا يُعدُّر إلا من يعتقد تحريمه.

وقال الإمام مالك - يرحمه الله - : لا يخلو معها، ولا يدخل عليها إلا بإذنها، ولا ينظر إلى شعرها، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معها غيرها، وحكى ابن القاسم عنه أنه رجع عن إباحتها الأكل معها، جاء في (المدونة): قلت: رأيت إن طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة هل تتزين له؟ وتشوّف له؟ قال: كان قوله الأول أنه لا بأس أن يدخل عليها، ولا يرى شعرها، ولا يأكل معها حتى يراجعها، قلت: هل يسعه أن ينظر إليها، أو إلى شيء من محاسنها تلذذاً؟ وهو

يريد رجعتها في قول مالك، قال: لم أسمع من مالك في هذا شيئاً، وليس له أن يتلذذ بشيء منها، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها.

وقد روي أن ابن عمر طلق امرأته في مسكن حفصة زوج النبي ﷺ وكان طريقه في حجرتها، فكان يسلك الطريق الأخرى من أديار البيوت إلى المسجد؛ كراهية أن يستأذن عليها حتى يرجع، ويرى الشيخ الشنقيبي - رحمه الله - أن ما روي عن ابن عمر < لا يدل على حرمة استمتاع المطلق بزوجته المعتدة من طلاق رجعي، وكما قال الإمام الشافعي - يرحمه الله - : وقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال كساها ثوب الإجمال، فسقط بها الاستدلال، فابن عمر يمكن أن يكون قد تحاشا الاستئذان على زوجته بيت سكنها، بسبب غضبه عليه الذي من أجله طلقها، ويحتمل غير ذلك.

ثم قال - رحمه الله - : وكيف استطاع أن يشبهه تحريم الاستمتاع بالرجعية بالاستمتاع بالمبتوتة، والحال أنه لا خلاف بين العلماء أنه لا حد على الزوج الذي وطئ مطلقته طلاقاً رجعياً في العدة، وأن ولده من ذلك الوطاء لاحق به، وكيف تشبه بالمبتوتة أذن الشرع لها في التزين والتشوف له، إن التحقيق أنها زوجة جميع أمورها إلا أنها انعقد لها سبب حل عصمتها إن انقضت عدتها قبل أن يرتجعها زوجها، وإلا كيف يتصور منع الزوج من الدخول على زوجته، والأكل معها، والنظر إليها، بل والاستمتاع بها؟ فإن المطلق طلاقاً رجعياً سماه الله في القرآن بعلاً: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وذكر ابن قدامة - يرحمه الله - أن الرجعية مباحة لزوجها، فلها التزين له، والتشوف له، وله السفر بها، والخلوة معها، ووطؤها في ظاهر المذهب؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] وهذه زوجة.

وعن الإمام أحمد رواية أنها: محرمة، وهو ظاهر كلام الخرقى؛ لأنها معتدة من طلاقه فحرمت عليه كالمختلعة، فإن وطئها فلا حد عليه؛ لأنها زوجته، ولا مهر عليه كذلك، ويحتمل أن يجد مهر على القول بالتحريم إذا أكرهها على الوطء؛ لأنه وطء حرمه الطلاق فأشبهه وطء المختلعة.

هذه هي آراء المذاهب الأربعة، ونرى أن الراجح الذي يفتي به هو: حرمة الاستمتاع بها بأي نوع من أنواع الاستمتاع، ما دام لم يراجعها بالقول؛ لأنه هو الأصل في الرجعة.

و. هل يلحق الطلاق طلاق؟

لو طلق الزوج زوجته طليقة رجعية وأراد في أثناء العدة أن يوقع طليقة أخرى، صح ذلك عند بعض الفقهاء كالحنفية، والشافعية، والحنابلة؛ لأن الزوجة محل للطلاق لبقاء الزوج حكماً، فالمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً يلحقها طلاق الرجل، وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، وإن خالعا صح خلعه؛ لأنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها، وليس مقصود الخلع التحريم، بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح لا نأمن رجعته.

ولم يذكر الخطيب الشربيني في (الإقناع) خلافاً في عدم عروض طلاق المختلعة في أثناء عدتها؛ حيث صرح بأن المختلعة لا يلحقها طلاق بلفظ صريح، أو كناية، ولا إيلاء، ولا ظهار؛ لصيرورتها أجنبية بالافتداء؛ أما المطلقة طلاقاً رجعياً فيلحقها الطلاق، والإيلاء، والظهار، واللعان، والميراث.

وذكر - رحمه الله - تبعاً للإمام النووي في (مغني المحتاج) أنه يصح اختلاع الرجعية في الأظهر؛ لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام، ومقابل

الأظهر لا يصح لعدم الحاجة إلى الافتداء؛ لجريانها إلى بينونة؛ على العموم إذا طلقها الزوج طليقة ثانية في العدة فيرى بعض الفقهاء أنها تبني على ما مضى من العدة، فتكتمل العدة الأولى ولا تعدد ثانية؛ لأنهما طلاقان لم يتخللها إصابتها، ولا رجعة، فأشبه الطليقتين في وقت واحد، ويرى بعض الفقهاء أنها تستأنف عدة للطلاق الثاني؛ لأنها طليقة واقعة في حق مدخول بها، فاقتضت عدة كاملة كالأولى.

٢. النوع الثاني: الطلاق البائن بينونة صغرى:

أ. تعريفه:

هو الذي لا يملك الزوج مراجعة مطلقته، لا في العدة، ولا بعدها، إلا بعقد ومهر جديدين.

ب. حكمه:

أولاً: يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، فتصير الزوجة به أجنبية عن زوجها، فلا يحل له الاستمتاع بها.

ثانياً: يحل بهذا الطلاق الصداق المؤخر إلى أبعد الأجلين: الموت أو الطلاق.

ثالثاً: إذا مات أحدهما في أثناء العدة لا يرثه الآخر.

رابعاً: هذا الطلاق لا يزيل حل المطلقة لزوجها، فللزوجة أن يعيدها إلا عصمته بعقد ومهر جديدين، دون أن تتزوج زوجاً آخر.

ج. ما يشمله الطلاق البائن بينونة صغرى:

يشمل هذا الطلاق ما يلي:

أولاً: الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ [الأحزاب : ٤٩].

فمن طلق قبل الدخول تبين منه زوجته بينونة صغرى ، ولا عدة عليها ، ويرى بعض الفقهاء : أن العدة تجب بالخلوة للاحتياط فقط ، وليس من أجل تمكين الزوج من المراجعة.

ثانياً: الطلاق الرجعي إذا انتهت العدة ولم يراجعها الزوج قبل انتهائها ، فإنها تبين منه بينونة صغرى ؛ وتملك أمر نفسها ، وليس من حقه مراجعتها ، ولكن له أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين.

ثالثاً: الطلاق على مال ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] فالطلاق على مال تبين به المرأة بينونة صغرى ، فتملك به أمر نفسها ؛ لأنها دفعت عوضاً للزوج في نظير طلاقها ، وذلك من باب الافتداء ، وعليها فلا يكون من حق الزوج مراجعتها ، وإلا انتفى معنى الافتداء.

٣. النوع الثالث : الطلاق البائن بينونة كبرى :

أ. تعريفه :

هو الذي لا يملك الزوج فيه مراجعة مطلقته ولو رضيت ، لا في العدة ولا بعدها ، وهذا الطلاق هو المكمل للثلاث.

ب. حكمه :

أولاً: يُزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره ، وتصير به الزوجة أجنبية.

ثانياً: لو مات أحدهما في أثناء العدة لا يرثه الآخر.

ثالثاً: يحل به الصداق المؤجل.

رابعاً: تحرم به المطلقة على مطلقها حرمة مؤقتة، ولا تحل له إلا بعد أن تتزوج من غيره زواجاً صحيحاً، ويدخل عليها دخولاً حقيقياً.

خامساً: على المرأة في أثناء العدة أن تعتد في بيت الزوجية، ويحرم على الزوج أن يدخل عليها، أو ينظر إليها، وعليه أن يخرج من البيت إذا ضاق بهما.

٤. زواج التحليل:

الشرائع السماوية جاءت متنوعةً، كل شريعة تغاير الأخرى؛ لموافقة حال كل أمة وزمانها، ولكنها اتفقت جميعاً على وحدانية الله، واتصافه بالصِّفات القديمة اللاتئة به، فجاءت شريعة موسى # بإزاحة المرأة للرجل بعد الطلاق ما لم تتزوج، فإذا تزوجت حرمت عليه بتاتاً، وجاءت شريعة عيسى # بالمنع من الطلاق بعد الزواج على ما يقال عندهم إلا في بعض أمور يجوز الطلاق فيها، ثم جاءت الشريعة المحمدية وهي أفضل الشرائع، وأكملها، وأقومها لمصالح العباد في أمر معاشهم ومعادهم، وفيها أباح لنا الشارع من الطيبات ما لم يجزه لأمة من الأمم الغابرة، ومن ذلك:

رجوع الزوجة إلى بعلها بعد الطلاق، وأفسح لنا في ذلك حتى لا يرهقنا من أمرنا عسراً، وذلك أن الرجل إذا طلق زوجته إما لغضب دفعه إلى ذلك ولا ذنب لها، وإما لذنب جنته هي أو جب طلاقها، فطلقها طليقة واحدة، وسواء أكان سبب الطلاق صادراً منه أو منها فإن افتراقهما فيه تأديب لهما، وندم على ما وقع منه أو منها؛ لأن الرابطة الزوجية من أقوى الروابط، فإذا حصل فراق بين الزوج

وزوجه وذاق كليهما ألم البعد، وعناء الفرقة، امتنع كل منهم عن فعل ما يوجب غضب الآخر، ويوقع بينهم الشقاق والنفور، فإذا عاد الرجل إلى الطلقة الثانية، ونزع الشيطان بينهما كان الندم أشد، والأسف أعظم؛ لما يحدث من اختلاف حال المعيشة، خصوصاً إذا كان لهم ذرية.

ولرحمة الله وشفقته على عباده لم يجعل لليأس والقنوت إليهما سبيلاً، كأنه يقول لهما: لم يبق لكما إلا الثالثة، فإذا وقع الطلاق ثلاثاً انسدت عليكم الطرق، ولم يبق لكما سبيل إلى الرجوع إلا بعد أن تنكح الزوجة زوجاً آخر، ويفارقها إما بطلاق، أو بخلع، أو بموت، وتعتد، وهنا تكون الطامة الكبرى من عدة وجوه أعظمها وأشدّها إيلاًماً بعد الفرقة: كون الرجل يرى حليلته بعد هذا الطلاق الثالث يفترشها غيره، والأدهى والأمرُّ إذا كان من أعدائه، هذا فضلاً عن خراب البيت، وتشتت الشمل، وما هو معلوم من النزاع والشقاق، وغير ذلك من المشاكل.

ويقول الفقهاء: إن تحريم المطلقة ثلاثاً على مطلقها وتوقّف رجوعها إليها على زواجها من آخر إنما ثبت عقوبةً للزوج المطلق؛ بسبب ما أقدم عليه من الطلاق الثالث، الذي هو مكروه شرعاً، ومنعاً له عن ذلك، فإذا ما فكّر في أن رَفَع حرمتها عليه لا يكون إلا من زواجها من آخر انزجر، وكفّ عن الثالثة.

٥. الطلاق البائن بينونة صغرى:

الدليل على تحريم المطلقة ثلاثاً على مطلقها:

قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

قال الإمام القرطبي - يرحمه الله - : قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا ﴾ أي: الطلقة الثالثة، ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ وهذا مجمع عليه، لا خلاف فيه.

شروط حل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول:

إذا طلق الزوج زوجته المطلقة الثالثة، فلا تحل له إلا بعد توافر عدة شروط هي:

الأول: انقضاء عدتها من مطلقها.

الثاني: أن تتزوج من غيره زوجاً صحيحاً.

الثالث: أن يدخل بها الغير بعد العقد الصحيح دخولاً حقيقياً.

الرابع: بيونتتها من الثاني بطلاق أو فسخ أو موت.

الخامس: انقضاء عدتها منه؛ لاستبراء رحمها.

حكم رسول الله ﷺ في المطلقة ثلاثاً:

عن عروة عن عائشة > : ((أن رفاعة القرظي طلق امرأته، فبت طلاقها، فتزوجها بعده عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله، إنها كانت عند رفاعة، فطلقها آخر ثلاث تطليقات، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، وإنه والله ما معه يا رسول الله إلا مثل هذه الهدية، فتبسم رسول الله ﷺ ثم قال لها: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك. قالت وأبو بكر جالس عند النبي ﷺ وخالد بن سعيد جالس بباب الحجرة لم يؤذن له، فطفق خالد ينادي أبا بكر، يقول: يا أبا بكر، ألا تزجر هذه عما تجهر به عند رسول الله ﷺ)).

والهدية بضم الهاء وإسكان الدال: طرف الثوب الذي لم ينسج، مأخوذ من هذب العين وهو شعر الجفن، فيحتمل أنها شبهت ذكره بالهدية لصغره، ويحتمل أن يكون لاسترخائه وعدم انتشاره، والحديث متفق عليه.

وفي (سنن النسائي) عن ابن عمر قال: ((سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً، فيتزوجها الرجل، فيغلق الباب، ويرخي الستر، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا تحل للأول حتى يجامعها الآخر)).

فتضمن هذا الهدي النبوي أموراً:

أحدها: أنه لا يقبل قول المرأة على الرجل أنه لا يقدر على جماعها، لذلك جاء في (صحيح البخاري): عن عكرمة: ((أن رفاعة طلق امرأته، فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير القرظي، قالت عائشة: فجاءت وعليها خمار أخضر، فشكت إليها وأرتها خضرة بجلدها، فلما جاء رسول الله ﷺ والنساء ينصر بعضهن بعضاً، قالت عائشة: ما رأيت مثل ما يلقي المؤمنات لجلدها أشد خضرة من ثوبها، قال: وسمع أنها قد أتت رسول الله ﷺ فجاء ومعه ابنان لها من غيرها، قالت: والله ما لي إليه من ذنب، إلا أن ما معه ليس بأغنى عني من هذه، وأخذت هدبة من ثوبها، فقال: كذبت، والله يا رسول الله إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشز تريد رفاعة، فقال رسول الله ﷺ: فإن كان ذلك لم تحل له - أو لم تصلحي له - حتى يذوق من عسيلتك. قال: وأبصر معها ابنين له، فقال: بنوك هؤلاء؟ قال: نعم. قال: هذا الذي تزعمين ما تزعمين، فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب)).

الثاني: أن إصابة الزوج الثاني شرط في حلها للأول، وهذا رأي العلماء جميعاً، بدليل قوله ﷺ: ((حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك)) وهو كناية عن الجماع، شبه لذته بلذة العسل وحلاوته. قال العلماء: وأنت العسيلة؛ لأن في العسل لغتين: التذكير، والتأنيث. وقيل: أنثها على إرادة اللذة. وقيل: إنها على إرادة النطفة. وهو ضعيف؛ لأن الإنزال لا يشترط، فالجماع وحده كافٍ في ذلك

من غير إنزال المنى ، وشدّ الحسن البصري فشرط في التحليل إنزال المنى ، وجعله حقيقة العسيلة. وقال الجمهور: الإيلاج مظنة اللذة ، والعسيلة منيطة الحكم به. ولعل سعيد بن المسيب - رحمه الله - لم يبلغه هذا الحديث ، حيث قال: "إذا عقد الثاني عليها ثم فارقتها وطلقها حلت للأول ، ولا يشترط وطء الثاني ؛ لقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ والنكاح حقيقة في العقد الصحيح. والحق أن العموم في الآية مخصص بهذا الحديث.

الثالث: أنه ﷺ لم يجعل مجرد العقد المقصود - الذي هو نكاح - رغبة كافيًا ، ولا اتصال الخلوة به وإغلاق الأبواب وإرخاء الستور حتى يتصل به الوطء ، وهذا يدل على أنه لا يكفي مجرد عقد التحليل ، الذي لا غرض للزوج والزوجة فيه سوى صورة العقد وإحلالها للأول بطريق الأولى ، فإنه إذا كان عقد الرغبة المقصود للدوام غير كافٍ حتى يوجد فيه الوطء ، فكيف يكفي عقد تيسر مستعار ليُحلَّ لها لا رغبة له في إمساكها ، وإنما هو عارية كحمار مستعار للضراب.

تنبيهات:

الأول: لو كان الزوج الثاني عينيًا أو مشلولًا لم يحصل التحليل على الصحيح ؛ لعدم ذوق العسيلة. وقال الجويني والغزالي بمصوله لحصول الوطء.

الثاني: اكتفى الشافعية والحنابلة بالوطء ، ولو مع الجنون أو الإغماء أو النوم ، سواء كان ذلك فيه أو فيها ، وبه قال من فقهاء المالكية ابن الماجشون ، وقال ابن حزم: لا يحصل التحليل فيما إذا كانت في غير حقلها بإغماء أو سُكر أو جنون ولا هو كذلك ، فإن بقي من حسه ومن حسها في هذه الأحوال أو في النوم ما تدرك به اللذة أحلها ذلك.

الثالث: اكتفى الشافعية بوطء الزوج ولو كان محرماً، كالوطء في الحيض، والإحرام، والصيام، وبه قال من فقهاء المالكية ابن الماجشون، والمشهور عند الحنابلة والمالكية: عدم الاكتفاء بذلك، وأنه لا بد أن يكون الوطء حلالاً، وبه قال أهل الظاهر.

الرابع: اعتبر المالكية بلوغ الزوج، ولم يعتبره الحنفية والشافعية والحنابلة، فاكتفى الشافعية بتأتي الجماع منه، واعتبر الحنفية والحنابلة أن يكون مراهقاً، ولعل التعبيرين مستويان في المعنى.

هذا هو رأي الشرع في المطلقة ثلاثاً، غير أنه شاع بين الناس اليوم ما يسمى بـ"المحلل"، وهو أن يتزوج رجل المرأة المطلقة ثلاثاً ليطلقها فتحل لزوجها الأول، والحق أن رسول الله ﷺ قد لعن من يفعل هذا، فقال في الحديث الصحيح الذي أخرجه الإمام أحمد والترمذي والنسائي: **((لعن الله المحلل والمحلل له))**.

كما ذم ﷺ هذا وسماه: **((التيس المستعار))** ففي حديث عقبة بن عامر أنه ﷺ قال: **((ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له))**. والحديث رواه ابن ماجه.

وهذا يدل على أن هذا العمل من المحلل مذموم من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الله ورسوله والصحابه والتابعين لعنوه، ولعنهم له لا يكون إلا عن كبيرة جداً.

الوجه الثاني: أن ما فعله زناً؛ لأن هذا ليس بنكاح، ولا يصح هذا النكاح عند أهل العلم، ولهذا قال عمر <: "الأوتي بمحلل أو بمحلل له إلا رجمتها".

الوجه الثالث: أنه ارتكب كبيرة، ومن ارتكب الكبائر يخشى عليه أن يموت على غير الإسلام إذا لم يتب.

الوجه الرابع: أن النبي ﷺ والصحابة والتابعين سموه تيساً، والتيس لا يكون إلا من باب الذم والمهانة والاحتقار، وشبهه بالتيس؛ لأن التيس مضرب الغنم بلا عقد، ولا صداق، ولا غيره، فشبهه به، وكل ما شابه الشيء أعطي حكمه، فهو يأخذ بلا مهر، ويجمع هذه وهذه بلا عقد؛ لأن العقد وجوده كعدمه عنده سواء، وكذا الحلال والحرام والمرأة وبتتها فشبهه بالتيس، واستحق المحلل له أيضاً اللعن والذم؛ لأنه هو الذي أعان المحلل على هذا، كما استحققت المرأة الذم معه لأنها أمكنته من نفسها، ولهذا قال عمر برجمهما؛ لأنها أيضاً حكمها حكم الزانية سواء بسواء، فترجم هي وهو.

حكم عقد التحليل عند الفقهاء:

إذا صرح فيه بشرط التحليل ففيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العقد يكون فاسداً؛ لأنه في معنى النكاح المؤقت، والنكاح الفاسد لا يحل المرأة لزوجها الأول باتفاق العلماء، وهذا هو قول مالك، والشافعي، وأبي يوسف، وابن حزم، ورواية عن الإمام أبي حنيفة وأحمد، وأصح الروایتين عن محمد بن الحسن، وعليه جمهور الفقهاء.

القول الثاني: يبطل الشرط ويصح العقد مع الكراهة، وللزوج البقاء مع هذه الزوجة، وإذا طلقها حلت لزوجها الأول، وهذا قول الإمام أبي حنيفة، وزُفر، وابن أبي ليلى، ورواية عن أحمد، وقالوا: إن نكاح التحليل لو كان فاسداً لما سماه الرسول ﷺ محلاً، ولو كان غير مكروه لما لعنه، ولا يمكن الحكم بالحرمة لظنية الدليل؛ لأنه خبر آحاد، على أن الحرمة لا تنافي الصحة، وأيضاً النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، والكراهة هنا إنما تتحقق بالشرط.

القول الثالث: يبطل الشرط ويصح العقد، وإذا طلقها لا تحل للأول معاملة بنقيض القصد، وهذا هو قول محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية، وقد استدل بما روي عن ابن عمر < أنه سئل عن نكحت للتحليل بلا شرط هل تحل للأول؟ فقال: "لا، إلا نكاح غبطة، كنا نعد هذا سفاحاً في زمان رسول الله ﷺ" والأثر أخرجه الطبراني في (الأوسط) بسند رجاله رجال الصحيح.

وأجاب عن هذا أبو حنيفة بما يلي:

أولاً: بأن عدم حلها للأول معارض بقول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: من الآية: ٢٣٠] فإن عدم الحل ينتهي بنكاح زوج غير الأول، وقد وجد فيثبت الحل.

ثانياً: بأن قول ابن عمر غير مرفوع، فلا يعارض الحديث.

ثالثاً: قوله: "كنا نعد هذا سفاحاً في زمان رسول الله ﷺ" لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول؛ لصدقه مع ثبوت الحرمة، فهذه هي أقوال الفقهاء في اشتراط الإحلال في العقد، أو عند العقد، كأن يقول الثاني: تزوجتك لأحللك للأول.

والحق أن القول الأول - القائل بجرمة العقد وفساده - هو القول الصواب الذي يجب الفتيا به، ويكفي في حرمة وفساده قوله ﷺ: ((لعن الله المحلل والمحلل له)) وهذا اللعن إما خبر عن الله تعالى فهو خير صدق، وإما دعاء فهو دعاء مستجاب قطعاً، وهذا يفيد أنه من الكبائر الملعون فاعلها، حيث إن اللعن لا يكون إلا على أمر غير جائز في الشريعة، بل لا يكون إلا على ذنب هو من أشد الذنوب، فالتحليل غير جائز في الشرع، ولو كان جائزاً لم يلعن فاعله والراضي به، وإذا كان لعن الفاعل لا يدل على تحريم فعله لم تبق صيغة تدل

على التحريم قط ، وإذا كان هذا الفعل حراماً غير جائز في الشريعة فليس هو النكاح الذي ذكره الله تعالى في قوله : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ .

أما إذا لم يشترط الإخلال في العقد بأن أخفياً هذه الحقيقة عند عقد العقد ولم ينطقا بها ، فقد اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : يكون العقد صحيحاً ؛ لأن البواعث في العقود غير معتبرة في صحتها ، فأحكام العقد تتعلق بما دل عليه الإيجاب والقبول فيها دون ما خفي من النيات التي يتعلق بها الثواب والعقاب ، وهذا هو قول عطاء ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن حزم ، وجمهور الحنفية ، ورواية عند الإمام أحمد ، وقد روي : أن امرأة أرسلت إلى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها ، فأمره عمر أن يقيم معها ولا يطلقها ، وتوعده أن يعاقبه إن هو طلقها ، فإذا رغب فيها فأمسكها فلا بأس ، وإذا طلقها حلت للأول .

القول الثاني : يكون العقد فاسداً لما اقترن به من نية الإحلال ، ولا تحل به للأول ؛ لإطلاق حديث : ((لعن الله المحلل والمحلل له)) ولأنه نكاح مؤقت في الحقيقة ، والنكاح المؤقت باطل ، فالشرط المتواطأ عليه - والذي دخل عليه المتعاقدان - كالمفوض به ، والألفاظ لا تراد لعينها ، بل هي للدلالة على المعاني والمقاصد ، فلا عبرة بالألفاظ ؛ لأنها وسائل ، وقد تحققت غاياتها فترتبت عليها أحكامها ، وهذا قول بعض المالكية ، والحنابلة ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي .

والذي نراه راجحاً هو : قول الجمهور القائل بصحة النكاح ، ما دام الإحلال لم يشترط بينهما .

وهذا العقد عموماً - سواء اشترط فيه الإحلال أم نوي فقط - لم يقصد به الدوام، بل قصد به الاحتيال لإحلال المرأة لزوجها الأول، لهذا قال العلماء: إن نكاح المتعة خير من نكاح التحليل من وجوه:

الوجه الأول: نكاح المتعة كان مشروعاً في أول الإسلام، ثم نسخ ونكاح التحليل لم يشرع قط.

الوجه الثاني: الصحابة تمتعوا، لكن لم يوجد واحد منهم نكح نكاح التحليل، ولا أفتى به.

الوجه الثالث: نكاح المتعة مختلف فيه بين الصحابة: فيروى عدم نسخه عن ابن مسعود وابن عباس على ما روي عنهم، أما نكاح التحليل فلم يوجد منهم محلل له.

الوجه الرابع: أن الرسول ﷺ لم يلعن أحداً في نكاح المتعة، ولكنه لعن المحلل والمحلل له.

الوجه الخامس: المستمتع له غرض صحيح في المرأة، ولها غرض صحيح وهو الإقامة معه، فغرض المقصود بالنكاح مدة، والمحلل لا غرض له سوى أنه مستعار كالفحل.

الوجه السادس: المستمتع يريد المرأة لنفسه بخلاف المحلل.

الوجه السابع: نكاح المتعة لا تنفر منه الطباع والفطرة بخلاف نكاح التحليل، حتى إن كثيراً من النساء تعير المرأة به أكثر مما تعيرها بالزنا.

الوجه الثامن: نكاح التحليل لم يبيح في ملة من الملل.

٦. مسألة الهدم:

اتفق الفقهاء جميعاً على أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثاً، وتزوجت من آخر زواجاً صحيحاً، ودخل بها دخولاً حقيقياً، ومات عنها أو طلقها، وعادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها بعقد جديد أنه يملك عليها ثلاث تطليقات؛ لأن الزواج الثاني هدم وألغى التحريم، فالطلاقات الثلاث التي استوفاهما في الحل السابق انهدمت بالزواج الثاني، كما اتفقوا على أن من طلق امرأته طلقة رجعية وراجعها في العدة أو بعدها بعقد جديد، أن هذه الطلقة تحسب من الثلاث.

كما اتفقوا على أن الرجل لو طلق زوجته طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها، ثم عقد عليها رجل آخر وطلقها قبل أن يدخل بها، ثم عقد عليها زوجها الأول أنها تعود إليه على ما بقي من الطلاق، ولكنهم اختلفوا فيما إذا طلق الزوج زوجته طلقة رجعية وتركها حتى انقضت عدتها، وتزوجت من آخر، ودخل بها ومات عنها أو طلقها، وعادت إلى زوجها الأول بعد انقضاء عدتها بعقد ومهر جديدين: هل تعود بما بقي من عدد الطلاقات؟ أو ترجع بحل كامل كالتي بانث بينونة كبرى؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: تعود إليه بما بقي من عدد الطلاقات، فالزواج الثاني يهدم الثلاث ولا يهدم ما دونها، وهذا قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، وهو قول عمر، وعلي، وأبي بن كعب، وعمران بن حصين < قال الإمام أحمد: هو قول الأكابر من أصحاب النبي ﷺ وقد روي أن عمر بن الخطاب < قال: "أما امرأة طلقها زوجها أو تطليقتين، ثم تركها حتى تنكح زوجاً غيره فيموت عنه أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول، فإنه عنده على ما بقي من طلاقها"

والأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه، وإسناده صحيح، ويقول أصحاب هذا القول: إن دخول الزوج الثاني لَمَّا كان شرطاً في حل المطلقة ثلاثاً للأول لم يكن بُد من هدم الثلاث وإعادتها على طلاق جديد، وأما من طلقت دون الثلاث فلم تصادف إصابة الثاني فيها تحريمًا يزيله، ولا هي شرط في الحل الأول فلم تهدم شيئاً، فوجودها كعدمها بالنسبة إلى الأول وإحلالها له، فعادت على ما بقي كما لم يصبها، فإن إصابتها لا أثر لها البتة، ولا نكاحه وطلاقه معلق بها بوجه ما، ولا تأثير لها فيه.

القول الثاني: الزواج الثاني يهدم ما دون الثلاث، لأن الذي يهدم الثلاث يهدم ما دونها، وهذا قول ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر < وهو قول الحنفية.

والراجح في نظرنا - والله أعلم - : هو القول الذي يقول: إنه يهدم الثلاث، ولا يهدم ما دون الثلاث.

الطلاق السني والبدعي، والثلاث بلفظ الواحد، التفويض في
الطلاق، والرجعة، والبيع: (عقده، صيغته، شرائط انعقاده)

عناصر الدرس

١٩٧	العنصر الأول : الطلاق السني والبدعي
٢٠٦	العنصر الثاني : الطلاق الثلاث بلفظ الواحد
٢٢١	العنصر الثالث : التفويض في الطلاق
٢٢٥	العنصر الرابع : الرجعة: تعريفها، دليلها، بم تحصل، والإشهاد عليها
٢٢٧	العنصر الخامس : البيع: تكوين عقد البيع، تعريفه، مشروعيته، أركانه، وكيفية انعقاده
٢٣٦	العنصر السادس : شرائط انعقاد البيع

الطلاق السني والبدعي

ينقسم الطلاق إلى قسمين :

القسم الأول : طلاقٌ سُنِّيٌّ :

أ. تعريفه :

الطلاق السُّنِّيُّ هو : أن يُطَلِّقَ الزوجُ زوجته المدخول بها في طُهْرٍ لم يمسه فيها.

ب. حكمه :

هذا الطلاق هو الجائز المشروع الذي يقع ؛ لأنه المطابقُ لتعاليم الإسلام في كيفية الطلاق إذا كان الزوج ولا بد مُطَلَّقًا ، سواء أوقع الزوج طلاقاً واحداً أم أوقع ثلاث طلاقات مجتمعات ، ولكن يُسَنُّ أن يقتصرَ على طلاقٍ واحدةٍ أو طلقتين في الطهر الواحد ؛ كي يتمكن من إرجاعها ، وهذا عند الشافعية ، حيث يقولون : ليس في الجمع بدعة ، ولا في التفريق سنة ، والمدخول بها وغيرها سواء .

ويرى الحنفية والمالكية : أن إيقاع الثلاث والثنتين دفعة واحدة في طهرٍ واحدٍ طلاقٌ بدعيٌّ ، يستوي في ذلك المدخول بها وغيرها ، فالطلاق السني عندهم يكون واحداً في طهر لم تمس فيه الزوجة .

أما الحنابلة فلهم في الطلاق الثلاث روايتان : إحداهما : أنه غير بدعي ، واختارها الخرقي ، والثانية : أنه بدعي .

أما الشتان دفعة واحدة أو متفرقة في طهر فطلاق سني، هذا في المدخول بها، أما غير المدخول بها فلا سنة، ولا بدعة في طلاقها وقتاً، ولا عدداً.

ج. الدليل على مشروعية الطلاق السني :

قول الحق سبحانه : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ [الطلاق: ١] أي: في الوقت الذي يشرع فيه في العدة وهو الطهر، حيث إن زمن الحيض لا يحسب من العدة، وإنما قيّد الفقهاء الطهر الذي تطلق فيه المرأة بأنه لم يمسه زوجها فيه؛ لأنها إن طلقت في طهر مُسَّتْ فيه فإنها لا تعرف هل حملت أو لم تحمل، فلا تدري بم تعتد: أعتد بالأقراء أم بوضع الحمل؟.

القسم الأول: طلاق بدعي:

أ. تعريفه:

الطلاق البدعي هو: أن يطلق الزوج زوجته في الحيض، أو في طهر مسها فيه.

ب. حكمه:

أجمع العلماء على أن الطلاق البدعي حرام، وأن فاعله آثم، وذلك لما فيه من ضرر يلحق بالمرأة وضرر يلحق بالرجل.

أما الضرر الذي يلحق المرأة: فإن الرجل إذا طلق زوجته في حالة الحيض طالت عليها المدة؛ لأن الحيضة التي حصل فيها الطلاق لا تحسب من مدة العدة التي هي ثلاثة قروء، وحينئذ تكون أربعة، وهذا مخالف للقرآن، وإن طلقها في طهر

بعد وطء تكون مظنة الحمل ، وعليه فلا تعرف بأي شيء تعتد ، وإذا كان حمل مكثت زمنًا ليس بقليل حتى تضع حملها وهي بغير زوج .

أما الضرر الذي يلحق الرجل فهو : أنه إذا طلقها في الحيض يكون قد ظلم نفسه بظلمها ، واكتسب إثمًا بتسببه في طول العدة ، وحيث جاء الضرر من وجوه ثلاثة :

الأول : اكتسابه إثم الظلم ، إذ من الصعب على المرأة أن تمكث مدة من الزمن حتى تضع حملها وهي مطلقة بلا زوج .

الثاني : تكبده النفقة كل هذه المدة ، ويشاركه في هذا الوجه تعب المشاكل التي كثيراً ما تقع من أجل ذلك .

الثالث : تحمله عناء البعد عن ولده وفلذة كبده في مدة الحضانة .

ج. موقف الفقهاء من وقوع الطلاق البدعي ، هل يقع أو لا يقع ؟

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق البدعي على قولين :

القول الأول : يقع الطلاق البدعي ويأثم المطلق ويؤمر بالرجعة ، وهذا قول جمهور العلماء ، ومنهم الأئمة الأربعة أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد رضي الله عنهم جميعاً .

ويستدل على وقوع الطلاق البدعي بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : المتدبر لآيات الطلاق في القرآن الكريم ، كقول الله تعالى : ﴿ **الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ** ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى** ﴾

تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴿البقرة: ٢٣٠﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِصْنَ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] يجدها قد جاءت مطلقة غير مقيدة بوقتٍ دون وقت، ولا بمطلقة دون مطلقة، فدل ذلك على الوقوع في عموم الأوقات والأحوال، ولم يوجد من النصوص ما يقيد إطلاق هذه الآيات، فوجب القول بوقوع الطلاق في الطهر أو في الحيض.

الدليل الثاني: عن نافع، عن ابن عمر } : ((أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك؛ فقال رسول الله ﷺ: مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها الناس)) والحديث متفق عليه، وزاد الإمام مسلم في روايته: ((طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة)) وفي رواية عند مسلم أيضاً: "قال ابن عمر: فراجعته وحسبت لها التطليقة التي طلقته" وفي رواية عند مسلم أيضاً: "أفحسبت عليه؟ قال: فمه أو إن عجز واستحمق" وفي رواية للبخاري عن ابن عمر قال: "حسبت عليّ بتطليقة".

فابن عمر - < وهو صاحب القصة - صرح بأن الطلقة التي أوقعها على زوجته وهي حائض حسبت عليه طلقة من الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته، فإن قيل: لم يصرح بالفاعل هنا، أي: الذي حسبها واحدة، فإن كان ابن عمر فلا حجة فيه، وإن كان النبي ﷺ فهو الحجة.

فالجواب: أنه قد صرح بالفاعل في غير هذه الرواية، كما في (مسند ابن وهب) بلفظ: وزاد ابن أبي ذئب في الحديث عن النبي ﷺ: ((وهي واحدة)) وأخرجه الدار قطني من حديث ابن أبي ذئب وابن إسحاق جميعاً عن نافع، عن ابن عمر

عن النبي ﷺ قال: ((هي واحدة)) وقد ورد أن الحاسب لها هو النبي ﷺ من طرق يقوي بعضها بعضاً.

وإن قيل: إن المراجعة المأمور بها في الحديث المراد بها المعنى اللغوي لا الشرعي؛ لأن ابن عمر كان قد اجتنبها؛ فأمره النبي ﷺ أن يعيدها إليه على ما كانت عليه من العاشرة، فالجواب بأن الحمل على الحقيقة الشرعية مقدم على اللغوية باتفاق الجميع؛ لأنه ﷺ مبعوث لبيان الأمور الشرعية لا اللغوية، وحيث أمره بالرجعة بعد الطلاق فيكون دليلاً على وقوعه؛ لأن الرجعة فرع الوقوع، وقد جاء في (سنن الدار قطني) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أن رجلاً قال: إني طلق امرأتي البتة وهي حائض، فقال: "عصيت ربك وفارقت امرأتك" قال: فإن رسول الله ﷺ أمر ابن عمر أن يراجع امرأته، قال: "إنه أمر ابن عمر أن يراجعها بطلاق بقي له، وأنت لم تبق ما تترجم به امرأتك".

فهذا السياق صريح في أن الرجعة في حديث ابن عمر المراد بها الرجعة الشرعية لا اللغوية؛ لذلك كان ابن عمر < يفتي بوقوع الطلاق في الحيض، فقد ثبت عنه: أنه كان إذا سئل عن الطلاق في الحيض يقول للسائل: "إن كنت طلقته واحدة أو اثنتين فإن رسول الله ﷺ أمرني بذلك - يعني: بارتجاع المرأة - وإن كنت قد طلقته ثلاثاً فقد عصيت ربك وبانت منك امرأتك".

الدليل الثالث: إن تحريم الطلاق البدعي لا يمنع وقوعه، فالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة حرام، ومع ذلك يصح عند الجمهور.

الدليل الرابع: إن الطلاق البدعي طلاق صائر من أهله في محله فيقع، والطلاق ليس عبادة وقربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة السنة، وإنما هو إزالة العصمة

وإسقاط الحق فلا تنقيد سببته بوقت معين، والنهي عنه في وقت الحيض ليس لفقده السببية، وإلا لما نهى عنه، وإنما كَانَ لِأَمْرٍ خَارِجٍ عَنْ حَقِيقَتِهِ وَعَنْ سَبَبِيَّتِهِ، وهو الإضرار الذي يلحق الزوجين، كما بينا ذلك آنفاً.

القول الثاني: الطلاق البدعي لا يقع، وهذا قول ابن حزم، وابن تيمية، وابن القيم، وابن عُلية من فقهاء المعتزلة، وبعض الفقهاء الشيعة، واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: جاء في (سنن أبي داود) عن طريق أبي الزبير: "أن ابن عمر } طلق امرأته وهي حائض فَرَدَّهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ يَرَهَا شَيْئًا" فظاهر هذه الرواية يدل على أن النبي ﷺ لم يعد تلك التطليقة شيئاً، ولم تحسب على ابن عمر، ويؤيدها ما أخرجه سعيد بن منصور: أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، فقال رسول الله ﷺ: ((ليس ذلك بشيء)) وما ذكره ابن حزم في (المحلى) عن ابن عمر أنه قال - في الرجل يطلق امرأته وهي حائض - : "لا يعتد بذلك". والحق: أن هذا الحديث المذكور في (سنن أبي داود) هو عمدة أصحاب هذا القول، وقد أجيب عنه من قبل الجمهور بأن هذه الرواية مخالفة لجميع روايات الحديث.

قال أبو داود - بعد أن ذكره - : والأحاديث كلها على خلاف ما قال أبو الزبير، وقال الخطابي في (معالم السنن): قال أهل الحديث: لم يرو أبو الزبير حديثاً أنكر من هذا، ويحتمل أن معناه: لم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، أو لم يرها شيئاً جائزاً في السنة، ونقل البيهقي في (المعرفة) عن الشافعي - رحمه الله - : أنه ذكر رواية أبي الزبير، فقال نافع: أثبت من أبي الزبير، والأثبت من

الحديثين أولى أن يؤخذ به إذا تخالفا، وقد وافق نافع غيره من أهل الثبوت قال: وحمل قوله: ولم يرها شيئاً على أنه لم يعدها شيئاً صواباً غير خطأ، بل يؤمر صاحبه ألا يقيم عليه؛ لأنه أمره بالمراجعة، ولو كان طلقها طاهراً لم يؤمر بذلك. قال ابن عبد البر - في قوله: وَلَمْ يُرَهَا شَيْئاً - : منكر، لم يقل غير أبي الزبير، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله، فكيف بمن هو أثبت منه، ولو صح لكان معناه - والله أعلم - : ولم يرها شيئاً مستقيماً؛ لكونها لم تقع على السنة.

وأما ما رواه سعيد بن منصور وابن حزم فهو من قبيل المتابعات لأبي الزبير، وهي قابلة للتأويل الذي هو أولى من إلغاء الصريح في قول ابن عمر: "حسبت عليّ بتطليقة" وهو في (صحيح البخاري) فتحمل رواية سعيد على أنه لم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، فقوله: "ليس ذلك بشيء" أي: تحرم معه المراجعة، أو ليس ذلك من السنة، وتحمل رواية ابن حزم: "لا يعتد بذلك" على أن المعنى أن المرأة لا تعتد بتلك الحيضة في العدة، كما روي ذلك منصوصاً أنه قال: يقع عليها الطلاق ولا تعتد بتلك الحيضة. انتهى كلام ابن عبد البر.

والخلاصة:

أنه ﷺ حسبها طلقة، وبعد ثبوت أنه ﷺ حسبها طلقة تطيح كل عبارة، ويضيع كل صنيع.

الدليل الثاني: النهي يقتضي التحريم كما يقتضي الفساد، والطلاق البدعي طلاق منع منه الشرع، فأفاد من عدم جواز إيقاعه، فكذلك يفيد عدم نفوذه، وإلا لم يكن للمنع فائدة.

أجيب عن هذا الدليل: بأنه قياسٌ في مقابلة نصٍّ، فالنبي ﷺ أمر ابن عمر بالمراجعة، وهي فرع وقوع الطلاق، ومعلوم: أن القياس لا ينعقد إلا عارضه نص أو إجماع، ثم إن الطلاق ليس من أعمال البر التي يتقرب بها، وإنما هو إزالة عصمة فيها حق آدمي، فكيفما أوقعه وقع، سواء أجر في ذلك أم أثم، ولو لزم المطيع لم يلزم العاصي، لكان العاصي أخف حالاً من المطيع، هذا هو موقف الفقهاء من مسألة الطلاق البدعي.

وقول الجمهور القائل بحرمته ووقوعه هو القول الراجح الذي يجب الإفتاء به في الأصل؛ ولا يلجأ إلى الفتوى بالقول الثاني إلا في ظروف استثنائية خاصة، فيكون القول الثاني مع القول الأول كالرخصة مع العزيمة.

ولما كان حديث ابن عمر هو السبب الرئيسي في اختلاف العلماء في هذه المسألة فإننا - من باب إتمام الفائدة - نسوق بعض الفوائد المستنبطة من هذا الحديث:

الفائدة الأولى: أمر ابن عمر { بالرجعة ثم بتأخير الطلاق إلى طهرٍ بعد الطهر الذي يلي هذا الحيض، وفائدة هذا التأخير له أربعة أوجه:

الوجه الأول: لتلاصق الرجعة لغرض الطلاق، فوجب أن يمسكها زماناً كان يحل له فيه الطلاق، وإنما أمسكها لتظهر فائدة الرجعة.

الوجه الثاني: عقوبة له، وتوبة من معصية باستدراك جنائته.

الوجه الثالث: أن الطهر الأول مع الحيض الذي يليه - وهو الذي طلق فيه - كفرء واحد، فلو طلقها في أول طهر؛ لكان كمن طلق في الحيض.

الوجه الرابع: أنه نهى عن طلاقها في الطهر؛ ليطول مقامه معها فعلة يجامعها فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها فيمسكها.

الفائدة الثانية: استثنى الشافعيةُ ومن نهجَ نهجَهُم من تحريم الطلاقِ في الحيض صوراً منها:

الصورة الأولى:

لورأى الحكمان في صورة الشقاق الطلاق فطلقا في الحيض، ففي (شرح مختصر الجويني): أنه ليس بحرام للحاجة إلى قطع الشر.

الصورة الثانية:

غير المدخول بها لا يحرم طلاقها في الحيض عند الشافعية والحنابلة؛ إذ لا عدة عليها، وهو المشهور عند المالكية والحنفية، وقال زُفر: يَحْرُمُ طلاق غير المدخول بها في الحيض كالمدخول بها، وحكى ابن عبد البر إجماع العلماء على الأول، ولم يحفظ قول زفر.

الفائدة الثالثة: الأمر بمراجعة المطلقة في الحيض أمر استحباب عند أبي حنيفة، والشافعي، والأوزاعي، وأحمد في المشهور عنهم، وحكاه النووي عن سائر الكوفيين وفقهاء المحدثين، وقال مالك وأصحابه: هي واجبة يجبر عليها ما بقي من العدة شيء، وقال داود الظاهري: يجبر على الرجعة إذا طلقها حائضاً، ولا يجبر إذا طلقها نفساء.

الفائدة الرابعة: قوله ﷺ: ((مُرَّةٌ فليراجعها)) دليلٌ على أن الرجعة لا تفتقر إلى رضا المرأة، ولا وليها، ولا تجديد عقد.

الفائدة الخامسة: قوله ﷺ: ((ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر)) يقتضي منع تطليقها في الطهر التالي لتلك الحيضة، وفي ذلك للشافعية وجهان

أصحهما عندهم: المنع، قال الجويني - رحمه الله - : قال الجمهور: يستحب ألاً يطلقها فيه، وقال بعضهم: لا بأس به، وذهب المالكية إلى أن تأخير الطلاق عن ذلك الطهر التالي لتلك الحيضة مستحب، وكلام الحنابلة يقتضي أن الخلاف فيه في الجواز، وعبارة ابن تيمية في (المحرر): ولا يطلقها في الطهر المتعقب له، فإنه بدعة، وعنه جواز ذلك، وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض، وحكاها أبو الحسن الكرخي عن أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يطلقها فيه بل يؤخر إلى الطهر الذي يليه.

الفائدة السادسة: محل تحريم الطلاق في طهرٍ جامعها فيه ما لم يظهر حملها، فإن ظهر حملها لم يحرم طلاقها؛ لأن الحمل من أعظم الدواعي للإبقاء على الزوجية، فإذا طلق الزوج مع وجوده كان ذلك دليلاً على صدق رغبته في الطلاق، هذا بالإضافة إلى أن زمن الحمل زمن الرغبة في الوطء، فأقدامه على الطلاق فيه يدل على احتياجه لذلك.

الطلاق الثلاث بلفظ الواحد

اتفق الفقهاء: على أن الطلاق السنّي المشروع هو الذي يقع مفرداً على ثلاث مراحل.

وذلك بأن يُطْلَقَ الزوجُ زوجته طليقةً واحدةً رجعيةً في طهرٍ لم يجامعها فيه، فإذا بدا له أن يراجعها راجعها في أثناء العدة، فإذا عاودته الرغبة في طلاقها مرة ثانية طلقها أيضاً في طهر لم يمسه فيها، فإن راجعها في العدة لا تبقى له سوى طليقة واحدة، فإن طلقها بانت منه زوجته بينونة كبرى، ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره.

وإِذَا كَانَ هَذَا هُوَ الطَّلَاقِ السُّنِّي الْمَشْرُوعِ، فَمَا الْحُكْمُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَلْتَزِمِ الزَّوْجُ، وَجَمَعَ الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثَ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، بِأَنْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ: "أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا" فَهَلْ تَقَعُ الثَّلَاثُ أَوْ تَقَعُ وَاحِدَةً، أَوْ لَا يَقَعُ شَيْءٌ أَصْلًا؟

الحق: أن الفقهاء اختلفوا على أربعة أقوال:

القول الأول: الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثة، فمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو طلقتك البتة، ونوى ثلاثاً لزمته الثلاث، ولا تحل له امرأته حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا قول جمهور العلماء، واستقرت عليه المذاهب الفقهية الأربعة المتبوعة لم يخالف في ذلك أحدٌ من أهل السنة بعد الإجماع الواقع في زمن عمر < ولذلك قال الزرقاني على (الموطأ): حكى ابن عبد البر الإجماع على لزوم الثلاث لمن طلقها دفعةً واحدةً، قائلًا: إن خلافه شاذٌ لا يلتفت إليه، وقال: إنه مذهبٌ علي وعائشة وابن عمر وابن عباس، وزيد بن ثابت، وأبي هريرة { وقد ذكر ابن الهمام: وقوع الإجماع السكوتي من الصحابة على وقوع الثلاث بفمٍ واحدٍ.

ونقل عن أكثر مجتهديهم كعلي وابن عباس وابن مسعود، وأبي هريرة، وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص الإفتاء الصريح بذلك؛ لذا قال بعض الأئمة: لو حكم قاضٍ بأن الثلاثة بفمٍ واحدٍ واحدة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا يصوغ الاجتهاد فيه لإجماع الأئمة الاعتباريين عليه.

ويرى المالكية: أنه إن تزوج موقع الثلاث دفعة مطلقته قبل أن تتزوج من غيره، أن الخلاف الواقع فيه لا يجعلونه شبهةً يدرأ عنها به الحد، على أحد قولين عندهم؛ لشدة ضعف الخلاف فيه.

وقال ابن حجر - يرحمه الله - : لا يحفظ أن أحداً في عهد عمر خالفه في ذلك، واستدل الجمهور على وقوع الثلاث دفعةً واحدةً بأدلةٍ كثيرةٍ، منها على سبيل المثال :

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]
 وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]
 فالقول الكريم في كل من هاتين الآيتين صريح في عدم التفرقة بين طلاق الثلاث المجتمع، والمفترق حيث إن هاتين الآيتين لم تنزلا في واقعة وقع فيها الطلاق مرتين، ثم وقع ثالثاً حتى يؤخذ منها تفريق الطلاق، وإنما بينت الآية الأولى الطلاق الذي تمكن معه الرجعة المشار إليه بقوله: ﴿وَيُعُولُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وبينت أن غايته اثنتان، فالطلاق في قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ فيه إشارة إلى الطلاق المفهوم من قوله تعالى: ﴿وَيُعُولُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وهو الرجعي، فـ"ال" في كلمة "الطلاق" للعهد، ومعناها هنا التطليق كالسلام بمعنى التسليم، وقد بينَ ﷺ الطلاق الذي لا تمكن فيه الرجعة بقوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنِ﴾ وهو المتمم للثلاث.

فظاهر هاتين الآيتين صريح في صحة إيقاع الطلقة الواحدة، والشتين والثلاث؛ لأنهما لم تفرقا بين إيقاع الطلاق واحدة أو اثنتين أو ثلاث، وقد اعترض المخالفون على هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول:

أن الآيتين المذكورتين، وغيرهما من آيات الطلاق لا يندرج تحتها إلا الطلاق السني، وهو إيقاع طلقة واحدة رجعية في طهر لم تمس فيه الزوجة. أما الطلاق في الحيض أو في طهر مست فيه الزوجة، أو الطلاق الثلاث بلفظ واحد، فلا يدخل تحت هذه الآيات، ونجيب على هذا الاعتراض، بأن الآيات تفيد بعمومها عدم التفرقة بين الطلاق الثلاث المجتمع، والمفترق، ولا بين الطلاق في الحيض أو في الطهر، وعليه فلا يصح تخصيصها بنوع معين من الطلاق بدون مخصص.

ومما يدل على كون آية ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ شاملة لنوعي الطلاق المجتمع والمفترق، أن الإمام البخاري - يرحمه الله - أتى بها في صحيحه مستدلاً على تجويز طلاق الثلاث المطلق، من غير ذكرٍ منه لاجتماع، ولا افتراق، فقال: باب "من جوز الطلاق الثلاث"؛ لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكُهُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُهُ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وقال الحافظ ابن حجر: عند ذكره لهذه الآية، هذا عام يتناول بإيقاع الثلاث دفعةً واحدةً، فقد دلت الآية على ذلك.

وقال القرطبي: ترجم البخاري على من أجاز الطلاق الثلاث؛ لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ إشارة منه إلى أن هذا العدد، إنما هو بطريق الفسحة لهم، فمن ضيق على نفسه لزمه.

الاعتراض الثاني:

إن قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾ يدل على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان:

النوع الأول: طلاق لا يملك فيه الرجل الرجعة، وهو ما دل عليه قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

النوع الثاني: طلاق يملك فيه الرجل الرجعة، وهو ما يسبق هذه الطلقة، وقد شرعها الله مرتين، ولا يفهم العرب من كلمة مرتين، ونحوها إلا الحصول متعاقباً دفعةً بعد دفعة؛ ولذلك لم يفهم أحد من قوله ﷺ: ((من سبح الله في دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين، وحمد الله ثلاثاً وثلاثين، وكبر الله ثلاثاً وثلاثين، فتلك تسع وتسعون، وقال: تمام المائة لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، غفرت خطاياه، وإن كانت مثل زبد البحر)) لم يفهم أحد من هذا الحديث إلا الحصول المتعاقب المتكرر، بقدر العدد المطلوب، ولم يقل قائل: إن المكلف إذا أتى بها دفعةً واحدةً مصحوبةً بكلمة العدد المطلوب يكون ممتثلاً، وكذلك الأمر في قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْوَجُ مِنْ أَرْبَعِ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٦].

لم يفهم أحد منهم سوى الحصول المتعاقب المتكرر بقدر العدد المطلوب، وكما عرف ذلك في الأقوال عرف أيضاً في الأفعال، قال تعالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُمْ مَرَّتَيْنِ﴾ [التوبة: ١٠١].

وقال ﷺ في الحديث المتفق عليه: ((لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين)).

وقد أجاب الجمهور عن هذا الاعتراض بما يلي :

قول الله تعالى : ﴿ مَرَّتَانٍ ﴾ تثنية مرة ، والمرة في الأصل الفعل الواحدة من المر أو المرور ، يقال : مر من باب نصر ، مرّاً ومروراً والفعل الواحدة منه مرة ، تقول : "مررت عليه مرة" ثم استعملت في كل فعلة من أي حدث كان صلاة أو زكاة أو صياماً ، أو بيعاً أو أكلًا أو شرباً أو نكاحاً أو طلاقاً .

فالمرّة من الأكل والشرب أكلة واحدة ، شربة واحدة ، ومن التلفظ تلفظ واحد ، ومن الطلاق طلقة واحدة إلى غير ذلك ثم إن الأحاد من المرات على قسمين : منها ما لا يكون بالوجود إلا مرتباً الواحد بعد الآخر ، كالأكلات والتلفظات ، ومنها ما توجد أحاده دفعة واحدة حيناً ، وعلى دفعات حيناً آخر كالعقود والاعتقاد ، والطلقات من كل ما يكون وجوده متوقفاً على إنشاء صيغته ، فتقول : بعث هؤلاء العبيد الثلاثة ، فتقع ثلاث بيعات لكل عبد بيعة ، بهذا اللفظ الواحد ، كما لو قلت : بعث هذا العبد ، وبعث ذاك وبعث الثالث ، وكذلك في الإعتاق تعتق العبيد بصيغة واحدة أو بصيغ متعددة ، وبهذا يعلم أنه ليس من خصوص المرتين التفريق بينهما ؛ ولذلك جاء الاستعمال في كلمة المرتين في اللغة ، والكتاب والسنة على وجهين ، والمقام يعين أحدهما ، إذا قلت : جئت مرتين كان معناه : مرة بعد أخرى ؛ لأن المجيء المتعدد لا يكون إلا كذلك ، وإذا قلت : أعطيت فلاناً أجرة جنيهاً ، والآخر قدره مرتين ، لم يلزم بذلك بل المعنى على مضاعفة الأجر ، ولو في مرة واحدة من الإعطاء ، ومن هذا الثاني قول الله تعالى في مؤمني أهل الكتاب : ﴿ أُولَئِكَ يُؤْتَوْنَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ ﴾ [القصص : ٥٤] .

فإن المعنى على مضاعفة الأجر في المرة الواحدة من الإيتاء ، فسمى الضعفين الاثنين من الأجر مرتين ، ومنه أيضاً قول الله تعالى في أزواج النبي ﷺ : ﴿ وَمَنْ

يَقْنَتُ مِنْكَ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلُ صَدِيقًا نَوْتَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴿﴾ [الأحزاب: ٣١] فإنه ليس معناه نؤتها إيتاؤه بعد إيتائه مرة بعد أخرى ؛ لأنها إنما تعطى مرة واحدة أجرين ، فالمرتان واقعتان ها هنا على الأجرين المعطين دفعة واحدة.

ومن هذا الاستعمال أيضاً في السنة قوله ﷺ : ((العبد إذا نصح سيده ، وأحسن عبادة ربه كان له أجره مرتين)) فليس معناه : مرة بعد أخرى ، بل المراد الأجران المؤتيان بمرة واحدة.

فإذا أخبرت عن واحدٍ أنه طلق امرأته مرتين ، احتمال الكلام أن يكون قد فعل ذلك مرة بعد أخرى ، فأوقع عليها تطليقة بعد تطليقة ، واحتمل أن يكون قد أوقع عليها الطلقتين مجموعتين بصيغة واحدة ، فأطلقت المرتين على الطلقتين ، فإن قامت قرينة على أحد الاحتمالين ، تعين المراد.

وبهذا البيان المبسوط : نعلم أنه ليس من لوازم المرتين التفريق بينهما ؛ ولهذا نرى أهل العلم بتفسير كتاب الله تعالى على رأيين في تفسير هذه الآية الكريمة التي نحن بصددنا في المراد بكلمة ﴿مَرَّتَانِ﴾ هل هو مرة بعد أخرى ، أو طلقتان اثنتان مجموعتين أو متفرقتين؟

الدليل الثاني: قول الحق ﷻ : ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١١] أي: في وقت عدتهن ، وهي الأظهار كما هو رأي إمامنا الشافعي ، والإمام مالك ، ومن وافقهما أو مستقبلات لعدتهن ، وهو الحيض كما هو رأي الإمام أبي حنيفة ، ومن وافقه ، والأمر من قبيل المطلق ، وهو مقيّد هنا بالعدة فقط ، ومعناه إذا أردتم تطليق نساءكم ، فليكن هذا الطلاق ، وهن في الطهر الذي لم يجامعن فيه.

ولا فرق في ذلك الطلاق بين أن يكون مفرداً أو مجموعاً، كما هو مذهب الإمام الشافعي، ومن وافقه: في أن الجمع في الطلقات غير حرام متى كان في الطهر، وإنما تفيد الآية الكريمة على رأيهم تحريم الطلاق في وقت الحيض فقط، سواء كان مفرداً أو مجموعاً.

والحرمة فيه للحيض لا للجمع، ومع ذلك فهم يقولون بلزوم الطلاق إذا وقع في الحيض مجموعاً كان أو مفرداً، كما يقول الآخرون بذلك اللزوم، إلا أنهم يزيدون مع الحكم بلزوم الطلاق مجموعاً الحكم بتحريمه إذا وقع في الطهر، فإن جمعت الطلقات حرم عند غير الإمام الشافعي، ومن نهج نهجه إذا كان بكلمة واحدة، أو بكلمات في مجلس واحد، ولا يلزم من كون الطلاق في الحيض معصية باتفاق الأئمة، أنه لا يقع مفرداً أو مجموعاً، فإن الله ﷻ يقول: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١] ومعناه: من يخالف أوامر الله في هذه الآية، وغيرها كأن أوقع الطلاق في الحيض، أو جمع ثلاث، فقد عرض نفسه للضرر، فلو لم يكن طلاقه واقعاً ما كان ظالماً لنفسه.

فالفقهاء متفقون: على وقوع الطلاق مفرداً أو مجموعاً، والخلاف بينهم في حرمة الطلاق المجموع، والمعصية ليست مانعة من وقوع الطلاق مجتمعاً، ألا ترى الظهار جعله الله منكراً من القول وزوراً، ومع هذا لزم المظاهر حكمه.

الدليل الثالث: جاء في الحديث المنفق عليه: ((أن عويمراً العجلاني قال بعد الفراغ من اللعان: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ فطلقها - أي: عويمر العجلاني - ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ بطلاقها)) وفي رواية لأحمد: ((هي الطلاق، وهي الطلاق، وهي الطلاق)).

فتطبيق عويمر امرأته ثلاثاً بعد اللعان: دليل واضح على أنه يعلم أن التطبيق على هذا الوجه طريق للبينونة الكبرى، التي يريدها، وقد كان ذلك بمسمع من رسول الله ﷺ ولم ينكر عليه.

قال الحافظ ابن حجر: الاحتجاج به من كون النبي ﷺ لم ينكر عليه إيقاع الثلاث مجموعاً، فلو كان ممنوعاً لأنكره، ولو وقعت الفرقة بنفس اللعان، وقد اعترض على هذا الاستدلال بهذا الحديث، بأن المفارقة في الملاعنة، وقعت بنفس اللعان، فلم يصادف تطبيقه إياها ثلاثاً موقعا، فتقرير الرسول ﷺ لعويمر لا يدل على وقوع الثلاث، ولا على أن جمعها في كلمة واحدة جائز؛ لأن النهي إنما هو فيما يكون في طلاق رافع لنكاح، كان المطلوب الدوام، والملاعنة أوقع الطلاق على ظن أنه بقي له إمساكها، ولم يعلم أنه باللعان حصلت له فرقة الأبد سواء أكان فراقه بنفس اللعان، أو بتفريق الحاكم، فكلام عويمر لا أثر له؛ لأنه باللعان تبين منه زوجته؛ ومن ثم لم يكن هناك داعٍ لإنكار الرسول ﷺ عليه.

وعليه فلا يصح الاستدلال بسكوته ﷺ على إقراره، وبهذا يتضح أن الحديث في غير محل النزاع، وقد أجيب عن هذا الاعتراض بما يلي:

أولاً: أن الصحابي لو لم يكن متقرباً عنده لزوم الثلاث دفعة واحدة ما نطق به، فقصد الصحابي انقطاع عصمة زوجته بالثلاث دفعة، دالة على أن ذلك كان متعارفاً عندهم، وقد قال الإمام النووي في شرح مسلم، عند قوله في هذا الحديث: ((كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً)) إلى آخر ما نصه قوله: ((فطلقها)) أي: عقب قوله ذلك بطلاقها، وذلك لأنه ظن أن اللعان لا يحرمها عليه، فأراد تحريمها الطلاق فقال: ((هي طالق ثلاثاً)).

ثانياً: أن أحاديث اللعان ألفاظها في فراق الملاعنة مختلفة اختلافاً كثيراً؛ ولذلك اختلف العلماء فيما تقع به الفرقة بينهما، هل هي بنفس اللعان أو بإيقاع الحاكم بعد الفراغ من اللعان، أو بإيقاع الزوج؟

فالشافعي، وسحنون من المالكية يقولون: إن الفرقة تقع بعد فراغ الزوج من الملاعنة، ومالك وجمهور أصحابه يقولون: بوقوع الفرقة بعد فراغ المرأة من الملاعنة، وأبو حنيفة والثوري وأتباعهما يقولون: لا تقع الفرقة حتى يوقعها عليهما الحاكم بعد الملاعنة.

وذهب عثمان البتي: إلى أن الفرقة لا تقع حين يوقعها الزوج؛ لأن الفرقة لم تقع في القرآن، وظاهر الحديث: أن الزوج هو الذي طلق ابتداءً، وباختلاف العلماء في ما تقع به الفرقة بين المتلاعنين، يتضح لنا صحة الاستدلال بحديث عويمر، وأنه مما يستشهد به في مسألة الطلاق الثلاث.

الدليل الرابع: عن عائشة > : ((أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجت فطلق، فسئل النبي ﷺ: أتحل للأول؟ قال: لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول)).

فالحديث دلّ على أن النبي ﷺ لم يسأل عن الطلاق الثلاث أكان مفزقاً أو مجموعاً؟ بل أفتى بأنها لا تحل للأول الذي طلق ثلاثاً، إلا بعد ذوق العسيلة من الثاني، ولو كان المجموع لا يلزم به إلا طلقة واحدة رجعية، ما ترك رسول الله ﷺ الاستفسار كيفية طلاق هذا المطلق الأول، فلما لم يستفسر ﷺ السائل، علم قطعاً أنه لا فرق في لزوم الثلاث بين مجموعة ومفرقة.

ورحم الله الإمام الشافعي الذي قال: ترك الاستفصال في حكاية الأحوال مع قيام الاحتمال، منزل منزلة العموم من المقال، فكأنه ﷺ قال: من طلق ثلاثة مجموعة أو مفزقة لا تحل له من طلقها حتى تتزوج بآخر، ويدخل بها.

وأجمعت الصحابة، ومن بعدهم على لزوم الثلاث لمن أتى بها مجموعةً من عهدِ عمرَ < ولم يحفظ عن صحابيٍّ واحدٍ، بعد إعلانِ عمر < لحكم الله في هذه المسألة، أنه خالف عمر < فأفتى بأن الثلاث واحدة، ولم يحتج عليه بحديث أو آية.

وبعد فهذه الأدلة التي استدلت بها الجمهور أصحاب القول الأول، وهي واضحة في إثبات الدعوة، وإيكم بعض النصوص الواردة عن الصحابة وغيرهم التي يستأنس بها في هذه المسألة على رأي الجمهور.

أولاً: أخرج أبو داود في "كتاب الطلاق" عن مجاهد، قال: كُنْتُ عند ابن عباس } فجاء رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، أي: يفعل فعل الحمقى بتطبيقه زوجته ثلاثاً بلفظٍ واحدٍ، وإنك لم تتق الله، فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، وإن الله تعالى قال: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١١] أي: من قبل عدتهن.

ثانياً: وهذا أخرجه البيهقي في (سننه)، وابن حزم في (المحلى) بالسند الصحيح: "رفع إلى عمر < رجل طلق امرأته ألفاً، فقال له عمر: أطلقت؟ فقال: إنما كنت أعب، فعلاه بالدرة، وقال: إنما كان يكفيك من ذلك ثلاثاً"، وأخرجه ابن أبي شيبه أيضاً بسنده، ولفظه عن زيد بن وهب: "أن رجلاً بطالاً كان بالمدينة طلق امرأته ألفاً، فرفع إلى عمر فقال: إنما كنت أعب فعلى رأسه عمر بالدرة، وفرقَ بينهما"، فانظر إلى استحطاء عمر < بالسنة الثابتة وهي قول رسول الله ﷺ: ((ثلاثٌ جدُّهنَّ جدُّ، وهزلهنَّ جدُّ: النكاحُ، والطلاقُ، والرجعةُ)).

وأخرج ابن أبي شيبة أيضاً في مصنفه: "أن رجلاً جاء إلى عثمان بن عفان < فقال: إني طلقت امرأتي مائة، فقال: ثلاث تحرمها عليك، وسبع وتسعون عدواً".

كما أخرج الإمام مالك في (الموطأ): "أن رجلاً جاء إلى علي < فقال: إني طلقت امرأتي ألفاً، فقال: بانت منك بثلاث"، وصحَّ عن علي < أنه كان يفتي في الباتة والحرام أنها ثلاث.

وأخرج الإمام مالك في (الموطأ): "أن رجلاً جاء إلى ابن مسعود < فقال: إني طلقتُ امرأتي ثمانِي تطلقات، فقال ابن مسعود: فماذا قيل لك؟ فقال: قيل لي: إنها قد بانت مني، فقال ابن مسعود: صدقوا، من طلقَ كما أمره الله، فقد بين الله له، ومن لبس على نفسه لبساً، جعلنا لبسه ملصقاً به، لا تلبسوا على أنفسكم وتحمله عنكم"، وهو كما يقولون.

كما أبرز الإمام مالك في (الموطأ) وعبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة في مصنفه: "أن رجلاً قال لعبد الله بن عباس: إني طلقت امرأتي مائة تطلقه، فماذا ترى علي؟ فقال ابن عباس: طلقتُ منك لثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزواً".

القول الثاني: الطلاقُ الثلاثُ بلفظ واحد يقع طلاقة واحدة رجعية:

وهو قول الزيدية، واختار هذا الرأي ابن تيمية، وعوقب بسببه، كما اختاره أيضاً تلميذه ابن القيم، وطيف به على جمل بسبب الفتوى بعدم وقوع الثلاث. قال بعض العلماء: لا أدري لما لم يوافقنا الشيعة في نكاح المتعة أيضاً؛ لأن ما ورد في طلاق الثلاث من أحاديث، ومع كونه لم يقع الإجماع على تحريمه إلا في زمن عمر < وارد في المتعة حرفاً بحرف.

وقد نُصِّحَ علماءُ زمانِ ابنِ تيمية، ومن بعده، كـ"تقي الدين السبكي وعز الدين بن جماعة، وغيرهما على أن هذه المسألة من المسائل التي خرق ابن تيمية فيها الإجماع، ولم يسبقه إلى القول بها أحد من أهل المذاهب الفقهية الأربعة، ومن قال: إنه سبقه بهذا القول أحد من المذاهب الأربعة، فليذكره، وقد تبع ابن تيمية فيما ذهب إليه بعض العلماء، على أنه مما ينبغي التنبيه عليه أن بعض العلماء نقلوا في كتبهم ما ذكره ابن مغيث من خلاف في وقوع الثلاث، عن بعض الصحابة كعلي وابن مسعود وابن عوف والزيير.

وما ذكره ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء، وطاوس وعمرو بن دينار، والحق: أنه لم يثبت عن الصحابة الأربعة، ولا عن هؤلاء الثلاثة من أصحاب ابن عباس شيء ينافي ما عليه الجمهور من وقوع الثلاث مجموعة على المدخول بها، وقد روى عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن طاوس أنه قال: من حدثك عن طاوس أنه كان يروي بطلاق الثلاث واحدة، فكذبه.

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فهذه الآية الكريمة دلت على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان:

الأول: الطلاق الذي لا يملك الرجل فيه الرجعة، وهو ما دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

الثاني: الطلاق الذي يملك الرجل فيه الرجعة، وهو الذي يسبق الطلقة الثالثة، وقد شرعه الله مرتين، ولا يفهم العرب من كلمة مرتين، إلا الحصول متعاقبا دفعة بعد دفعة، وعليه فمن أوقع الثلاث بلفظ واحد لا يقع إلا طلقة واحدة رجعية.

هذه هي وجهة نظرهم في فهم الآية، وأحيل إلى ما قلته حول هذه الآية عند ذكرنا للأدلة الجمهور أصحاب القول الأول.

الدليل الثاني:

عن ابن جريج عن بعض آل بني رافع عن عكرمة عن ابن عباس { قال: ((طَلَّقَ عبد يزيد أبو ركانة وإخوته أم ركانة، ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي ﷺ فقالت: ما يغني عني إلا كما تغني عني هذه الشعرة، أخذتها من رأسها، ففرَّقَ بيني وبينه، فأخذتُ النبي ﷺ حمية، فدعا بركانة وإخوته، ثم قال لجلسائه: أترون فلاناً يشبه منه كذا وكذا؟ قالوا: نعم، قال النبي ﷺ: لعبد يزيد طلقها ففعل، ثم قال: راجع امرأتك أم ركانة فقال: إني طلقها ثلاثاً يا رسول الله قال: قد علمت راجعها)) والحديث رواه أبو داود.

فالحديث يفيد بظاهره: أن طلاق الثلاث لا يقع ثلاثاً، وإلا لما أمره النبي ﷺ بمراجعتها، وأجيب عن هذا من قبل الجمهور بأن هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به؛ لأن في سنده مجهولاً بعض آل بني رافع.

قال الحافظ ابن حجر في (الإصابة): لا أعرف من هو، وقال غيره: هو محمد بن عبيد الله بن أبي رافع، وثقه ابن حبان، وقال البخاري منكر الحديث، وقال ابن حجر: فإن كان هذا الحديث محفوظاً، فهي قصة أخرى وقعت لأبي ركانة غير قصة ابنه ركانة، وهو ظاهر من تغاير سياق القصتين.

القول الثالث: يقع الثلاث على المدخول بها، وتقع واحدة على غير المدخول بها:

وهو قول جماعة من أصحاب ابن عباس } وإليه ذهب إسحاق بن راهويه، والحسن البصري، وقد استدلل أصحاب هذا القول برواية طاوس عن أبي الصهباء أنه قال لابن عباس } : أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها، جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر، قال ابن عباس: "بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وصدراً من إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيه قال: أجزهن عليهن".

فالحديث يدل بظاهره على أن المطلقة ثلاثاً قبل الدخول بلفظ واحد تطلق طلقة واحدة فقط، وقد تقدم رد الجمهور على هذا الحديث والاستدلال به، وأقول: إنه يجب التشدد مع من يطلق لسانه بالطلاق الثلاث قبل الدخول؛ حيث إن الفطرة التي تتقدم الدخول يتقرب كل واحدٍ منهما إلى الآخر بجلو الكلام، وطيب الحديث، فإذا فاجأ الزوج الجميع وطلق امرأته ثلاثاً، فإنه يكون رجلاً لا يؤمن جانبه بعد الدخول، فمثله يجب التشديد معه، وما ينبغي أن يستدل بحديث أبي الصهباء على احتساب الثلاث قبل الدخول واحدة؛ لأن العلماء لم يسلموا بظاهر الحديث وضعفوه كما تقدم.

القول الرابع: الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء أصلاً:

وهو قول بعض الإمامية، وابن عُلَيَّة وهشام بن الحكم، وبعض أهل الظاهر، واستدل أصحاب هذا القول: بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد، طلاقٌ بدعيٌّ

محرمٌ، وكل بدعي مردود؛ لقوله ﷺ: ((مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا، فَهُوَ رَدٌّ)).

فالطلاق الثلاث بلفظٍ واحدٍ مردودٍ، ولا يترتب عليه أثر، وقد أجيب عن هذا من قبل الجمهور بأنه لا يلزم من الرد عدم الصحة، والأدلة التي استدللنا بها تلك على صحة طلاق الثلاث ووقوعه.

فهذه هي أقوالُ العلماء في مسألة الطلاق الثلاث بلفظٍ واحدٍ، وبعد استعراض أدلة الجميع مع مناقشة ما يحتمل منها للمناقشة، أرى بأن الراجح في نظري هو رأي الجمهور القائل بوقوع الثلاث لمن حلف بها دفعة واحدة، لكن إذا رأى حاكم المسلمين العمل برأي مرجوح، فإنه يصير هو الحكم المشتبه، وذلك من باب التيسير على الناس، ومحافظة على الأسرة والرابطة الزوجية، خصوصاً ونحن في زمن قل فيه الورع وتهاون الناس في التلفظ بصيغة الطلاق، وهم يقصدون زجر نساءهم، وتهديدهن.

التفويض في الطلاق

أ. تعريفه:

التفويض في الطلاق هو: تمليك الغير الطلاق، ويفرّق بين الوكالة والتفويض، بأن المفوض مالك يعمل بمشيئته بخلاف الوكيل، فإنه يعمل بمشيئة موكله.

ب. الفرق بين التفويض والتوكيل:

يفرق بين التفويض والتوكيل من أمور تتعلق بالحكم منها:

الفرق الأول: الزوج له أن يعزل الوكيل في أي وقت شاء، فإن عزله فليس له أن يطلق بعد هذا العزل. أما التفويض فإن الزوج لا يملك عزل من فوضه، بل إنه يلزمه تنفيذ ما فوضه به؛ لأن التفويض تعليق الطلاق على المشيئة ممن فوض إليه، فهو طلاق معلق، ومن علق الطلاق على أمر لا يملك أن يرجع في كلامه، ويلغى تعليقه.

الفرق الثاني: الوكيل لا يتقيد بوقت إن كان التوكيل مطلقاً، أما التفويض فإنه يتقيد بمجلسه إذا كان مطلقاً، إلا إذا كانت صيغة التفويض تعم الأوقات كلها، كأن يقول لها: طلقي نفسك في أي وقت شئت، أو متى شئت، فإنها في هذه الحال لا تتقيد بمجلس التفويض.

ج. التكيف الفقهي للتفويض:

يرى الحنفية: أن التفويض لازم من جانب الزوج، فلا يملك الرجوع عنه، ولا منع المرأة مما جعل لها ولا فسخه؛ لأنه ملكها الطلاق، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك، فلا يملك إبطاله بالرجوع والمنع والفسخ؛ ولأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها، والتعليق يمين والأيمان بعد صدورهما لا يمكن الرجوع فيه.

أما التفويض من جانب المرأة: فهو غير لازم في حقها، فتملك رده صراحة أو دلالة بإرادتها المنفردة؛ لأن جعل الأمر إليها، ويدها تخيير لها بين أن تختار نفسها، وبين أن تختار زوجها، والتخيير ينافي اللزوم، لكن ينبغي أن يعلم بأنه ليس لها أن تختار إلا مرة واحدة؛ لأن قول الرجل لها أمرك بيدك، لا يقتضي

التكرار إلا إذا اقترن بما يقتضي التكرار، بأن قال لها: أمرك بيدك كلما شئت، فيصير الأمر بيدها فيما ذكر وغيره، ولها أن تطلب في كل مجلسٍ تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث، مع ملاحظة أنها لا تملك أن تطلق نفسها في كل مجلس إلا تطليقة واحدة؛ لأن تفويضه الطلاق يقتضي حصره في كل مجلس مرة.

د. أقسام التفويض:

ينقسم التفويض في الطلاق إلى قسمين: صريح وكناية.

وألفاظ الصريح كأن يقول لزوجته: طلقي نفسك إذا شئت أو متى شئت، فهذا تفويض بالطلاق إلى المرأة تملك به تطليق نفسها في المجلس.

وأما الكناية فهي لفظان: أحدهما: "اختاري"، ثانيهما: "أمرك بيدك"، ومع هذا يتبين أن ألفاظ التفويض ثلاثة، وهي:

أحدها: الصريح سواء كان مقيداً بالمشيئة، أو لا.

ثانيها: "اختاري".

ثالثها: "أمرك بيدك".

والثاني والثالث كناية لا يقع بها الطلاق إلا بثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن ينوي الزوج به الطلاق.

الشرط الثاني: أن تنوي الزوجة كذلك الطلاق.

الشرط الثالث: أن تضيف الطلاق لنفسها، وإلى زوجه.

هـ. الأصل في التفويض :

الأصل في التفويض هو أن نساء النبي ﷺ طالبنه بسعة النفقة عليهن بما لا يقدر عليه، فغضب وحرمنه على نفسه شهراً؛ فأنزل الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلُوبًا لَأُزْوَجَكَ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْكُمْ أُمْتِعْكُمْ وَأُسْرِحْكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾ وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْدارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُمْ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [الأحزاب: ٢٨، ٢٩].

ولكن الظاهرية قالوا: بعدم جواز التفويض؛ لأنه تمليك الطلاق للمرأة، ومعلوم: أن الطلاق بيد الرجل بحكم الشرع، ولا يخير أحد حكم الشرع، وقالوا: إن ما كان من النبي ﷺ فهو خاص به، وليس في معنى التفويض؛ لأنه لم يجعل الطلاق بأيديهن، بل إن من تختار الفراق يطلقها هو، ولا تطلق نفسها بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُسْرِحْكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

و. زمن التفويض :

زمن التفويض يصح عند الحنفية أن يكون التفويض مقارناً لإنشاء عقد الزواج أو بعده أثناء قيام الزوجية، واشتراطوا لصحة التفويض المقارن للعقد أن يكون الإيجاب صادراً من الزوجة أو وكيلها، كأن تقول للرجل: تزوجتك على أن يكون الطلاق بيدي أو متى شئت، ويقبل الرجل التفويض، وإذا صح التفويض بإيجاب المرأة، وقبول الرجل حين العقد، وكان مطلقاً عن التقييد بزمن معين كأن تقول له: تزوجتك على أن طلاق بيدي فيقول لها: قبلت، تقييد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد، فإذا انتهى مجلس العقد لم يكن لها الحق في طلاق نفسها بعدئذ.

ز. ونساءل: هل للزوج الحق في الطلاق مع التفويض؟

بالرغم من أن التفويض عبارة عن تمليك الزوجة حق تطليق نفسها، فهو يشبه التوكيل، فيبقى للزوج الحق في إيقاع الطلاق على زوجته المفوضة، كما يحق للموكل التصرف في الأمر الموكل فيه بعد التوكيل.

الرجعة: تعريفها، دليلها، بم تحصل، والإشهاد عليها

١. تعريف الرجعة:

في اللغة: من راجع فلان في أمره مراجعة، رجع إليه وشاوره، وراجع زوجته: ردها بعد الطلاق.

الرجعة عند الفقهاء هي: استدامة ملك النكاح القائم في العدة للمطلقة رجعيًا، يفهم من هذا أن المطلقة طلاقًا بائنًا لا تسمى عودتها لزوجها رجعة، بل مراجعة، لتوقف ذلك على رضا الزوجين؛ لأن المفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين، لأنها لا تتم إلا بعقد ومهر جديدين، ويشترط رضا المرأة بذلك، وعودة المطلقة رجعيًا خلال العدة لا يشترط فيها شيء من ذلك مطلقًا.

٢. دليل الرجعة:

قلنا: إن الرجعة تكون للمدخول بها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَبِعُولَتَيْنِ بِرِجْزٍ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في العدة، وقوله سبحانه: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] قيل: هي الرجعة، وزجره سبحانه عن

الثلاث بقوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] يعني: الندم، فيكون له سبيل إلى الارتجاع؛ ولأن الرجعة في حق الزوج وحده فينفرد بها، ولا يشترط رضا المرأة بها، وذلك لا يكون إلا في المدخول بها؛ لأن غير المدخول بها لا عدة عليها، فلا سبيل إلى ردها إلا بنكاح جديد، وذلك يفتقر إلى إذنها ورضاها.

٣. بم تحصل الرجعة؟

تحصل الرجعة بالقول كما تحصل بالفعل، بالقول مثل: أن يقول المطلق لزوجته المطلقة: راجعتك، أو راجعت زوجتي إلى عصمتي، أو رددت زوجتي إلى عصمتي، أو رددتك، ونحو ذلك، والرجعة بالفعل مثل: الجماع ودواغيه كالقبلة واللمس بشهوة، وسائر الاستمتاع بلذة إذا نوى به الرجعة.

٤. الإشهاد على الرجعة:

لا يشترط لصحة الرجعة الإشهاد عليها، بل هو مستحب؛ لأنها حق من حقوق الزوج، بدليل أن الزوج له الرجعة بغير رضا المرأة، ولا يلزم الإنسان بالإشهاد على استيفائه لحقه؛ لأن استحباب الإشهاد مخافة الجحود، كما يستحب للزوج أن يعلن الزوجة بأنه راجعها حتى لا تتزوج غيره بعد خروجها من عدته، ظناً منها أنها قد بانت منه.

لكن الذي يشترط للرجعة أن تكون منجزة غير معلقة على شرط، ولا مضافة إلى زمن مستقبل، فإذا علقت أو أضيفت لم تصح؛ لأنها كالزواج، وهو لا يقبل ذلك، فإذا خرجت المرأة من عدتها فقد بانت من زوجها وليس له عليها رجعة،

بل له مراجعتها، ويكون ذلك بعقد ومهر جديدين، ويشترط رضاها - كما ذكرنا - إلا إذا كانت البيونة كبرى.

٥. إذا تزوجت المرتجعة بآخر ولم تعلم بالرجعة:

من طلق امرأته ثم ارتجعها خلال العدة ولم تعلم بذلك حتى خرجت من عدتها وتزوجت غيره فإن الحال لا يخلو عن واحد من أمرين: إما أن يكون الثاني قد دخل بها، وإما أن ألا يكون قد دخل بها، فإن كان الثاني دخل بها فهي له، ولا سبيل للأول عليها؛ لأنها تزوجت زواجاً صحيحاً بعد خروجها من عدتها، ولم تعلم بالرجعة، ويكون الثاني قد تأكد حقه فيها وثبت بالدخول بها، وإن لم يكن الثاني دخل بها فقبل: إنها للأول، وقيل: إنها للثاني.

والذي يترجح أنها للأول؛ لأن عمر < قضى بذلك، ولا مخالف له، حكم به في رجل يُكنى "أبا كنف" وكان ارتجع امرأته وهي لا تعلم، فتزوجت، فأدركها والنساء يهدينها للثاني، فكتب له عمر أنه أحق بها، إن كان الثاني لم يدخل بها.

البيع: تكوين عقد البيع، تعريفه، مشروعيته، أركانه، وكيفية انعقاده

١. تعريف "البيع":

البيع في اللغة: مقابلة شيء بشيء، وهو من أسماء الأضداد - أي: التي تطلق على الشيء وعلى ضده - مثل: الشراء، كما قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠] أي: باعوه، وقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ مَا شَكْرُوا بِهِ﴾

﴿ أَنفُسَهُمْ ﴾ [البقرة: ١٠٢] ويقال لكل من المتعاقدين: بائع، ويبيع، ومشتري، وشار.

والبيع في الاصطلاح عند الحنفية: مبادلة مالٍ بمالٍ على وجه مخصوص، أو هو مبادلة شيءٍ مرغوبٍ فيه بمثله على الوجه المفيد المخصوص أي: بإيجاب أو تعاطٍ، وخرج بقيدٍ مفيدٍ ما لا يفيد كبيع درهم بدرهم، وغير المرغوب مثل: الميتة، والدم، والتراب، وقال النووي في كتابه (المجموع): البيع: مقابلة مالٍ بمالٍ تملكاً، وعرفه ابن قدامة في (المغني) مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً، وهو مشتق من الباع؛ لأن كل واحد من المتعاقدين يمد يده للأخذ والإعطاء، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبيع صاحبه - أي: يصفحه عند البيع - فسمي البيع صفقة.

والمراد بالمال عند الحنفية: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، ومقصود من البيع هنا: هو العقد المركب من الإيجاب والقبول.

٢. مشروعية البيع:

شرع البيع بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فبصريح قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله ﷺ: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

وأما السنة: فأحاديث كثيرة، منها ما رواه الترمذي وقال: حديث حسن: ((سئل النبي ﷺ أي الكسب أطيب؟ فقال: عمل الرجل بيده، وكل بيع

مبرور)) أي: لا غش فيه، ولا خيانة، ومنها: قوله ﷺ: ((إنما البيع عن تراض)) وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون، فأقرهم عليه، وقال: ((التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء)).

وأجمعت الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا على جواز البيع، والحكمة الشرعية تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففي تشريع البيع الطريق إلى تحقيق كل واحد غرضه، ودفع حاجته، والإنسان هو مدنيٌّ بالطبع، لا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين.

٣. حكم البيع:

الأصل في البيوع الإباحة، قال الإمام الشافعي: فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائز الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبجناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى أي: في قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

٤. ركن البيع:

ركن البيع عند الحنفية هو: الإيجاب والقبول الدالان على التبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركنه - بعبارة أخرى - : الفعل الدال على الرضا لتبادل الملكين من قولٍ أو فعلٍ، وهذا قولهم في العقود؛ وللبيع عند الجمهور أركان أربعة هي: البائع، والمشتري، والصيغة، والمعقود عليه، وهذا رأيهم في

كل العقود، والإيجاب عند الحنفية: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين، سواء وقع من البائع: كبعت، أو من المشتري كأن يتدئ المشتري فيقول: اشتريت بكذا، والقبول: ما ذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين، فالمعتبر إذاً أولية الصدور وثانويته فقط، سواء كان من جهة البائع، أم من جهة المشتري.

وعند الجمهور الإيجاب هو: ما صدر ممن يكون منه التملك وإن كان متأخراً، والقبول هو: ما صدر ممن يصير له الملك وإن صادر أولاً؛ وأركان البيع عند الجمهور - غير الحنفية - ثلاثة أو أربع: عاقد - بائع ومشتري - ومعقود عليه - ثمن ومثمن - وصيغة: إيجاب وقبول، والكلام في الإيجاب والقبول في موضعين أحدهما: في صيغة الإيجاب والقبول، والثاني: في صفة الإيجاب والقبول.

صيغة الإيجاب والقبول: صيغة العقد هي صورته التي يقوم بها من إيجاب وقبول إن كان العقد التزاماً بين طرفين، أو إيجاب فقط إن كان التزاماً من جانب واحد، اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين، بإنشاء التزام بينهما، وهذا هو ما يعرف عند العلماء بـ"صيغة العقد" أو ما يسمى عند القانونيين بـ"التعبير عن الإرادة".

ويشترط في صيغة العقد:

أن يكون صدورها من المتعاقدين بطريقٍ يعتبره الشارع، وطريق اعتبار الشارع عند الحنفية: هو أن البيع ينقذ بكل لفظ يدل على التراضي بتبادل الملك في الأموال بحسب عرف الناس وعاداتهم؛ فقالوا: ينقذ البيع بصيغة الماضي مثل:

بعث، واشترت؛ وبصيغة الحال مع النية مثل: أبيع، وأشتري، أما البيع: فبلفظ الاستدعاء الذي يعبر به المستقبل، فلا ينعقد به البيع عند الحنفية، كأن يقول: بعني، أو اشتري مني، ما لم يقل المشتري مرة ثانية - في المثال الأول - : اشترت، وفي المثال الثاني يقول البائع ثانية: بعث؛ لأن طالب البيع أو الشراء - وهو المستدعي - ينسب إلى الغش والتدليس في العادة، وربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في البيع عيب لما كان يسأل غيره في أخذه، وإنما غيره هو الذي يطلبه - كما هو معروف في الأسواق - ثم إنه لو تأخر القبول عن الإيجاب لم يصح به البيع، فلم يصح إذا تقدم؛ ولأنه عقد خلا عن القبول فلم ينعقد، كما لو لم يطلب البيع أو الشراء.

الفرق بين البيع والزواج:

هذا بخلاف عقد النكاح، إنه يصح بلفظ الاستدعاء مثل أن يقول: زوجني - أي: بفعل الأمر - لأن في هذه الحالة يكون قوله: زوجني توكيلاً بالزواج، فإذا زوجه امتثل أمره، ولبي طلبه، فيكون المزوج ولياً من طرف، ووكيلاً من طرف، والشخص الواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع، فإنه لا يجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه، أو يبيع ماله منه، وكذا الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه.

وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح وهو: أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة، فلا تكون صيغته إيجاباً وقبولاً حقيقية، بل هي طلب الإيجاب والقبول، فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما، ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح؛ لأن المساومة لا توجد فيه عادة، لأنه مبني على مقدمة ألا

وهي: الخُطبة، فتُحمل هذه الصيغة على الإيجاب والقبول؛ وأما البيع: فلا يكون مسبقاً بمثل ذلك، فكان الأمر فيه مساومة، عملاً بحقيقة لفظ الأمر، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل ولم يوجد في البيع بخلاف النكاح.

والخلاصة:

أن صيغة البيع عند الحنفية: إما أن تكون بلفظين من غير نية، وذلك بصيغة الماضي مثل: بعْتُ، واشتريتُ، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عُرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على اللغة، أو بلفظين مع النية يدلان على الحال، وذلك بصيغة المضارع؛ لأن المضارع يُحتملُ الحال، أو الاستقبال، فتكون النية لدفع المحتمل، وهو أن يراد الوعد بالبيع في المستقبل، فتكون نية الإيجاب للحال مانعة من إرادة المستقبل، أو بثلاثة ألفاظٍ، وذلك بلفظ الاستفهام بأن قال المشتري: أتبيع مني هذا الشيء؟ أو بلفظ الأمر بأن قال البائع: اشترى مني هذا الثوب، أو قال المشتري: بع مني هذا الثوب، لا ينعقدُ في هذه الأمثلة، ما لم ينضم إليها لفظ ثالث فيقول المشتري في المثال الأول: اشتريت؛ لأن لفظ الاستفهام لا يستعمل للحال حقيقة، ويقول البائع في المثال الثاني: بعْتُ، ويقول المشتري في المثال الثالث: اشتريت.

وعلى هذا لا يصح أصلاً البيع بلفظ الأمر مجرداً، سواء نوى أو لم ينو، إلا إذا دل على الحال مثل: خُذْهُ بكذا، كما لا يصح أصلاً بالمضارع المقترن بـ"السين" أو "سوف" مثل: سأبيع؛ لأن ذكر "السين" يناقض إرادة الحال.

وقال المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة: ينعقد العقد، سواء أكان بيعاً أو نكاحاً بلفظ الاستدعاء - أي: بلفظ الأمر - مثل: بعني، أو اشترمني،

فيقول الآخر: بعث، أو اشتريت؛ لأن أساس العقد هو التراضي، ولفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجهٍ تحصلُ منه الدلالة على تراضيهما به عرفاً، فصحَّ كما لو تقدم الإيجاب، وبه يحصل الغرض بكون المستدعي بائعاً أو مشترياً.

٥. بيع المعاطاة:

بيع المعاطاة أو بيع المراوضة وهو: أن يتفق المتعاقدان على ثمنٍ ومثمنٍ، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبولٍ، وقد يوجد بلفظ من أحدهما، مثل: أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر الثمن من غير تكلم ولا إشارة؛ سواء أكان المبيع حقيراً أم نفيساً، وقد اختلف الفقهاء في حكمه، فقال الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم: يصح بيع المعاطاة متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا، ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين، والبيع يصح بكل ما يدل على الرضا؛ ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره عن أحد، فكان ذلك إجماعاً، فالقرينة كافية هنا في الدلالة على الرضا.

وقال الشافعية: يُشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية بالإيجاب والقبول، فلا يصح بيع المعاطاة، سواء أكان المبيع نفيساً أم حقيراً؛ لأن الرسول ﷺ قال - فيما صححه ابن حبان - : ((إنما البيع عن تراضٍ)) والرضا أمر خفي فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ، لا سيما عند إثبات العقد حالة التنازع، فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ، وقد اختار جماعة من الشافعية منهم: النووي، والبعوي، وغيرهما صحة انعقاد بيع

المعاطاة في كل ما يعده الناس بها بيعاً ؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ فيجري للعرف كسائر الألفاظ المطلقة، قال النووي : وهذا هو المختار للفتوى.

وبعض الشافعية - كابن سريج، والريواني - خصصا جواز بيع المعاطاة بالمحقرات - أي: غير النفيسة - وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز، وحزمة بقل، ونحوها، ويلاحظ أن الفقهاء أجمعوا على أن الزواج لا ينعقد بالفعل، بل لا بد من القول للقادر عليه لخطره، فكان لا بد من الاحتياط له، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة وهو القول.

نتقل بعد ذلك إلى الحديث عن صفة الإيجاب والقبول:

لا يكون كل من الإيجاب والقبول لازماً قبل وجود الآخر، فإذا وجد أحدهما لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر، ويكون لكل من المتعاقدين - حينئذ - خيار القبول والرجوع، فإذا تم الإيجاب والقبول فهل يكون لأحد العاقدين في مجلس العقد خيار الرجوع؟

اختلف العلماء؛ قال الحنفية والمالكية: يلزم العقد بالإيجاب والقبول؛ لأن البيع عقد معاوضة، يلزم بمجرد تمام لفظ البيع والشراء، ولا يحتاج إلى خيار مجلس؛ ولقول عمر <: "البيع صفقة أو خيار" وقالوا عن حديث: ((البائع بالخيار ما لم يتفرقا)) المراد بالمتبايعين هما: المتساومان والمتشاغلان بأمر البيع، والمراد بالتفرق: التفرق بالأقوال، وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب: لا أشتري، أو يرجع الموجب قبل القبول فالخيار قبل القبول ثابت، وردَّ بعضهم هذا الحديث؛ لمعارضته لآية: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّرَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وآية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقال بعضهم بأن الحديث منسوخ.

بهذا يظهر أن خيار المجلس مقصود عند الحنفية والمالكية على ما قبل تمام العقد، فإذا أوجب أحد المتعاقدين فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رده، وهذا هو خيار القبول وخيار الرجوع.

وقول الشافعية والحنابلة: إذا انعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزاً - أي: غير لازم - ما دام المتعاقدان في المجلس، ويكون لكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع أو إمضائه، ما دام مجتمعين لم يتفرقا أو يتخيرا، ويعتبر في التفرق العرف، وهو أن يتفرقا عن مقامهما الذي تبايعا فيه، والمراد به: التفرق بالأبدان، وهو التفرق حقيقة، وهو الذي يكون لذكره في الحديث فائدة؛ لأنه معلوم لكل واحد أن المتعاقدين بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول، وهذا هو خيار المجلس الثابت في أنواع البيع؛ لما روى الشيخان أنه ﷺ قال: ((البائع بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر)) أي: اختر اللزوم.

قال ابن رشد: وهذا الحديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها، وقد أثبت ابن حزم في (المحلى) تواتره، وقد ردوا على المالكية والحنفية: بأن اللفظ الوارد في الحديث لا يحتمل ما قالوه - أي: التفرق بالأقوال - إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ، ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيهما، وتأويلهم يبطل فائدة الحديث؛ لأنه من المعلوم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه، ومعنى قول عمر السابق: "البيع صفقة أو خيار" هو أن البيع ينقسم إلى: بيع شرط فيه الخيار، وبيع لم يشترط فيه الخيار، وقد سماه "صفقة" لقصر مدة الخيار فيه، إلا أنه أخذ على هذا الرأي: كونه يهدر أو يزعرع القوة الملزمة للعقد، وهو مبدأ خطير من أهم المبادئ القانونية.

شروط انعقاد البيع

يجب أن يتوافر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط وهي: شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط لزوم.

والقصد من هذه الشروط في الجملة: منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية لمصالح العاقدين، ونقياً للغرر، والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة، فإذا اختلف شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلاً، وإذا اختلف شرط من شروط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسداً، وإذا لم يتوافر شروط النفاذ كان العقد موقوفاً على الإجازة، ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة، وإذا انعدم شروط اللزوم كان العقد مخيراً فيه - أي: مشتملاً على خيار الإمضاء أو الإبطال.

١. أولاً: شروط الانعقاد:

وهي ما يشترط تحققه باعتبار العقد منعقداً شرعاً، وإلا كان باطلاً، وقد اشترط الحنفية لانعقاد البيع: أربعة أنواع من الشروط: شروط في العاقد، وفي نفس العقد، وشروط في مكان العقد، وشروط في المعقود عليه.

أما ما يشترط في العاقد فهو شرطان:

الشرط الأول: أن يكون العاقد عاقلاً - أي: مميزاً - فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل، ولا يشترط البلوغ عند الحنفية، فيصح تصرف الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات - كما سيأتي تفصيله - وفي الجملة: إن تصرفات الصبي المميز العاقل تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التصرفات النافعة نفعاً محضاً كالاختطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وقبول الهبة، والصدقة، والوصية، والكفالة بالدين، فهذه التصرفات تصح من الصبي العاقل دون إذن، ولا إجازة من الولي؛ لأنها لنفعه التام.

القسم الثاني: التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالطلاق، والهبة، والصدقة، والإقراض، وكفالته لغيره بالدين أو بالنفس، فهذه لا تصح من الصبي العاقل، ولا تنفذ ولو أجازها وليه؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات؛ لما فيها من الضرر.

القسم الثالث: التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، والزواج، والمزارعة، والمساقاة، والشركات، ونحوها، فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته ما دام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ؛ لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد متعديداً، فلا ينعقد البيع بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين، بخلاف الوكيل في عقد النكاح، فإنه يصح أن يعقد النكاح وكيلاً من الجانبين، والفرق بين البيع والنكاح هو: أن للبيع حقوقاً متضادة مثل: التسليم والتسلم، والمطالبة بتسليم المبيع، وقبض الثمن، والرد بالعيب والخيارات، ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلاً، طالباً ومُطالباً، وهذا محال، وبما أن حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين، وأما

الوكيل في النكاح فإن حقوق العقد لا ترجع إليه، وإنما ترجع إلى الموكل فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول.

وقد استثني الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته، أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه؛ لأنه حينئذ اقترب من مال اليتيم بالتي هي أحسن، لكمال شفقتة، ووفرة رعايته بحكم طبيعة الحال، والوصي مثل الأب - عند أبي حنيفة وأبي يوسف - إذا تصرف بما فيه نفع ظاهر لليتيم، أو بمثل القيمة؛ لأنه مرضي الأب، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصغير.

وقال محمد: لا يجوز تصرف الوصي بمال الصبي لنفسه بمثل القيمة؛ لأن القياس يأبى جوازه أصلاً من الأب والوصي جميعاً، والتساهل في الأب لكمال شفقتة بخلاف الوصي، والقاضي لا ترجع إليه حقوق العقد فكان بمنزلة الرسول، والرسول لا تلزمه حقوق العقد؛ لأنه سفير، فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد من الجانبين، وأجاز جمهور الحنفية - بخلاف الشافعي، وزفر - للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد النكاح بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور ذكرت في مكانها؛ فهذان هما الشرطان اللذان اشترطهما الحنفية في العاقد. وأما ما يشترط في نفس العقد فهو شرط واحد، وهو: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب - كما سنفصله إن شاء الله.

وأما ما يشترط في مكان العقد فهو شرط واحد أيضاً، وهو: اتحاد المجلس الإيجاب والقبول - كما سنذكر تفصيله إن شاء الله.

ومجلس البيع هو: الاجتماع الواقع لعقد البيع.

وأما ما يشترط في المعقود عليه - أي: المبيع - فهو أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المبيع موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده، وما له خطر العدم، من أمثلة الأول: بيع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجر، ومن أمثلة الثاني - وهو ما له خطر العدم - : بيع الحمل، وبيع اللبن في الضرع، فكل من الحمل واللبن متردد بين الوجود وعدم الوجود، فهما على خطأ العدم؛ ودليل ذلك: "أنه ﷺ: نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها" والحديث متفق عليه من حديث ابن عمر، ويلحق به بيع ياقوتة فإذا هي زجاج، ففي هذا غلط في الجنس فلا ينعقد البيع؛ لأن البيع معدوم، ويُستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه في رأي بعض الحنفية.

الشرط الثاني: أن يكون المبيع مالاً متقوماً، والمال عند الحنفية - كما عرفناه سابقاً - : ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، أو بعبارة أخرى: كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه مخصوص معتاد، والأصح أنه: هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع إباحته شرعاً، وبعبارة أخرى: هو ما كان محرراً فعلياً، ويجوز الانتفاع به في حال الاختيار، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالإنسان الحر والميتة والدم، ولا بيع مال غير متقوم كالقمل والخنزير في حق المسلم، ويجوز بيع الآلات - الملاهي - عند أبي حنيفة؛ لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها، وعند الصحابين وبقية الأئمة لا ينعقد بيع هذه الأشياء؛ لأنها معدة للفساد.

الشرط الثالث: أن يكون مملوكاً في نفسه -أي: محرراً- وهو ما دخل تحت حيازة مالك خاص، فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك لأحد من الناس، مثل: بيع الكلاء ولو في أرض مملوكة، والماء غير المحرز، والحطب، والحشيش، وتراب

الصحراء، ومعادنها، وأشعة الشمس، والهواء؛ أما كون المبيع ليس مملوكاً للبائع فليس شرط انعقاد، وإنما هو شرط نفاذ - كما سيأتي.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع مقدوراً على التسليم عند العقد، فلا ينعقد بيع مع جواز التسليم، وإن كان مملوكاً للبائع، مثل: الحيوان الشارد، والطير في الهواء، والسماك في البحر، بعد أن كان في يده.

٢. شروط الإيجاب والقبول:

وهي ثلاثة شروط:

الشرط الأول: الأهلية، وهي عند الحنفية: أن يكون كل من الموجب والقابل عاقلًا مميزًا، يدرك ما يقول، ويعيه حقًا، فهو في الحقيقة شرط في العاقد لآ في الصيغة، إلّا بالنظر لصدورها من العاقدين، والتميز مقدر بتمام السنوات السبع، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير المميز؛ لأن العقد ارتباط بين إرادة طرفيه، والكلام ونحوه كالكتابة والإشارة دليل على هاتين الإرادتين، فكان لا بد من أن يكون هذا الدليل صادرًا من مميز عاقل، والبلوغ والاختيار ليسا من شروط الانعقاد عند الحنفية، لذا كان من الضروري الكلام في بيع الصبي والمكره عند فقهاء المذاهب.

بيع الصبي المميز:

قال الحنفية والمالكية والحنابلة: ينعقد تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي، وإلا كان موقوفًا على إجازة وليه، ودليلهم: أن المدار في التصرف على إذن الولي لا على الصبي؛ فصح البيع؛ لأن الصبي حينئذ كالدال،

والعاقل غيره، ولأن دفع المال إلى الصبي بعد رشده متوقفٌ على اختباره بالبيع والشراء، وأنه يُغبن أم لا؟ فكان لا بد من القول بصحة تصرفاته وعقوده، ولكن بإذن الولي؛ لتحصيل المصلحة وحفظ أمواله.

وقال الشافعية: لا ينعقد بيع الصبي؛ لعدم أهليته، وشرط العاقد بائعاً كان أو مشترياً: أن يكون راشداً، وهو أن يتصف بالبلوغ، وصلاح الدين، والمال، ودليلهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَأَكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] والتصرف بالبيع والشراء في معنى إعطاء السفهاء المال لاستنزاهم البيع والشراء؛ لبذل المال، والجميع بينهما: نقص العقل المؤدي بكل منهما لإضاعة المال في غير طريقه الشرعي.

بيع المكره، وبيع التلجئة:

بيع المكره: قال جمهور الحنفية: إن عقود البيع والشراء والإيجار ونحوها من المكره إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ تكون فاسدة؛ لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة هذه العقود؛ لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبَابُ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا نَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وحينئذ يحق للمستكره فسخ ما عقد، أو إمضاؤه، ويثبت الملاء للمشتري عند القبض كبقية العقود الفاسدة، ويلزم العقد بقبض المستكره الثمن، أو تسليم المبيع طوعاً، إلا أنه يخالف البيع الفاسد في صور، منها: أنه يجوز بالإجازة القولية والفعلية، ويزول الفساد بخلاف غيره من البيوع الفاسدة، لا تجوز، وإن أجزت؛ لأن الفساد فيها لحق الشرع، والفساد هنا إنما كان صيانة لمصلحة خاصة، لا لمصلحة شرعية عامة، وبه يشبه بيع المكره البيع

الموقوف، ومن هنا قالوا: إنه بيع فاسد موقوف؛ لذا قال زفر: إن الإكراه يجعل العقد غير نافذ، فهو كعقد الفضول صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره، فيتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه؛ لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكره ومصالحته، فيكفي حمايته جعل العقد موقوف التنفيذ على رضاه بعد زوال الإكراه، ورأي زفر أقوى دليلاً.

وقال الشافعية والحنابلة: يُشترط أن يكون العاقد مختاراً طائعاً في بيع متاع نفسه، فلا ينعقد بيع المكره في ماله بغير حق؛ لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولقوله ﷺ: ((رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ)) وأما الإكراه بحق: فلا يمنع من انعقاد العقد إقامة لرضا الشرع مقام رضاه، مثل: الإكراه على بيع الدار لتوسعة المسجد، أو الطريق، أو المقبرة، أو على بيع سلعة لوفاء دين، أو لنفقة زوجة، أو ولد، أو الأبوين، أو لأجل وفاء ما عليه من الخراج؛ وقال المالكية: بيع المكره غير لازم، فيكون للعاقد المستكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه.

بيع التلجئة:

صورة بيع التلجئة أو بيع الأمانة: أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث؛ فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه، وقد اختلف العلماء في شأنه:

فقال الحنابلة: إنه عقد باطل غير صحيح؛ لأن العاقدين ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهالين، وعبرة الحنفية: بيع المضطر وشراؤه فاسد، وقال الشافعية: هو بيع صحيح؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه، وأتى بلفظ مع قصد واختيار

خالياً عن مقارنة مفسد، فصح كما لو اتفق على شرط فاسد، ثم عقد البيع بغير شرط.

وأما عدم رضاه بوقوعه: فهو كظنه أنه لا يقع، لا أثر له لخطأ ظنه.

الشرط الثاني: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يردّ كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإذا قال إنسان لآخر: بعتك هذين الثوبين بمائة جنية، فقال المشتري: قبلت في هذا الثوب، وأشار إلى واحدٍ منهما لا ينعقد البيع، وإذا قال لآخر: بعتك هذه الدار بما فيها من مفروشات بمائة ألف جنية، فقال المشتري: قبلت شراءها دون ما فيها بخمسين ألف جنية لم ينعقد العقد أيضاً؛ لتفريق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها؛ لأن من عادة التجارة ضم الرديء إلى الجيد؛ ترويحاً للرديء بواسطة الجيد، فلو قال: قبلتُ بأكثر مما طلبت انعقد البيع؛ لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل غير أنه لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي طلبه البائع، ولو قبل بأقل مما ذكر البائع لا ينعقد العقد، وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره، كأن أوجب البائع البيع بثمنٍ حال فقبل المشتري بثمن مؤجل، أو أوجب بأجل إلى شهر معين فقبل المشتري بأجل أبعد منه، فلا ينعقد البيع في الحالتين؛ لعدم تطابق القبول مع الإيجاب.

الشرط الثالث: أن يتحد مجلس العقد، بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب، ونتائج هذا الشرط ما يلي:

لو أوجب أحد الطرفين البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد البيع، ولكن لا يشترط الفور في القبول؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل،

واعتبر المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات للضرورة، وكذلك قال المالكية: لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفاً، وقال الشافعية والحنابلة: يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب؛ لئلا يفصل بينهما فاصل كثير، وهو ما أشعر بالإعراض عن القبول، ولا يضر الفصل اليسير لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول، كما يضر تخلل الكلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول.

إذا ما تعاقد اثنان بيعاً وشراءً وكانا يمشيان على أقدامهما أو كانا راكبين، إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن اتصل الإيجاب والقبول من غير فصلٍ بينهما انعقد العقد حتى ولو مشيا خطوة أو خطوتين جاز، فإن كان بين القبول والإيجاب فصلٌ وسكوتٌ وإن قلَّ لا ينعقد العقد؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير، وقس ذلك على قراءة آية السجدة وخيار المخيرة.

والمقصود بخيار المخيرة: هو أن يخير الرجل امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه بأن يقول لها: طلقي نفسك إن شئت، فلو قرأ آية السجدة وهو يمشي على الأرض أو يسير على دابة لا يصلح عليها يلزمه لكل قراءة سجدة، وكذا لو خير امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لا يصلح عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس؛ لأن التفويض يقتصر على المجلس بخلاف الوكالة؛ فإنها لا تقتصر على المجلس، وتوكيل الرجل زوجته بتطبيق نفسها يقتصر على المجلس.

ولو تبايعا وهما واقفان انعقد البيع لاتحاد المجلس، ولو أوجب أحدهما البيع وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول، أو سارا جميعاً، أو سار البائع قبل القبول، ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد؛ لأنه لما سار أحدهما أو سارا فقد

تبدّل المجلس قبل القبول، ويُجعل السير دليلاً على الإعراض، أما لو وقف الزوج فخير امرأته، ثم سار وهي واقفة فلها الخيار، ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها، فالعبرة إذن لمجلسها لا لمجلس الزوج، فما دامت في مجلسها لم يوجد منها دليل الإعراض فيظل لها الخيار، وأما الزوج فلا يبطل كلامه بالإعراض؛ لأن التخير من قبله لازم أما في البيع فيعتبر مجلسهما جميعاً.

التعاقد على ظهر سفينة أو طائرة:

لو تباع الطرفان على سفينة أو طائرة أو قطار انعقد العقد سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أم جارية، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة؛ لأن الشخص لا يستطيع إيقاف تلك الوسائل، فاعتبر المجلس فيها مجلساً واحداً وإن طال، أما الدابة فإنه يستطيع إيقافها.

التعاقد مع غائب:

إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والشراء والآخر غائباً فبلغه الإيجاب فقبل لا ينعقد البيع كأن يقول: بعث هذه البضاعة من فلان الغائب فبلغه الخبر فقبل لا يصح؛ لأن القاعدة الأصلية في هذا أن أحد شطري العقد الصادر من أحد العاقدين في البيع يتوقف على الآخر في مجلس العقد أي: يظل قائماً ساري المفعول ضمن المجلس لا بعده، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاتفاق إلا إذا كان عنه قابل - أي: وكيل - أو كان بالرسالة أو الكتابة.

التعاقد بواسطة رسول :

أما الرسالة : فهي أن يرسل أحد المتعاقدين رسوياً إلى رجل فيقول المتعاقد الآخر : إني بعت هذه السيارة من فلان الغائب بكذا ، فاذهب إليه وقل له : إن فلاناً باع سيارته منك بكذا ، فجاء الرسول وأخبره بما قال ، فقال المشتري في مجلس أداء الرسالة : اشتريت أو قبلت البيع بينهما ؛ لأن الرسول سفيرٌ ومعبرٌ عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه ، وخوطب بالإيجاب فقبل فينقصد العقد.

التعاقد عن طريق المراسلة :

أما الكتابة : فهي أن يكتب رجلٌ إلى آخر : أما بعد فقد بعت سيارتي منك بكذا فبلغه الكتاب ، فقال في مجلسه - أي : مجلس بلوغ الكتاب - : اشتريت أو قبلت فينقصد البيع ؛ لأن خطاب الغائب كتابه يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخوطب بالإيجاب فقبل في المجلس ، فإن تأخر القبول إلى مجلسٍ ثانٍ لم ينقصد البيع ، وللكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة.

ويرى جمهور المالكية : أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها ، واتحاد المجلس شرطاً للانقضاء أيضاً في الإجارة والهبة ، أما الخلع : فإن شرط العقد الصادر من الزوج يتوقف - أي : يظل ساري المفعول - على قبول الآخر وراء المجلس بالاتفاق كأن يقول : خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز الخلع ، وأما النكاح : فإنه كالبيع عند أبي حنيفة ومحمد : لا يتوقف شرط العقد فيه - أي : لا يسري مفعوله - إلا إذا

كان عن الغائب قابل، فإذا قال رجلٌ للشهود: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة بكذا وبلغها الخبر فأجازت، أو قالت امرأة: اشهدوا أنني زوجت نفسي من فلان بكذا فبلغه فأجاز لا ينعقد العقد في الحالين عند أبي حنيفة ومحمد إلا إذا كان عن الغائب قابل، وعند أبي يوسف يتوقف شطر العقد في النكاح على قبول الآخر فيما وراء المجلس، فينعقد العقد في هذين المثالين بقول الغائب وإن لم يقبل عنه أحدٌ في مجلس العقد.

وحدة الصفقة وتفريقها ، وبقية شروط البيع

عناصر الدرس

٢٥١	العنصر الأول : مبدأ وحدة الصفقة وتفريقها
٢٥٦	العنصر الثاني : شروط نفاذ البيع
٢٦٤	العنصر الثالث : شروط صحة البيع، وشروط لزومه
٢٦٩	العنصر الرابع : شروط البيع في المذاهب الأربعة

مبدأ وحدة الصفقة وتفريقها

"الصفقة": ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة للإمام، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه.

قال النووي: الصفقة هي عقد البيع؛ لأنه كان من عاداتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد، والعقد يحتاج في تكوينه - كما هو معلوم - إلى مبيع وثن وبائع ومشتري وبيع وشراء، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفريقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها، وقد اتفق العلماء: على ضرورة اتحاد الصفقة من حيث المبدأ؛ لأن من شرائط انعقد البيع الشرط المذكور قريباً، وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، إلا أن هناك اختلافات جزئية في تحقيق هذا المبدأ أو عدم تحقيقه - أي: تفريق الصفقة - فقال الحنفية: لا بد من معرفة ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها، وذلك إما بسبب العاقدين أو بسبب المبيع.

أ. أما بالنسبة للعاقدين:

فإن اتحد شخص الموجب سواء أكان بائعاً أم مشترياً وتعدد القابل المخاطب لم يجز للقابلين تفريق الصفقة بأن يقبل أحدهما البيع دون الآخر، وإن انعكس الأمر فتعدد الموجب واتحد القابل لم يجز للقابل القبول في حصة أحد الموجبين دون الآخر.

مثال الحالة الأولى: أن يقول البائع لاثنين قابلين الشراء: بعكما هذا المنزل بخمسين ألف جنيه، فقال أحدهما: اشتريت ولم يقبل الآخر كانت الصفقة متعددة، فلم ينعقد العقد إلا باتفاقٍ جديدٍ.

ومثال الحالة الثانية: أن يقول شخص واحد لأكثر من مالك للمنزل: اشترت منكم هذا المنزل بعشرين ألف جنيه مثلاً فباعه أحدهما دون الآخر، فإن الصفقة تتعدد في هذه الحالة فلا ينعقد البيع.

ب. وأما بالنسبة للمبيع:

فإن اتحد العاقدان وقبل أحدهما في بعض المبيع دون بعض لم يصح العقد لتفريق الصفقة، وإن اتحد العاقدان وتعدد المبيع فإما أن يكون المبيع مثلياً أو مثلياً وقيماً، وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمشتري أن يقبل في أحد المبيعين ويرفض الآخر، فإن فعل تعددت الصفقة وحيث لا يتم البيع إلا برضا جديد من البائع بما قبل به المشتري؛ فيصبح القبول إيجاباً والرضا قبولاً ويبطل الإيجاب الأول، غير أن هناك فرقاً بين الحالتين، وذلك في قسمة الثمن على أجزاء المبيع وفي وحدة الصفقة وتعددتها.

فإذا كان المبيع مثلياً كأردبين من أرز، أو من حنطة، أو رطلين من الزيت وقبل المشتري في أحدهما انقسم الثمن بنسبة أجزاء المبيع، فيكون ثمن الجزء الذي تم فيه المبيع في هذا المثال نصف الثمن الأصلي المذكور جزئياً المبيع؛ لأن الثمن في المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الأجزاء، فكانت حصة كل جزء من الثمن معلومة، وتكون الصفقة عندئذٍ واحدة ويشبه المثليات المكيل والموزون في قسمة الثمن عليه بالأجزاء.

أما إذا كان المبيع شيئاً واحداً كحيوانٍ واحدٍ، وإذا كان المبيع من غير المثليات - أي: القيمات - كثوبين ودابتين لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الأجزاء لعدم تماثل الأجزاء، وإذا لم ينقسم الثمن في هذه الحالة بقيت حصة كل واحد

من جزئي المبيع من الثمن مجهولة، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع، فإن أريد تصحيح الصفقة فلا بد من أحد أمرين: إما أن يكرر البائع لفظ البيع بأن يقول: بعتك هذين الثوبين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، أو اشتريت منك هذين المتاعين اشتريت هذا بمائة واشتريت هذا بمائة؛ فيصح العقد ويصبح هنا صفقتان لا صفقة واحد.

وإما أن يفرق الثمن على أجزاء المبيع بأن يقول البائع: بعتك هذين الكتابين هذا بمائة، وهذا بخمسين فقبل المشتري في أحدهما جاز البيع؛ لانعدام تفريق الصفقة الواحدة من المشتري، بل البائع هو الذي فرق الصفقة، حيث سمى لكل واحد من المبيعين ثمنًا على حدة، فكانت هذه الحالة صفقات معني، وإلا لو كان غرض البائع ألا يبيع المبيعين للمشتري إلا جملة واحدة لم تكن هناك فائدة لتعين ثمن كل منهما على الانفراد، وإذا تطابق الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحدٍ من العاقدين إلا بسبب وجود عيبٍ أو عدم رؤية للمبيع، كما نصت على ذلك المادة ٣٥١ من (مجلة الأحكام العدلية) على ما يأتي:

مبيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيبيًا، فإن كانت قبل القبض كان المشتري مخيرًا إن شاء رد مجموعة وإن شاء قبله بجميع الثمن، وليس له أن يرد المعيب وحده ويمسك الباقي وإن كان بعض القبض، فإذا لم يكن في التفريق ضرر كان له أن يرد العيب بحصته من الثمن سالمًا وليس له أن يرد الجميع حينئذٍ ما لم يرض البائع، وأما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن.

مثلًا: لو اشترى دابتين بأربعين جنيه - مثلًا - فظهرت إحدهما معيبة قبل القبض يردهما معًا وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن

سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن، أما لو اشترى زوجين من النعال فظهر أحدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع وأخذ ثمنهما منه.

وقال أبو حنيفة والمالكية: إذا اشتملت الصفقة على حلالٍ وحرامٍ كالعقد على سلعةٍ متقومةٍ وخمرٍ أو خنزيرٍ أو غيرهما فالصفقة كلها باطلة طبقاً للقاعدة الفقهية التي تقول: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب التحريم احتياطاً، وقال صاحباً أبي حنيفة: يصح العقد في الصحيح ويفسد في الفاسد.

وسبب الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه هو: أن الصفقة إذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد إلى الكل عند أبي حنيفة، أما عند صاحبيه فلا يتعدى إلى الصحيح، وإنما يقتصر أثر الفساد على الفاسد، ولو باع الرجل ملكه ومملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ويلزم البيع فيما يملكه المالك، ويتوقف لزوم في ملك الغير على إجازته وهذا باتفاق الحنفية والمالكية؛ لأنهم يصححون العقد الموقوف أو عقد الفضول - كما سنعلم إن شاء الله.

بينما يرى الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم تفريق الصفقة معناه أن يبيع ما لا يجوز وما يجوز في صفقة واحدة بثمن واحد، وهو على ثلاثة أقسام:

القسم الأول:

أن يبيع معلوماً ومجهولاً بثمن واحد كأن يقول البائع للمشتري: بعثك هذا الكتاب وكتاب آخر وهما ملكه بعشرين جنيهاً مثلاً لم يصح البيع فيهما؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته؛ لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما، والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط.

القسم الثاني :

أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كشيءٍ مشتركٍ بين اثنين فباعه كله أحدهما بغير إذن شريكه ، وكشيئين من المثليات مثل : أردبين من أرز وصبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ، فالأصح أن يصح البيع فيما يملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه ؟ لأن لكل واحدٍ منهما حكماً مستقلاً حالة إفراده بالبيع ، فإذا جُمع مع غيره ثبت لكل واحدٍ منهما الخاص به كما لو باع رجلٌ شقصاً والشقص الطائفة من الشيء ، والمراد به هنا قطعة من الأرض أو الدار ، كما لو باع رجلٌ شقصاً وسيفاً فإنه ثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفرده .

القسم الثالث :

أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء أي : أن تشتمل الصفقة على حلالٍ وحرامٍ كخلٍّ وخمرٍ وشاةٍ وخنزيرٍ وميتةٍ وشاةٍ مذكاةٍ ونحوها من القيميات ، فأصح القولين عند الشافعي وفي رواية عند الحنابلة : أن البيع يصح في الحلال ويبطل في الحرام .

وفي كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه ثلاثة عند الشافعية أشهرها : أنه يوزع الثمن على المبيعين باعتبار الأجزاء ، فيقدر الخمر خللاً ، والخنزير شاةً ، والميتة مذكاةً ، وهذا ما قاله أنصار هذه الرواية الأولي عن الإمام أحمد ، ورجح ابن قدامة الرواية الثانية عن الإمام أحمد : وهو أنه يفسد البيع في المبيعين جميعاً ، فإن كانت الصفقة مشتملةً على مالٍ للبائع ومالٍ لغيره لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن البيع يصح فيما يملكه ويبطل

فيما لا يملكه، ويوزع الثمن حسب القيمة لكل منهما، وعند الحنابلة الأصل أنه يبطل البيع في الميعين جميعاً.

وقال الحنابلة والشافعية فيما يتعلق بخيار تفريق الصفقة: متى صح البيع في بعض الصفقة، فإن كان المشتري عالماً بالحال كأن يعلم أن المبيع مما ينقسم عليه الثمن عليه بالأجزاء - كما ذكرنا - فلا خيار له؛ لأنه اشترى على بصيرة، وإن لم يعلم بالحال مثل: أن يشتري رجل متاعاً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه، أو متاعين فتبين أنه لا يملك البائع إلا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والإمساك؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، وأما البائع عند إمساك المشتري جزء المبيع، فلا خيار له في الأصح؛ لأنه رضي بزوال ملكه، كما يجوز بيعه بقسطه من الثمن، فإذا تلف أحد الميعين صفقة واحدة قبل القبض؛ يُفسخ العقد في التالف بلا خلاف، وأما الباقي - وهو غير التالف - فللمشتري الخيار فيه بين إمساكه بحصته من الثمن، وبين الفسخ لتبعض الصفقة عليه، وقال الظاهرية: كل صفقة جمعت حراماً وحلالاً فهي باطلة كلها لا يصح منها شيء مثل: أن يكون بعض المبيع مغصوباً أو غير مملوكٍ للبائع أو آل إليه بعقدٍ فاسدٍ.

والخلاصة: أن جمهور العلماء يبطلون الصفقة المشتملة على حلالٍ وحرامٍ أو مملوكٍ وغير مملوكٍ، وقال الشافعية - كما رجح الإمام النووي - : يصح العقد فيما يجوز ويبطل فيما لا يجوز.

شروط نفاذ البيع

أ. شروط نفاذ البيع:

النفاذ في الأصل: المضي والجواز، ثم أُطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقفٍ على الإجازة أو الإذن، ولنفاذ العقد شرطان:

الشرط الأول: الملك أو الولاية، والمقصود بالملك هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، فالقيم على المجنون أو السفية والوصي على القاصر لا يعتبر أحدهما مالكاً يتصرف في الشيء، على حين أن المجنون والسفية والقاصر يعتبر كلٌّ منهما مالكاً؛ لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غير.

والولاية سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية وذلك أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه، وإما نيابية وذلك أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقص الأهلية إما بنياية المالك كالوكيل، أو بآناية الشرع كالأولياء وهم: الأب، والجد، والقاضي، ووصي الأب أو الجد أو القاضي، وترتيبهم كآلآتي الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه.

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع؛ ومن ثمّ فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفاً على إجازة المالك، واعتبر الشافعية الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد، فتعتبر التصرفات الفضولي عندهم باطلة، وسنبحث ذلك بالتفصيل - إن شاء الله.

الشرط الثاني: أن لا يكون في المبيع حقٌ لغير البائع، إن كان في المبيع حقٌ لغير البائع كان العقد موقوفاً غير نافذٍ، وعلى هذا فلا ينفذ بيع الراهن المرهون ولا بيع المؤجر العين المؤجرة، وإن كان البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وليس فاسداً، وهذا هو الصحيح عند الحنفية؛ لأن ركن البيع صدر من غير أهله مضافاً إلى مالٍ متقوم مملوك له مقدور على التسليم من غير ضررٍ يلزمه.

وذكر بعض أهل العلم أن الرأي الراجح فقهاً أنه لا يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وإن كان أصحاب حق في المبيع، إذ الإجازة لا تكون شرعاً إلا للمالك أو ذي ولاية، بل البيع نافذ ولكن لا يسلم المبيع إلى المشتري دون رضا المرتهن أو المستأجر صيانة لحقهما، بل يُمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر إلى فكاك الرهن أو إلى انقضاء مدة الإجازة ليستلم المبيع.

ب. تقسيم البيع من حيث النفاذ والوقف :

يترتب على ما ذكرناه من شروط النفاذ عند الحنفية أن البيع قسمان: نافذ وموقوف. أما البيع النافذ: فهو أن يتوافر فيه ركن العقد مع وجود شروط الانعقاد والنفاذ.

وأما البيع الموقوف: فهو أن يوجد فيه ركن العقد مع شرائط الانعقاد، ولكن لم يوجد فيه شرط النفاذ، وهو الملك أو الولاية، واختلال شرط النفاذ يكون إما في المبيع كما في بيع الفضول شيئاً لغيره، وإما فيه التصرف كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائطهما.

ج. آراء العلماء في تصرف الفضولي :

الفضول في الأصل من يشتغل بما لا يعنيه أو يعمل عملاً ليس من شأنه، ومنه سمي فضولياً، من يتصرف في شيء أو يعقد عقداً من العقود دون أن يكون له ولاية ما على القيام به كمن يبيع أو يشتري للغير، أو يأجر أو يستأجر لغيره دون وكالة أو وصاياه أو ولاية له على العقد وبدون إذن من الغير، ويبيع الإنسان

ملك غيره دون إذنٍ منه شائعٌ في الحياة العملية كما في بيع الأزواج ملك زوجاتهم ، أو بيع الأفراد ملك الحكومة ، أو ملك من تغيب حتى طالت غيبته ، ويلاحظ أن الفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له وإلا كان تصرفه من بيع ما لا يملك وهو منهي عنه.

ومحل البحث والدراسة أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ ، أو يشتري الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ، فالفضولي هو المتصرف للغير بغير إذنه.

وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرفه :

فأما الحنفية : فقد فرقوا البيع والشراء ، ففي حالة البيع انعقد البيع تصرف الفضولي صحيحاً موقوف سواءً أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك ؛ لأنه لا يمكن نفاذ العقد على العاقد ، وفي حالة الشراء إذا أضاف الفضولي الشراء لنفسه مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليها ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره ، وأما إن أضاف الشراء لغيره أو لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضول بأن كان صبيّاً أو محجوراً عن التصرف انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة الغير أو من اشترى له ، فإن أجازته نفذ البيع واعتبر الفضولي وكيلًا ترجع إليه حقوق العقد.

وفي الجملة إن تصرفات الفضولي جائزة موقوفة على إجازة صاحب الشأن عند الحنفية ، وتصرفات الفضولية مثل بيع المسلم فيه والمغصوب وبيع الوكيل هي من الحالات المستثناة من بيع ما ليس مملوكاً للإنسان.

وقال المالكية: تعتبر تصرفات الفضولي وعقوده بصفة عامة في حالة البيع وحالة الشراء منعقدة موقوفة على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة، ولعلنا نلاحظ: أن رأي المالكية هو بعينه قريب من رأي الحنفية، ومن ثم فإنهما قد استدلا بعموم آيات البيع التي وردت عامة لم يستثن منها كون العاقد فضولياً أو غير فضولي كقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

والفضولي كامل الأهلية، فإعمال عقده أولى من إهماله، وربما كان في العقد مصلحة للمالك وليس فيه أي ضرر بأحد؛ لأن المالك له ألا يجيز العقد إن لم يجد فيه فائدة، وقد ثبت أن الرسول ﷺ فيما يرويه البخاري وغيره أعطى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحدهما بدينار وجاءه بدينارٍ وشاة، فقال له النبي ﷺ: ((بارك الله لك في صفقة يمينك)) وروى الترمذي وأبو داود عن حكيم بن حزام: ((أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحها، فاشتري شاتين بالدينار وباع إحدهما بدينارٍ جاء به هو والشاة للرسول ﷺ فأثنى عليه ودعا له بالبركة قائلاً: بارك الله لك في صفقتك)) فالنبي # لم يأمر في الحالتين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع.

وقال الحنابلة: لا يصح تصرف الفضولي مطلقاً -أي: ببيع أو شراء أو غيرهما- ولو أجاز تصرفه بعد وقوعه إلا أن اشترى الفضولي في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح، أو اشترى بنقد حاضر ونوى لشخص لم يسمه فيصح، ثم إن أجاز الشراء من اشترى له ملكه من حين الشراء، وإن لم يجزه

وقع الشراء للمشتري ولزمه، وقال ابن رجب: تصرف الفضولي جائزٌ موقوفٌ على الإجازة إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه، وتعذر استئذانه إما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره.

وقال الشافعية والظاهرية: يشترط في المبيع أن يكون مملوكاً لمن له العقد، فبيع الفضولي باطلٌ من أساسه لا ينعقد أصلاً، فلا تلحق إجازة صاحب الشأن، ودليلهم ما رواه أبو داود والترمذي وقال حديثٌ حسنٌ عن النبي ﷺ قال: ((لا بيع إلا فيما تملك))، وصح أيضاً النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان كما ورد في حديث السنن من حديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال له: ((لا تبع ما ليس عندك)) حسنه الترمذي أي: ما ليس مملوكاً للبائع؛ والعلة: الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع، وقالوا عن حديث عروة البارقي، أو حكيم بن حزام: إنه محمولٌ على أنه كان وكيلًا مطلقاً عن النبي ﷺ ويدل عليه أنه باع الشاة وسلمها، فهي وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير فينفذ تصرفه، وأما شراء الفضول في رأي هؤلاء فيعتبر شراءً لنفسه ويلزمه هو وحده، ولا ينتقل الملك عنه إلى غيره إلا بعقدٍ جديدٍ كما رأى الحنفية.

د. شروط إجازة تصرف الفضولي عند من أجاز تصرفه:

شروط إجازة تصرف الفضولي عند من أجاز تصرفه: اشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شروط:

الشرط الأول: أن يكون للعقد مجيزٌ حالة العقد - أي: من كان يستطيع إصدار العقد بنفسه - لأن ما له مجيزٌ متصورٌ منه الإذن بإتمام العقد للحال وبعد صدور

التصرف ، وأما ما لا يميز له فلا يتصور منه الإذن للحال ، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث ، وعلى هذا إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ ، أو وهب ماله ، أو تصدق به انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة ؛ لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسه ، فيستطيع لهذا أن يميزها بعد وقوعها ، فكان للتصرف مميّزٌ حال العقد ، أما لو فعل فضولي شيئاً مما ذكر بالنسبة لصغير فلا ينعقد العقد ؛ لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ، فلم يكن لها مميّزٌ حين العقد ، وكذلك ولي الصبي لا قيمة لإجازة ؛ لأنه لا يملك هذه التصرفات بنفسه .

الشرط الثاني : أن تكون الإجازة حين وجود البائع والمشتري والمالك والمبيع ، فلو حصلت الإجازة بعد هلاك أحد هؤلاء بطل العقد ولم تفد الإجازة شيئاً ؛ لأن الإجازة تصرفٌ في العقد ، فلا بد من قيام العقد وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه .

الشرط الثالث : أن لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند رفض صاحب الشأن .

هـ. فسخ عقد الفضول :

فسخ العقد الصادر من الفضولي كبيع مثلاً قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع كما هو واضح ، وقد يكون من الفضولي البائع قبل إجازة المالك حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك ، وقد يكون من المشتري ليدفع عن نفسه ما قد يلحقه من ضرر بشرائه من غير صاحب الشأن ، أما في عقد الزواج فليس للفضولي فسخه ؛ لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن .

و. عقد الفضولي عن الطرفين:

ونتساءل: هل للفضولي الواحد أن يعقد العقد عن الطرفين؟

إذا باع الفضولي مثلاً دار إنسان غائب، وقَبِلَ البيع عن مشترٍ أيضاً غائب، أو زوج إنساناً من امرأة وقبل عنهما فلا ينعقد العقد؛ لأن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد - كما سبق بيانه - فلا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس في سائر العقود من نكاح وبيع وغيرهما، بل يبطل الإيجاب ولا تلحقه إجازة باتفاق الفقهاء، وعلى هذا إذا كان الشخص في عقد النكاح فضولياً من الجانبين أو من جانب واحد وكان من الجانب الآخر أصيلاً أو وكيلًا أو ولياً، فلا يتوقف إيجابه بل يبطل عند أبي حنيفة ومحمد، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين - أي: إيجاب وقبول - تزوجت فلانة وقبلت عنها، وقال أبو يوسف: يتوقف إيجاب الفضولي على قبول الغائب كما يتوقف اتفاقاً لو قبل عنه فضولي آخر، فلو زوج فضولي رجلاً من امرأة بغير علمهما جاز وتوقف على قبولهما، فإن قبلا نفذ العقد وإن رفضا لم ينفذ.

دليل أبو حنيفة ومحمد: أن قبول الفضول غير معتبر شرعاً؛ لأن الإيجاب لما صدر من الفضولي وليس له قابل في المجلس ولو فضولياً آخر صار باطلاً غير متوقف على قبول الغائب، فلا يفيد قبول العاقد بعده، وبعبارة أخرى: إن الموجود حينئذ هو شرط العقد ولا يمكن أن يُعتبر الشرط الآخر متحققاً إلا بوكالة أو ولاية.

ودليل أبو يوسف: أن عبارة الفضولي تتضمن شطري العقد فيجوز كما في الولي والوكيل، والأصح ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد.

ز. تصرف الصبي المميز:

إذا كان الصبي عاقلًا مميّزًا صح تصرفاته في رأي الحنفية والحنابلة، وكانت موقوفة على إجازة وليه ما دام صغيراً، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم توجد الإجازة من وليه حال صغره، فلو بلغ الصبي قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز، وقد سبق ذكره وتعرضنا له هنا لصلته بالبيع الموقوف.

شروط صحة البيع، وشروط لزومه

١. شروط صحة البيع:

شروط صحة البيع قسمان: شروط عامة وشروط خاصة:

أولاً: الشروط العامة:

فهي التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً، وهي إجمالاً: أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة، وهي: الجهالة، والإكراه، والتوقيت، والغرر، والضرر، والشروط المفسدة.

الأول: الجهالة:

يراد بها الجهالة الفاحشة، أو التي تفضي أي تؤدي إلى نزاع يتعذر حلّه، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة، كما لو باع إنسان شاة من قطيع، وهذه الجهالة أربعة أنواع:

النوع الأول: جهالة المبيع جنساً، أو نوعاً، أو قدرًا، بالنسبة إلى المشتري.

النوع الثاني: جهالة الثمن كذلك، فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله، أو بما سيستقر عليه السعر.

النوع الثالث: جهالة الآجال كما في الثمن المؤجل، أو في خيار الشرط، فيجب أن تكون المدة معلومةً وإلا فسد العقد، ويلاحظ أن الذي يجوز تأجيله لأجل معلوم في عقد البيع هو الثمن أو المبيع، إذا كان كل منهما دينًا ثابتًا في الذمة، فإن كان الثمن أو المبيع عينًا فلا يجوز تأجيله باتفاق العلماء فلو باع شخص سلعة معينة على أن يسلمها بعد شهر، أو اشترى شخص آخر بثمن عينًا على أن يدفع الثمن بعد شهر فالبيع فاسد، ولو كان الأجل معلومًا؛ لأن الأجل شرع ترفيهاً ليمكن العاقد من الحصول على العوض أثناءه، وهذا أمر يليق بالديون؛ لأنها ليست معينة في البيع ولا يليق بالأعيان؛ لأن المبيع العين معين حاضر فيكون تأخير تسليمه ملحققاً ضرراً من غير فائدة، أو تحصيلًا لحاصل.

النوع الرابع: الجهالة في وسائل التوثيق، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد.

الثاني: الإكراه:

هو حمل المستكره على أمر يفعله، وهو نوعان:

النوع الأول: إكراه ملجئ أو تام، وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكروه عليه، وذلك كالتهديد بالقتل، أو الضرب الذي يخشى منه ضياع العوض.

الفقه المقارن [١]

النوع الثاني: إكراه غير ملجئ أو ناقص، كالتهديد بالحبس، أو الضرب، أو إيقاع الظلم به، كمنع ترقيته في وظيفته، أو إنزاله درجة أقل من درجته.

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية، وموقوفاً عند زفر، فيملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر فاسداً، ولا يملكه مطلقاً بالقبض إذا اعتبر موقوفاً، والأرجح: اعتبار عقد المكره موقوفاً؛ لأنه باتفاق الحنفية إذا أجازته المستكره بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم في حقه، وهذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد.

الثالث: التوقيت:

وهو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال: بعتك هذه السيارة شهراً أو سنة، فيكون البيع فاسداً؛ لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت.

الرابع: الغرر:

المراد به غرر الوصف، كما لو باع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً من اللبن؛ لأنه موهوم التحقق فقد ينقص، أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار فإنه شرط صحيح، وأما غرر الوجود فهو مبطل للبيع لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، فيما رواه مسلم، وأحمد، وأصحاب السنن، وهو ما كان المبيع فيه محتتملاً للوجود والعدم، كبيع نتاج التاج، وبيع الحمل الموجود في بطن أمه.

الخامس: الضرر:

يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع فيما سوى المبيع من ماله، كما لو باع جذعاً معيناً في سقف مبني، أو ذراعاً من ثوب يضره

التبعض؛ فإن التنفيذ يقضي بعدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب، وبما أن الفساد هنا للصيانة حق شخصي لا لحق الشرع، قرر الفقهاء أن البائع لو نفذ الضرر على نفسه بأن قلع الجزع أو قطع الثوب وسلمه إلى المشتري، انقلب البيع صحيحاً.

السادس: الشرط المفسد:

هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين إذا لم يكن قد ورد به الشرع، أو جرى به العرف، أو يقتضيه العقد، أو يلائم مقتضاه، مثل أن يبيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع، أو داراً على أن يظل مقيماً بها مدة معينة، أو أن يشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال، والشرط المفسد إذا وجد في عقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع، أو الإجارة، أو القسمة مثلاً أفسده، ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى مثل: التبرعات، والتوثيقات، والزواج، وتكون هذه العقود صحيحة.

ولقد علق بعض الفقهاء المعاصرين على ذلك فقال: وبما أن عرف الناس مصحح للشروط في نظر الفقهاء، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه، وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط المفسد زال فقهياً من معاملات الناس بمفعول الزمن، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه.

ثانياً: الشروط الخاصة:

وهي التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض، وهي كما يأتي:

الشرط الأول: القبض في بيع المنقولات، أي: إنه إذا باع شخص شيئاً من المنقولات التي كان قد اشتراها فيشترط لصحة بيعه أن يكون قد قبضها من بائعه

الأول ؛ لأن المنقول يكثر هلاكه فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر، أما إذا كان عقاراً فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة، وأبي يوسف كما سيأتي.

الشرط الثاني: معرفة الثمن الأول إذا كان البيع مراجعة، أو تولية، أو وضعية، أو إشراكاً.

الشرط الثالث: التقابض في البدلين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً.

الشرط الرابع: توافر شروط السلم التي سيأتي ذكرها إذا كان البيع سلماً - إن شاء الله.

الشرط الخامس: المماثلة في البدلين إذا المال كان ربوياً، والخلو عن شبهة الربا.

الشرط السادس: القبض في الديون الثابتة في الذمة كالمسلم فيه : رأس مال السلم، وبيع شيء بدين على غير البائع، فلا يصح بيعها من غير من عليه الدين إلا بعد قبضها، مثاله: لا يصح لرب السلم أي: المشتري أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه البائع، ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه.

٢. شروط لزوم:

شروط اللزوم تأتي بعد شرائط الانعقاد والنفاد، فيشترط للزوم البيع خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد، مثال خيار الشرط، والوصف، والنقض، والتعيين، والرؤية، والعيب، والغبن مع التغليس، فإذا وُجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار، فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله إلا إذا حدث مانع من ذلك.

هذه هي شروط البيع بأنواعها الأربعة، فإذا فُقد شرط من شرائط الانعقاد بطل البيع، أو من شرائط الصحة فسد البيع، أو من شرائط النفاذ توقف البيع، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخ البيع، ويلاحظ أن الانعقاد يقابله البطلان، والصحة يقابلها الفساد، والنفاذ يقابله التوقف، واللزوم يقابله عدم اللزوم، أي: التخيير.

شروط البيع في المذاهب الأربعة

١. خلاصة أنواع شروط البيع عند الفقهاء الأربعة:

وبالإمكان أن نذكر الخلاصة في أنواع شروط البيع في المذاهب الفقهية الأربعة، وبيان الاتفاق والاختلاف فيها بإيجاز بعد أن فصلنا فيها القول.

أ. الشروط في المذهب الحنفي:

شروط البيع عند الحنفية أربعة: شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

أما شروط الانعقاد فهي أربعة أنواع:

النوع الأول: شروط العاقد، يشترط في العاقد سواء كان بائعاً، أم مشترياً شرطان:

أن يكون عاقلًا أو مميزًا، فلا ينعقد بيع المجنون ولا شراؤه، ومثله الصغير غير المميز.

الشرط الثاني: أن يكون متعدداً، فلا ينعقد البيع بشخص واحد، بل يلزم أن يكون الإيجاب من شخص، والقبول من شخص آخر، إلا الأب ووصيه، والقاضي والرسول من الجانبين، يكون كل منهما بائعاً ومشترياً بنفسه.

النوع الثاني: الشروط التي اشترطها فقهاء الحنفية في الصيغة التي هي الإيجاب والقبول.

اشترط فقهاء الحنفية في الصيغة شروطاً ثلاثة:

الأول: سماع الصيغة.

الثاني: توافق الإيجاب مع القبول، بأن يقبل المشتري كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه من الثمن، فإن اختلف القبول مع الإيجاب لا ينعقد البيع إلا إذا كانت المخالفة إلى خير.

الشرط الثالث: اتحاد مجلس العقد، وذلك بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد دون فاصل، فإن اختلف المجلس لا ينعقد البيع، وإن تخلل انقطاع أجنبي عن العقد بأن يقوم أحدهما عن المجلس قبل القبول أو يشتغل بعمل آخر لم ينعقد البيع.

واعتبر المجلس الواحد جمعاً للمتفرقات بحسب عرف التعاقد وعادة الناس، ولا يشترط الفور في القبول؛ لأن القابل يحتاج إلى التأمل، وفي التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة يعتبر مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى الثاني هو مجلس التعاقد.

النوع الثالث شروط المعقود عليه :

يشترط في المعقود عليه عند فقهاء المذهب الحنفي خمسة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون المبيع مالاً ، وهو ما يمكن الانتفاع به في العادة.

الشرط الثاني : أن يكون متقوِّماً ، وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً ، فلا ينعقد بيع الخمر والخنزير.

الشرط الثالث : أن يكون محرراً أي : مملوكاً في نفسه ، وهو ما دخل حيازة ملك خاص ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك لأحد من الناس.

الشرط الرابع : أن يكون المعقود عليه موجوداً حين التعاقد ، فلا ينعقد بيع المعدوم.

الشرط الخامس : أن يكون مقدور التسليم حين العقد ، فلا ينعقد بيع السمك في الماء ، ولا الطير في الهواء.

النوع الرابع : شروط البدل ، وهو شرط واحد ، وهو أن يكون مالاً متقوِّماً قائماً ، فلا ينعقد البيع بثمن لا يعد مالاً متقوِّماً كالخمر والخنزير.

وأما شروط الصحة فهي قسمان : شروط عامة وشروط خاصة :

أما العامة : فهي المتعلقة بكل أنواع البيع ، وهي جميع شروط الانعقاد المذكورة آنفاً ؛ لأن كل عقد لا ينعقد فلا يصح أيضاً ، ويزاد عليها شروط أربعة هي :

الشرط الأول : أن يكون المبيع معلوماً والثمن معلوماً علماً يمنع من المنازعة ، فلا يصح بيع المجهول كشاة من قطع غنم.

الشرط الثاني : ألا يكون البيع مؤقتاً ، فإن أقرته بوقت فلا يصح.

الشرط الثالث: أن يكون للبيع فائدة.

الشرط الرابع: أن يخلو عن الشرط المفسد، وهو كل شرط فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين، إذ لم يرد به الشرع، ولم يأت به العرف، ولا يلائم مقتضى العقد.

وأما الشروط الخاصة ببعض أنواع البيوع، فهي خمسة:

الشرط الأول: القبض في بيع المنقول والعقار الذي يخشى هلاكه.

الشرط الثاني: أن يكون الثمن الأول معلوماً في بيوع الأمانة، وهي بيع المراجعة، والتولية، والوضعية.

الشرط الثالث: التقابض والتساوي في البدلين المتحدي الجنس وكان مما يكال أو يوزن، وهذا شرط في بيع الأموال الربوية.

الشرط الرابع: توافر شروط السلم الخاصة به، مثل قبض رأس مال السلم كله في مجلس العقد.

الشرط الخامس: ألا يكون أحد البدلين ديناً في بيع الدين إلى غير المدين.

وأما شروط النفاذ، فهي شرطان:

الشرط الأول: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع أو له عليه ولاية، فلا ينفذ بيع غير المملوك للبائع وهو بيع ملك الغير، أو بيع الفضول إلا في عرض السلم، فإنه يصح بيع ما سيملكه بعد العقد.

الشرط الثاني: ألا يكون في المبيع حق لغير البائع، فلا ينفذ بيع المرهون والمأجور لأنه وإن كان مملوكاً له ولكن للغير حق فيه.

وأما ما يشترط في لزوم العقد فهو شرط واحد، وهو خلو البيع من الخيار، فلا يلزم البيع المشتمل على الخيار ويجوز فسخه، فهذه هي الشروط سواء ما كان منها مبطلًا للعقد أو غير مبطل عند الحنفية.

ب. شروط البيع في مذهب المالكية:

اشترط المالكية شروطاً في العاقد، وفي الصيغة، وفي المعقود عليه.

أما شروط العاقد بائعاً كان أو مشترياً فهي ثلاثة، يزداد عليها رابع في البائع.

الشرط الأول: أن يكون كل من البائع والمشتري مميزاً، فلا ينعقد بيع الصبي غير المميز، والمجنون، والمغمى عليه، والسكران، أما بيع المميز فلا يلزم وإن كان صحيحاً، إلا إذا كان وكيلًا عن مكلف فإن بيعه يلزم.

الشرط الثاني: أن يكون كلاهما مالكين، أو وكيلين لمالكين، أو ناظرين عليهما، فينعقد بيع الفضول، وهو الشراء لأحد بغير إذنه، أو البيع عليه بغير إذنه، ويتوقف على إذن المالك، موافقين في هذا الشرط للحنفية.

الشرط الثالث: أن يكونا طائعين، فبيع المكره وشراؤه باطل، والمعتمد لدي المالكية أن بيع المكره غير لازم.

الشرط الرابع: أن يكون البائع رشيداً، فلا ينعقد بيع السفیه والمحجور، وشراؤه موقوف على إجازة وليه.

ولا يشترط الإسلام في العاقد إلا في شراء العبد المسلم، وفي شراء المصحف، ويصح بيع الأعمى وشراؤه.

وأما شروط الصيغة عند الملكية، فهي شرطان:

الشرط الأول: أن يتحد المجلس بأن يكون القبول مع الإيجاب في مجلس واحد، فلو قال البائع للمشتري: بعتك هذا الكتاب بكذا فلم يجبه، ثم تفرقا عن المجلس لم ينعقد البيع.

الشرط الثاني: أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفواصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً، فإن وُجد فاصل يدل عن الإعراض عرفاً لم ينعقد البيع.

وأما شروط الثمن والمثمن، فهي خمسة:

الشرط الأول: أن يكون غير منهي عنه شرعاً، ومن ثم فلا ينعقد بيع الميتة والدم وبيع ما لا يقبض.

الشرط الثاني: أن يكون طاهراً، ومن ثم فلا يجوز بيع النجس كالخمر والخنزير.

الشرط الثالث: أن يكون منتفعاً به شرعاً، فلا يجوز ما لا منفعة فيه، كالكلاب، والحشرات، وآلات اللهو، واختلفت الملكية في بيع الكلاب للصيد، أو لحراسة الغنم على رأيين.

الشرط الرابع: أن يكون معلوماً للعاقدين، فلا يجوز بيع المجهول.

الشرط الخامس: أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلا ينعقد بيع معجوز التسليم، كالسمك في الماء.

ج. شروط البيع في مذهب الشافعية:

لقد اشترط الشافعية شروطاً في العاقد، وفي الصيغة، وفي المعقود عليه.

أما شروط العاقد بائعاً كان أو مشترياً، فهي أربعة:

الشرط الأول: الرشد، وهو أن يكون بالغاً عاقلاً مصلحاً لدينه وماله، فلا يعقد بيع صبي وإن قُصدَ اختباره، ولا من مجنون، ولا من محجور عليه بسفه، لكن لو أتلف الصبي، أو أتلف عمده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيد وأقبضه له لم يضمن؛ لأن المقبض أو المسلم هو المضيع لماله، هذا في الظاهر، أما في الباطن فيغرم بعد البلوغ كما نص عليه الشافعي في (الأم) في باب الإقرار، أما إن تسلم المبيع من صبي مثله ولم يأذن الواليان لهما ضمن كل منهما ما قبض من الآخر، فإن كان التسليم بإذن الوليين فالضمان عليهما فقط؛ لوجود التسليط منهما، وعلى البائع للصبي رد الثمن إلى وليه، فلورده إلى الصبي ولو بإذن الولي وهو ملك للصبي لم يبرأ منه، وإن رده للولي برئ منه، هذا أي عند عدم البراءة، ما إذا لم يكن المبيع في مصلحة تتعلق ببدن الصبي من مأكّل أو مشرب ونحوهما وإلا برئ.

الشرط الثاني: عدم الإكراه بغير حق، فلا يصح عن الشافعية عقد مكره في ماله بغير حق؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة فتبطل به في الأصح، ولا لفعله إلا في الرضاع، والحديث، والتحول عن القبلة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل ونحوه في الأصح، أما الإكراه بحق فيصح إقامة لرضا الشرع مقام رضاه، كمن توجه عليه دين وامتنع من الوفاء والبيع، فإن شاء القاضي باع ماله بغير إذنه لو فاء دينه، وإن شاء عزره وحبسه إلى أن يبيعه.

الشرط الثالث: إسلام من يُشترى له مصحف ونحوه من كتب حديث، وآثار السلف، وكتب فقه فيها شيء من القرآن، والحديث وآثار السلف؛ لما في ذلك

من الإهانة لها، فلا يصح شراء الكافر المصحف ونحوه مما ذكر، ولا شراء الكافر العبد في الأظهر؛ لما فيه من إذلال المسلم، ولقول الحق ﷺ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

الشرط الرابع: أن لا يكون المشتري حريياً محارباً في بيع آلات الحرب كسيف، ورمح، ونحوهما؛ لتقوي الحربيين بهما على المسلمين، واستعانتهم بذلك على قتالنا، أما غير عدة الحرب ولو مما يُصنع منه كالحديد فيجوز بيعه للحربي؛ إذ لا يتعين جعله عده حرب، والذمي في دار الحرب كالحربي.

وأما شروط الصيغة، فهي كالآتي:

الشرط الأول: الخطاب بأن يخاطب كل من العاقدين صاحبه كأن يقول له: بعتك كذا، فلو قال: بعث لزيد فلا يصح.

الشرط الثاني: أن يقع الخطاب على جملة المخاطب، كأن يقول له: بعتك، أما لو قال له: بعث يدك أو رأسك مثلاً فلا يصح.

الشرط الثالث: أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب، فلو وجه الإيجاب فقبل عنه آخر ليس وكيلاً عنه فلا يصح البيع، ولو مات المخاطب به قبل قبوله فقبل وارثه لم ينعقد البيع، وكذا لو قبل وكيله، أو موكله.

الشرط الرابع: أن يذكر البادئ بالكلام الثمن والمثمن، كأن يقول: بعتك هذا الشيء بكذا، أو اشتريت منك هذا الشيء بكذا.

الشرط الخامس: أن يقصد كلا العاقدين معني اللفظ الذي ينطق به، فإذا جرى على لسانه لفظ الإيجاب أو القبول أو كان هازلاً دون أن يقصد التمليك والتملك لا يصح البيع.

الشرط السادس: أن يصير البادئ على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول، وأن تستمر أهلية العاقدين إلى تمام القبول، فلو قال: بعتك، ثم جن أو أغمي عليه قبل قبول الآخر بطل العقد، ولو أوجب المؤجل أو شرط الخيار ثم أسقط الأجل أو الخيار لم يصح العقد؛ لضعف الإيجاب وحده في الحالتين.

الشرط السابع: ألا يطول الفصل بين لفظي الإيجاب والقبول، ولو بكتابة أو إشارة أخرى بسكوت طويل، والفاصل الطويل هو ما أشعر بإعراضه عن القبول، أما الفصل اليسير بالسكون فلا يضر لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول.

الشرط الثامن: ألا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً.

الشرط التاسع: ألا يغير الموجب كلامه قبل قبول الآخر، فإذا قال: بعتك بخمسة، ثم قال: بعشرة قبل أن يقبل الآخر لم يصح العقد.

الشرط التاسع: سماع الصيغة: بأن يسمع كل عاقد ومن يقربه من الحاضرين كلام الآخر، فإن لم يسمعه من كان قريباً لم ينعقد العقد.

الشرط الحادي عشر: أن يتوافق الإيجاب والقبول تماماً، فلو اختلف لم يصح العقد.

الشرط الثاني عشر: أن لا يعلق الصيغة بشيء لا يقتضيه العقد، مثل: إن جاء فلان فقد بعتك كذا، أو بعتك هذه الدار إن شاء فلان، أو إن شاء الله؛ لأن البيع يقتضي التنجيز، أما إن علق بما يقتضيه العقد كقوله: بعتك هذ بكذا إن شئت، فقال: اشتريت، صح العقد؛ لأن هذا التعليق لا ينافي العقد وهو تصريح بمقتضى العقد.

الشرط الثالث عشر: ألا يكون العقد مؤقتاً، فلو قال: بعتك الدار بألف شهراً مثلاً لم يصح؛ لأن البيع يقتضي التأييد.

وأما شروط المعقود عليه، فهي خمسة:

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه طاهراً، فلا يصح بيع الكلب والخنزير والمنتجس الذي لا يمكن تطهيره، كالخل واللبن وكذا الدهن في الأصح.

الشرط الثاني: أن يكون منتفعاً به شرعاً، فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها، ولا يصح بيع كل سبع أو طير لا ينفع كالأسد أو الذئب أو الغراب، ولا يصح بيع آلات اللهو وإن اتخذت من نقد للحرمة، ولأنه لا نفع بها شرعاً.

الشرط الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلا يصح بيع الطير في الهواء، ولا السمك في الماء، ولا بيع الضال، والآبق، والمغصوب.

الشيء الرابع: أن يكون مملوكاً للعاقل، أو له عليه ولاية، فبيع الفضول وهو بيع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية عليه باطل؛ لقوله ﷺ: **((لا بيع إلا فيما تملك))**.

الشرط الخامس: أن يكون معلوماً للعاقدين عيناً وقدرًا وصفة.

د. شروط البيع عند الحنابلة:

اشترط الحنابلة للبيع أحد عشر شرطاً إما في العاقد، وإما في الصيغة، وإما في المعقود عليه.

أما شروط العاقد، فهي اثنان:

الشرط الأول: الرشد إلا في يسير، فلا يصح بيع الصبي، والمجنون، والسكران، والسفيه، لكن إذا أذن الولي لمميز ولسفيه لمصلحه صح العقد، ويحرم الإذن لهما

بلا مصلحه ؛ لما فيه من الإضاعة ، ولا يصح من المميز والسفيه قبول هبة ، ووصيه ، وبيع ، ونحوها بلا إذن ولي لهما ، ويصح تصرف صغير ولو دون سن التمييز في الأمر اليسير ؛ لما روي أن أبا الدرداء اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ، ويصح تصرف سفيه في شيء يسير كباقة بقل وكبريت ونحوها ؛ لأن الحكمة في الحجر خوف ضياع المال ، وهو مفقود في اليسير ، ويصح توكيل مميز في إرسال هدية ، ودخول دار عملاً بالعرف .

الشرط الثاني : التراضي بين المتبايعين ، والاختيار أو عدم الإكراه إلا بحق ، وهو أنه ، أي أن العاقد بالبيع اختياراً ؛ لقوله تعالى : ﴿ **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ** ﴾ [النساء : ٢٩] ولقوله ﷺ : ((**إنما البيع عن تراض**)) فبيع التلجئة أو الأمانة بأن يظهر العاقدان بيعاً لم يريداه باطناً ، بل أظهراه خوفاً من ظالم ونحوه باطل ، وكذا بيع الهازل باطل ؛ لأنه لم ترد حقيقته ، ويصح البيع في حالة الإكراه بحق ، كالذي يكرهه الحاكم لوفاء دينه ، أو على شراء ما يوفي عليه من دين ؛ لأنه قول حُمل عليه بحق فصح ، فأمثله لمكره بحق راهن ، ومحتكر ، ومدين ، وممتنع ، ويكره الشراء من المضطر وهو الذي يبيع ماله بأقل من ثمن مثله .

وأما شروط الصيغة عند الحنابلة ، فهي ثلاثة :

الشرط الأول : اتحاد المجلس : بأن يكون القبول في مجلس الإيجاب ، فإذا قال البائع : بعتك ثم تفرقا قبل القبول من المجلس لم ينعقد البيع .

الشرط الثاني : ألا يكون بين القبول والإيجاب فاصل يدل عن الإعراض عرفاً .

الشرط الثالث : ألا يكون العقد مؤقتاً ولا معلقاً بغير مشيئة الله .

وأما شروط المعقود عليه مبيعاً أو ثمنًا، فهي ستة:

الشرط الأول: أن يكون مالاً وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً مطلقاً في غير حاجة ولا ضرورة؛ لأن البيع مبادلة مال بمال فلا يصح بيع ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات، أو ما فيه منفعة محرمة كالخمر، أو ما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة حال الاضطرار، أو المخصصة أو الخمر لدفع لقمة غص بها، ويصح بيع جلد ميتة دبغ واقتناؤه بلا حاجة، ويجوز بيع بغل وحمال ودود قز ونحوه منفرداً، بشرط كونه مقدوراً عليه، ويجوز إهداء الكلب المباح والإثابة عليه لا علي وجه البيع، ويحرم بيع المسلم المصحف لكافر لأن تعظيمه واجب، ولا يصح بيع آلات لهو كمزمار ونحوه، ولا بيع حشرات وما إلى غير ذلك، ولا يصح بيع الحر للحديث المتفق عليه: **((ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة))** ومنهم: **((ورجل باع حراً وأكل ثمنه))** ولا يصح ما ليس بمملوك من المباحات من نحو: كلاً، وماء، ومعدن، قبل حيازتها، وتملكها.

الشرط الثاني: أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً؛ لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: **((لا تبع ما ليس عندك))** فلا يصح تصرف فضولي مطلقاً، ولو أجزى بعد، ولا يصح بيع ما لا يملكه الإنسان، ولا بيع أرض موقوفة.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع معلوماً للبائع والمشتري؛ لرؤية تحصل به معرفته عند العقد أو قبله، بزمن لا يتغير فيه المبيع يقيناً أو ظاهراً.

الشرط الخامس: أن يكون الثمن معروفاً للعاقدين حال العقد أو قبله، فلا يصح بيعه برقم، ولا بما باع زيد، إلا أن علم به العاقدان، ولا بما ينقطع به السعر، ولا كما يبيع الناس.

الشرط السادس: خلو الثمن والمثمن والمتعاقدين عن موانع الصحة كالربا، أو الاشتراط، أو غيرهما، فلا يصح بيع أضحية وهدي واجبين إلا بخير منهما، ولا يصح بيع موقوف بلا مسوغ، ولا بيع مرهون بلا إذن مرتهن، ولا بيع ماء وسترة لمصلي عادم غيرهما، ولا بيع مصحف، ولا بعد نداء جمعة.

فهذه هي الشروط التي اشترطها الفقهاء للبيع، سواء منها ما كان ما هو مبطل للبيع، وما كان منها غير مبطل للبيع.

٢. أوجه الاتفاق والاختلاف في شروط البيع:

يظهر لنا مما تقدم بيانها ما يلي:

أولاً: في العاقد التمييز شرط متفق عليه، أما البلوغ: فهو شرط مختلف فيه، فهو شرط نفاذ عن الملكية والحنفية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، وأما الاختيار أو الطوعية فهو شرط انعقاد عند الجمهور، وشرط نفاذ عند الحنفية، فيبيع المكره باطل عند الجمهور، موقوف غير نافذ عند الحنفية، غير لازم في المعتمد عند الملكية.

ثانياً: في الصيغة: اتحاد المجلس دون فاصل بين القبول والإيجاب وتطابق الإيجاب للقبول، وسماع الصيغة والتنجز، أو عدم التعليق، أو عدم التأكيد، كلها شروط متفق عليها، وإن ذكر بعضها بعض الفقهاء دون غيرهم.

ثالثاً: في المعقود عليه: كون المعقود عليه مالاً متقوماً يباح الانتفاع به شرعاً، أو طاهراً غير نجس، موجوداً مقدور التسليم، معلوماً غير مجهول، كلها شروط متفق عليها، إلا أن الجهالة تفسد البيع عند الحنفية، وتبطله عند الجمهور.

أما كون المبيع مملوكاً للبائع فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، فبيع الفضولي وشراؤه موقوف عند الحنفية والمالكية، باطل عند الشافعية والحنابلة، وأما ألا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع كبيع المرهون والمأجور فهو شرط نفاذ عند الحنفية، وشرط انعقاد عند الحنابلة والشافعية والمالكية، فبيع المرهون والمأجور موقوف عند الحنفية، باطل عند الجمهور.

فهذه هي الشروط في البيع.

أنواع الشروط في البيع، والسلم وأحكامه

عناصر الدرس

- العنصر الأول : أنواع الشروط في البيع: الشروط الصحيحة ٢٨٥
- العنصر الثاني : أنواع الشروط في البيع: الشروط الفاسدة ٢٨٩
- العنصر الثالث : السلم: مشروعيتها، تعريفه، وركنه ٢٩٣
- العنصر الرابع : شروط السلم ٢٩٥
- العنصر الخامس : حكم السلم: وجوه الاختلاف بين السلم والبيع ٣١٣
- العنصر السادس : الحوالة، والكفالة، والرهن برأس المال وبالمسلم ٣١٧
فيه، وقبض رأس المال مشوباً، وحكم المسلم فيه

أنواع الشروط في البيع: الشروط الصحيحة

بالإمكان أن تقسم الشروط في المبيعات إلى ثلاثة أنواع: شرط صحيح، وشرط فاسد، وشرط لغو باطل.

النوع الأول: الشرط الصحيح - أي: المعتبر الملزم للمتعاقدين - :

فهو أربعة أقسام:

القسم الأول: ما يقتضيه العقد، كأن يشتري شخص شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع، أو يسلم المشتري الثمن، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن.

القسم الثاني: ما ورد الشرع بجوازه، كشرط الأجل والخيار لأحد المتعاقدين، فقد أثبت الشرط في وقائع للنبي ﷺ جواز التأجيل لمدة معلومة لحاجة الناس إليه؛ لما فيه من المصلحة، كما ثبت في الشرع جواز خيار الشرط في إمضاء البيع، أو رده خلال مدة معلومة، وهو قوله # لحيان بن منقذ: ((إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام)) وهذا مقتضى الاستحسان.

أما مقتضى القياس: فالشرط فاسد لكونه مخالف لمقتضى العقد وهو ثبوت الملك في العوضين معاً في الحال.

القسم الثالث: شروط تُلائم مقتضى العقد، كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين بالثمن، فإن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم البيع، ويؤيد التسليم، وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل؛ لأن الكفيل أو الرهن إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، ثم هل الحوالة مثل الكفالة والرهن؟ إذا

كان الرهن والكفيل مجهولين فسد البيع، كأن يقول البائع: أبيع بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن، ولم يسم شيئاً، ولا أشار إليه، أو يقول: بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن، ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان، لأن هذه الجهالة تُفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم، إذ أن معنى التوفيق والتأكيد بالحصول على الثمن بالرهن أو الكفالة لا يحصل إلا بالتسليم، وذلك لا يتحقق في المجهول.

فإذا اتفق المتعاقدان على تعيين رهن في مجلس البيع جاز البيع؛ لأن المانع هو جهالة الرهن، وقد زال، فكأنه كان معلوماً معيناً من ابتداء الأمر؛ لأن المجلس له حكم حالة واحدة، وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن، ولكن المشتري نقض الثمن جاز البيع أيضاً؛ لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فسقط اعتبار الوثيقة، وإن افرق المتعاقدان عن المجلس تقرر الفساد؛ لأن تمام القبول توقّف على الرهن المشروط في العقد، فإذا لم يوجد الرهن لم يوجد القبول معنى.

وأما إذا كان الرهن والكفالة معلومين بالإشارة أو بالتسمية فالقياس ألا يجوز البيع، وبه أخذ زُفر؛ لأن الشرط الذي يُخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يُخالف مقتضى العقد، فكان مفسداً، وفي الاستحسان: يجوز، وهو الصحيح عند جمهور الحنفية؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى؛ لأن الرهن والكفالة - شرعاً - توفيق للثمن، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مكرراً لمقتضى العقد معنى، فأشبهه اشتراط صفة الجودة بالثمن.

ويلاحظ: أن جواز البيع استحساناً حالة اشتراط الكفالة مقيد بما إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبلاً، أو كان غائباً، ثم حضر في المجلس وقبلاً، فكان كما لو

كان قبل عند العقد؛ لأن لمجلس العقد حكم العقد، فأما إذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل أو قبل وهو غائب لم تصحّ الكفالة؛ لأنه لم يحصل معنى التوفيق، فبقي الحكم على أصل القياس؛ لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل كان بسبب البيع، فيصير الكفيل بمنزلة المشتري إذا اشترطت الكفالة في البيع، ووجود المشتري في مجلس البيع شرط لصحة الإيجاب من البائع، فكذلك وجود الكفيل.

هذا بخلاف الرهن: فلا يشترط المرهون في مجلس البيع؛ لأن تقديم الرهن يكون من المشتري والمشتري حاضر، وقد التزم الرهن، فالرهن صحيح، وحينئذ إذا لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع لا يثبت حكم الرهن؛ لأن ثبوت حكم الرهن متوقف على القبض، كما هو معروف في باب الرهن، فإن سلم الرهن تمّ العقد، وإن امتنع المشتري عن تسليم الرهن يجبر عند زفر؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقاً من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق عقد البيع، فيجبر عليه، ولا يجبر عند جمهور الحنفية على التسليم؛ لأن الرهن عرض تبرع في الأصل، واشترطه في البيع لا يُخرجه عن أن يكون تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه.

وحينئذ يقال للمشتري: إما أن تدفع الرهن، أو قيمته، أو تدفع الثمن، أو تفسخ البيع؛ لأن البائع ما رضي بوجوب الثمن في ذمة المشتري، إلا بوثيقة الرهن، فإن لم يفعل المشتري شيئاً من المذكور للبائع أن يفسخ البيع؛ لأنه فات غرضه.

الحوالة:

من الشروط الصحيحة في البيع: الحوالة.

الحوالة: شرط إما من البائع أو من المشتري، فإن شرط البائع في البيع أن يُحيله المشتري بالثمن على غريم من غرمائه، أي: مدين له، فهذا على حالتين:

الحالة الأولى: الإحالة بجميع الثمن، فالبيع فاسد. لأنه يصير بائعاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري، وهو باطل؛ لمخالفته لمقتضى العقد.

الحالة الثانية: إن شرط عليه أن يحيل نصف الثمن على فلان، فالبيع جائز إذا كان المحال عليه حاضراً، وقبل الحوالة، كما إذا باع شيئاً بألف ليرة على أن يكون نصفه على فلان وهو حاضر، فقبل جاز أو كان المحال عليه غائباً، ثم حضر في المجلس وقبل؛ لأن لمجلس العقد حكم العقد، وإن شرط المشتري في البيع شرطاً، هو أن يحيل البائع على غريم من غرمائه بالثمن؛ ليدفع له، أو باع البائع شيئاً بشرط أن يضمن المشتري لغريم دائن من غرماء البائع الثمن، فالبيع فاسد. لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد بل هو شرط فيه منفعة العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل، وإلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له، فلم يكن ملائماً للعقد، بخلاف الكفالة والرهن، والضمان ليس بصفة للثمن، بل هو شرط فيه منفعة العام.

القسم الرابع: ما جرى به العرف كشراء القفل على أن يسمره البائع في الباب، أو الحذاء على أن يخززه البائع، أو يضع له نعلاً، وكشراء الساعة أو الغسالة، أو الثلاجة، أو المذياع بشرط أن يُصلحها البائع لمدة سنة مثلاً إن أصابها خلل، فيجوز البيع استحساناً، والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر.

وجه القياس: أن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنه مفسد، كما إذا اشترى قماشاً بشرط أن يخيطة البائع له قميصاً ونحوه، ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع.

أنواع الشروط في البيع: الشروط الفاسدة

النوع الثاني: الشروط الفاسدة للعقد:

وهو ما خرج عن الأقسام الأربعة السابقة، أي: لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا ورد به الشرع، ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كمن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع، أو قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة، فالبيع في هذا كله فاسد.

لأن زيادة منفعة مشروطة في العقد تكون رباً؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة ربا، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا.

أ. الشرط اللغو أو الباطل:

الشرط اللغو أو الباطل، هو: ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كأن يبيع شيئاً بشرط ألا يبيعه مشترٍ، أو لا يهبه فالبيع جائز، والشرط باطل على الصحيح عند الحنفية؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يُوجب الفساد؛ لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط؛ لتضمنها الربا بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم تُوجد المنفعة في هذا الشرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد، فيكون العقد جائزاً، والشرط باطلاً.

ويلاحظ أن الحنفية اتفقوا على أنه لو أحق المتعاقدان بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً، كالحيار الصحيح في البيع، ونحوه، يلتحق به.

وأما الشرط الفاسد فقرانه بالعقد وإحاقه به سواء عند أبي حنيفة، حتى لو باع شخص بيعاً صحيحاً، ثم أحق به شيئاً من الشروط الفاسدة التي ذكرناها، يلتحق به، ويفسد العقد؛ لأن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً، والمحلّ قابلاً للعقد، وقال الصاحبان: لا يلتحق به، ولا يفسد العقد، ويلغيان الشرط.

لأن إحاق الشرط الفاسد بالعقد يغيّر العقد من الصحة إلى الفساد، فلا يصحّ، فبقي العقد صحيحاً كما كان؛ لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز، فكان ينبغي ألا يصحّ إحاق أصلاً، إلا أن إحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه حتى صحّ قرانه بالعقد، فيصحّ إحاقه به. والأصح هو قول الصاحبين كما ذكر بن عابدين في حاشيته.

ب. حكم البيع والشرط عند غير الحنفية:

من المعلوم أن البيع غير الصحيح عند غير الحنفية، لا فرق في أن يسمّى فاسداً أم باطلاً، فإذا لم يصح اقتران الشرط بالبيع أبطله أو أفسده، والنتيجة فيهما سواء، والبيع بشرط هو الذي يسمّيه الفقهاء بيع الثنياً.

وقد اختلفوا في حكمه؛ فقال الحنفية على التفصيل المذكور والشافعية عملاً بالحديث: ((البيع فاسد))، وقال الحنابلة: البيع صحيح، والشرط صحيح، ولم يأخذوا بالحديث، وفي مذهب المالكية تفصيل.

أما تفصيل مذهب الشافعية فهو كما يأتي: إذا شرط في البيع شرطاً، فإن كان شرطاً يقتضيه العقد كتسليم المبيع، والردّ بالعيب ونحوهما صحّ العقد؛ لأن الشرط المذكور مبين لما يقتضيه العقد، ويكون كذلك العقد صحيحاً إن شرط شرطاً لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة لأحد العاقدين، كالخيار، والأجل، والرهن، والضمان، أو الكفالة؛ لأن الشرع ورد بجوازه، ولأن الحاجة تدعو إليه، فإن شرط ما سواه من الشروط التي تنافي مقتضى البيع، كأن اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، أو لا يهبه، أو أن يبيعه شيئاً، أو يقرضه مبلغاً من المال أو اشترط أن يسكن الدار مدة، أو اشترط المشتري على البائع أن يخيظ له الثوب الذي اشتراه منه، أو يحصد له الزرع الذي اشتراه منه، أو يحدو له قطعة الجلد الذي اشتراها منه، ففي كلّ هذه الحالات يكون البيع باطلاً؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط.

وقال الحنابلة: يبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد؛ لأن النبي ﷺ قال: ((لَا يَجِلُّ سَلْفٌ وَيَبِّعُ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)). والمراد بالشرطين: ما ليسا من مصلحة العقد، كأن اشترى ثوباً، واشترط على البائع خياطته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله، فإن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز.

والشروط عند الحنابلة أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد؛ كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، وهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً معيناً، ولا يؤثّر في العقد.

الثاني: ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما؛ كالأجل والخيار والرهن والضمان والشهادة على البيع، أو اشتراط صفة مقصوده في البيع، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، قال ابن قدامة: ولا نعلم في صحّة هذين القسمين خلاف.

الثالث: ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولا يُنافي مقتضاه، وهو نوعان:

النوع الأول: اشتراط منفعة للبائع في المبيع، فإن كان شرطاً واحداً، فلا بأس به، كاشتراط المشتري على البائع أن يخيّط له الثوب المشتري، أو اشتراط حمل حزمة الحطب إلى موضع معلوم، أو سُكُنَى الدار مدة شهر مثلاً، والدليل على الجواز حديث جابر الذي قال فيه: إن النبي ﷺ اشترى من جابر بغيراً، واشترط حُمْلانَه عليه إلى أهله في المدينة.

النوع الثاني: أن يشترط عقداً في عقد، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه شيئاً، أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد، يفسد به البيع؛ للنهي عن بيعتين في بيعة.

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى البيع، مثل أن يشترط أن لا يبيع المبيع؛ يبيعه داراً، واشترط عليه ألا يبيعهها، وألا يهبها، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، ففي هذا روايتان عن أحمد؛ أصحهما أن البيع صحيح، والشرط باطل.

وقال المالكية: في المذهب تفصيل؛ فإن كان الشرط يقتضي منع المشتري من تصرف خاص أو عام، فيبطل الشرط والبيع، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع المبيع أو لا يهبه، فلا يجوز؛ لأنه من الثنبا، وقد نهى النبي ﷺ عن الثني في البيع إلا

أن تعلم، فإن أسقط هذا الشرط عن المشتري جاز البيع، وإن اشترط البائع منفعة لنفسه كركوب الدابة، أو سكنى الدار مدة معلومة يسيرة - كشهرا، وقيل سنة - جاز البيع والشرط، عملاً بحديث جابر الأنف الذكر.

وإن اشترط البائع شرطاً يعود بخلل في الثمن، فيجوز البيع، ويبطل الشرط، مثل: أن يشترط إن لم يأت به بالثمن إلا ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فإن قال البائع للمشتري: متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع - وهو المعروف ببيع الوفاء عند الحنفية - لم يجز البيع.

السلم: مشروعيته، تعريفه، وركنه

١. مشروعية السلم:

السلم مشروع بالكتاب والسنة واجتماع الأمة.

أ. الكتاب: فقد فسرت به آية الدين، وهي قول الله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى، قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه. ثم قرأ هذه الآية الكريمة.

ب. السنة: فقد روي عن ابن عباس - والحديث متفق عليه - أن رسول الله ﷺ قدم المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والستين والثلاث، فقال ﷺ: ((من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)).

ج. الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، ولأن الناس في حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم، أو على الزروع ونحوها حتى تنضج، فـجُوزَ لهم السلم دفعاً للحاجة، وقد استثنى عقد السلم من قاعدة عدم الجواز بيع معدوم؛ لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية؛ ترخيصاً للناس وتيسيراً عليهم.

٢. تعريف عقد السلم وركنه:

السلم أو السلف بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة، أي: أنه يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المثمن لأجل، أو بعبارة أخرى، هو أن يسلم عوض حاضرًا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، وعرفه الشافعية والحنابلة بقولهم: هو عقد على موصوف بذمة المؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد. وعرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر الثمن المثمن لأجل، ويشترط فيه ما يشترط في البيع، ويزاد فيه شرائط خاصة، سنعرفها إن شاء الله.

٣. ركن السلم:

ركن السلم هو: الإيجاب والقبول، والإيجاب عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة هو لفظ السلم، والسلف، والبيع، بأن يقول ربّ السلم: أسلمت إليك في كذا، أو أسلفت، وقال الآخر قبلت أو يقول المسلم إليه: بعث منك كذا. وذكر شرائط السلم فقال رب السلم: قبلت.

وقال زفر والشافعية: لا ينعقد السلم إلا بلفظ السلم أو السلف فقط؛ لأن القياس ألا ينعقد أصلًا؛ لأنه بيع المعدوم، إلا أن الشرع ورد بجوازه بهذين

اللفظين، وفي لفظ البيع وجهان عند الشافعية؛ بعضهم قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع وإلا كان بيعاً؛ لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه.

والبعض الآخر قال: ينعقد؛ لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف. ويسمى المشتري رب السلم أو المسلم، والبائع يسمّى المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه، والثلث رأس مال السلم، وأركان السلم عند غير الحنفية ثلاثة كالبيع: عاقد؛ مسلم، ومسلم إليه، ومعقود عليه؛ رأس مال السلم والمسلم فيه، وصيغة؛ إيجاب وقبول.

شروط السلم

يشترط في السلم شروط؛ منها في رأس المال، ومنها في المسلم فيه، وقد اتفق أئمة المذاهب على أن السلم يصح بشروط ستة: هي أن يكون في جنس المعلوم، بصفة معلومة، ومقدار معلوم، وأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤنة ونفقة، واتفقوا أيضاً على جواز السلم في المكيلات، والموزونات، والمزروعات والمعدودات المتقاربة؛ كالجوز واللوز والبيض ونحوها، كما سنفصل، واختلفوا في شروط تتعلق برأس المال، وبالمسلم فيه، وفي إقالة بعض السلم، وسنذكر هذه الشروط، والخلاف في أهمها.

١. شروط رأس مال السلم - أي: الثمن - :

اشترط الحنفية في رأس مال السلم ستة شروط:

الشرط الأول: بيان الجنس: أي: أنه دراهم، أو دنانير، أو من المكيل؛ حنطة أو شعير، أو من الموزون؛ قطن أو حديد ونحوها.

الشرط الثاني: بيان النوع: إذا كان في البلد نقود مثل دنانير أو دراهم، فإن كان في البلد نقد واحد، فيكتفي بذكر الجنس، وينصرف إليه لتعيينه عرفاً.

الشرط الثالث: بيان الصفة: أي أنه جيد أو وسط أو رديء، واشتراط هذه الشروط الثلاثة؛ لإزالة الجهالة في العقد؛ لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة، ومثل هذه الجهالة تفسد البيع.

الشرط الرابع: إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه؛ بالقدر من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، ولا يُكتفى بالإشارة إليه، وهذا الشرط عند أبي حنيفة وسفيان الثوري، فإذا قال رب السلم: أسلمت إليك هذه الدراهم أو الدنانير، وأشار إليها، ولم يعرف وزنها، أو قال: هذه الحنطة. ولم يعرف مقدار كيلها، فلا يصح السلم؛ لأن جهالة رأس المال تؤدّي إلى جهالة قدر المسلم فيه، وجهالة قدر المسلم فيه تفسد العقد، فإن أسلم فيما لا يتعلّق العقد فيه بالقدر كالذراعات، أي: المقيسة بالذراع؛ كالثياب، والعدديات المتفاوتة؛ كالبطيخ والرمان، فإنه لا يشترط بيان الذراع في الذراعات، ولا بيان القيمة فيها، ويكتفى بالإشارة والتعيين باتفاق فقهاء الحنفية.

واتفقوا أيضاً على أن إعلام قدر الثمن في بيع العين المعتاد ليس بشرط، إذا كان مشاراً إليه، وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم: لا يشترط معرفة قدر رأس المال، فإن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره؛ لأنه عوض مشاهد كالثمن والمبيع المعين.

وأما الإمام مالك فلم يحفظ عنه في ذلك نصّ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجذاف، إلا فيما يعظم الغرر فيه بأن كان كثيراً مثلاً.

الشرط الخامس: أن تكون الدراهم والدنانير منتقدة، ومعنى منتقدة يقال: انتقد الدراهم، نظرها؛ ليعرف جيدها وزيفها عند أبي حنيفة؛ لأن كل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد، وقال أصحابه: ليس هذا بشرط.

الشرط السادس: تعجيل رأس المال وقبضه فعلاً في مجلس العقد قبل افتراق العاقدين بنفسيهما؛ سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً، فإن تفرّق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ؛ لأنه يختلّ عندئذٍ الغرض المقصود من السلم، وهو الاستعانة على الإنتاج والتحصيل، فلو كان الثمن عيناً، وافترق العاقدان دون قبض اختلّ معنى السلم؛ لأن الرسول ﷺ يقول: ((أسلفوا في كيل معلوم)).

والإسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سُمّي سلماً؛ لتسليم رأس المال، فإذا تأخر لم يكن سلماً فلم يصح، فلا بد من قبض أحد العوضين؛ ليتحقق معنى اسم السلم، وإن كان الثمن ديناً في الدّمة، أي: من النقود مثلاً، فلا بد من تسليمه أيضاً، حتى لا يكون السلم بيعاً للدين بالدين؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخرج تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد، لكان التأخير في معنى مبادلة الدين بالدين.

وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ، أي: الدين بالدين؛ ولأن في السلم غرراً، أي: تعريضاً للهلاك أو على خطر الوجود، فلا ينضم إليه غرر آخر بتأخير رأس المال في المجلس، وهذا الشرط متفق عليه بين الحنفية والشافعية والحنابلة.

وقال الإمام مالك: يجوز تأخير رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل، ولو بشرط في العقد، سواء أكان رأس المال عيناً أو ديناً؛ لأن السلم معاوضة، لا يخرج بتأخير قبض رأس المال عن أن يكون سلماً، فأشبهه ما لو تأخر إلى آخر المجلس، وكل ما قارب الشيء يعطى حكمه، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ، فإن أحرر رأس المال عن ثلاثة أيام، فإن كان التأخير بشرط فسد السلم اتفاقاً، سواء أكان التأخير كثيراً جداً بأن حلّ أجل المسلم فيه، أم لم يكثر جداً بأن لم يحلّ أجله، وإن كان التأخير بلا شرط، فقولان في المدونة الكبرى للإمام مالك بفساد السلم وعدم فساده، سواء كثر التأخير جداً أو لم يكثر، والمعتمد الفساد بالزيادة عن الثلاثة أيام، ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط، والأصح ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة.

٢. شروط المسلم فيه:

اشترط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً:

الشرط الأول: أن يكون معلوم الجنس كأن يبين أنه حنطة، أو شعير، أو نحوهما.

الشرط الثاني: أن يكون معلوم النوع كأن يقول: حنطة سقيّة، أو سهلية، أو جبلية.

الشرط الثالث: أن يكون معلوم الصفة، كأن يقول: حنطة جيدة أو رديئة أو وسط.

ويلاحظ أنه يكتفى ببيان الجنس والنوع والصفة، فلا يصح أن يذكر في العقد أنه من الناتج الذي سيظهر جديداً، وهو لم يتكون بعد؛ لأنه يكون بيع المعلوم صراحة، وهو لا يجوز.

الشرط الرابع: أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع، والسبب في اشتراط هذه الشروط الأربعة، هو ما ذكرناه في شرط رأس المال، وهو إزالة الجهالة؛ لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد، وقال # : ((من أسلف منكم، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم)).

الشرط الخامس: ألا يكون في البديلين إحدى علة ربا الفضل، وهي إما القدر المتفق أو الجنس المتحد؛ لأن العقد حينئذٍ يتضمن الربا؛ لأن حرمة ربا النساء تتحقق بأحد هذين الوصفين.

وبعبارة أخرى أنه يشترط ألا يكون في السلم أحد وصفي علة ربا الفضل، وهي إما الكيل أو الوزن، وإما الجنس؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء، أي: التأخير. فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في بدلي السلم يتحقق ربا النساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد، فإن لم يتحقق القدر المتفق بأن اختلف المسلم فيه ورأس مال السلم كبيع حنطة بنقود، أو زعفران بدراهم، أو دنانير، فيصح السلم؛ لانعدام علة ربا النسئة، وهي القدر المتفق أو الجنس.

أما المجانسة فظاهرة الانتفاء، وأما القدر المتفق؛ فالأن وزن الثمن يخالف وزن المثل، فالنقود توزن بالثاقيل، والزعفران ونحوه يوزن بالرطل أو القباني، وأما الحنطة فهي مكيلة، والنقود موزونة.

وعبر المالكية عن هذا الشرط بقولهم: أن يكون رأس مال السلم والمسلم فيه مختلفين جنساً تجوز النسئة فيه بينهما، فلا يجوز إسلاف الذهب والفضة أحدهما في الآخر؛ لأن ذلك ربا، وكذلك لا يجوز تسليم الطعام بعضه في بعض على

الإطلاق؛ لأنه ربّاً، ويجوز إسلاف الذهب والفضة في الحيوان والعروض والطعام، ويجوز إسلاف العروض بعضها في بعض.

الشرط السادس: أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير، لا يجوز السلم فيه؛ لأن المسلم فيه مبيع، مبيع مما يتعين بالتعيين، والدرهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات، فلم تكن مبيعة، فلا يجوز السلم فيها، وهل يجوز السلم في التبر والسبائك؟

فيه روايتان: رواية لا يجوز؛ لأن التبر والسبيكة بمنزلة الدرهم المضروبة، ورواية أخرى يجوز؛ لأنها بمنزلة العروض.

ويخرج على هذا السلم في الفلوس عدد، يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الفلوس عندهما ليست بثمن مطلق، بل مما يتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العددية، ولا يجوز السلم فيها عند محمد؛ لأنها أثمان عنده.

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، وقد اختلف العلماء في هذا الشرط، وفيه يعرف حكم السلم الحال؛ فقال الحنفية والمالكية والحنابلة: يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلاً، ولا يصح السلم الحال؛ لقول النبي ﷺ: ((من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) فهذا الحديث أمر بالأجل.

والأمر يقتضي الوجوب، كما أوجب كون المسلم فيه مقدراً بالكيل أو الوزن؛ ولأن السلم أجزى رخصة للرفق بالناس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإن انتفى الأجل انتفى الرفق، فلا يصح، وباعتباره رخصة، فيقتصر على حال ورودها.

وقال الشافعية: يصح السلم حالاً ومؤجلاً، فإن أطلق عن الحلول والتأجيل، وكان المسلم فيه موجوداً؛ انعقد حالة؛ لأنه إذا جاز السلم مؤجلاً فلأن يجوز حالاً بالأولى؛ لبعده عن الغرر.

والمراد من الحديث إلى أجل معلوم، هو العلم بالأجل لا الأجل نفسه، وفائدة العدول من البيع إلى السلم الحال حينئذٍ، هي جواز العقد مع غيبة المبيع، فإن المبيع إذا لم يكن حاضراً مرئياً لا يصح بيعه عند الشافعية، وإن أقر العقد لإحضاره، فربما تلف، أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه، كما لا يتمكن حينئذٍ من فسخ العقد؛ لأن العقد متعلق بالذمة، وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به.

واختلف العلماء أيضاً في مدة أجل السلم؛ قال الحنفية والحنابلة: إن أجل السلم مقدر بشهر أو ما قاربه؛ لأنه أدنى الأجل، وأقصى العاجل.

وقال المالكية: أقل الأجل نصف شهر؛ لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه هذا، إلا إذا اشترط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد، وكانت المسافة يومين من بلد العقد؛ لأنها مظنة اختلاف الأسواق في البلدين، وإن لم تختلف بالفعل، واشترط في العقد أيضاً الخروج فوراً إلى البلد، كما اشترط أن يخرج رب السلم والمسلم إليه أو وكيلهما بالفعل، وأن يعجل قبض رأس المال في المجلس، أو قربه وأن يكون السفر في يومين برباً أو بغير.

فإذا وجدت هذه الشروط الخمسة لا يشترط التأجيل بنصف شهر عند المالكية، واتفق العلماء على أن الأجل لا بد أن يكون معلوماً قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقول النبي ﷺ: ((إلى أجل معلوم))، ولأنه بمعرفة الأجل يتحدد الوقت الذي يقع قضاء المسلم

فيه ، فإذا جهل الأجل ، لم يُفدُ معرفة ذلك ، ووقع رب السلم في الغرر ، ولكنه مختلف في كيفية العلم بالأجل .

فقال الحنفية والشافعية والحنابلة : لا بد من تحديد زمان بعينه لا يختلف ، فلا يصح التأجيل للحصاد والدراس ، والنيروز : اليوم الأول من السنة القبطية ، وهو أول الربيع ، والمهرجان : أول الخريف وعيد النصرى ، وقدوم الحاج ، والصيف والشتاء ونحوها .

ودليل الحنفية ، ومن وافقهم : أن الرسول ﷺ قال : ((إلى أجل معلوم)) ، والتحديد بهذه الأوقات مثار النزاع ؛ لأنه غير معلوم ، إذاً إنه يتقدم ، ويتأخر ، ويقرب ، ويبعد ، ويؤيده ما روي عن ابن عباس أنه قال : "لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم" .

وقال المالكية : يجوز السلم إلى هذه الأوقات ، ويعتبر ميقاتها هو الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر ، وهو وسط الوقت المعد لها الذي يغلب فيه الوقوع ، ودليلهم أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة ، لا يتفاوت فيه تفاوت كثيراً ، فأشبهه ما إذا قال : إلى ما قال إلى رأس السنة .

الشرط الثامن : أن يكون جنس المسلم فيه - أي : المبيع - موجود في الأسواق بنوعه وصفته من مقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس كالحبوب ، فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل ، أو انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن ونحوها ، لا يجوز السلم ؛ لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند حلول الأجل شك ؛ لاحتمال الهلاك ، فإن بقي الشيء المسلم فيه في الأسواق إلى الوقت المؤجل ثبتت القدرة على التسليم ، وإن هلك قبله لا تثبت .

وبعبارة أخرى: إن اشترط هذا الشرط؛ لضمان تنفيذ تسليم المسلم فيه، وعلى هذا: إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضع معلوم، فإن كان مما يُحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها، أو أرض كذا بعينها لا يجوز السلم؛ لعدم تحقق القدرة على التسليم، وهو غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

وإن كان مما لا يُحتمل الانقطاع كأن يسلم في حنطة إقليم؛ كالعراق أو خراسان أو في حنطة بلدة كبيرة، كسمرقند وبخارى، فيجوز السلم إذ لا يتوهم الانقطاع؛ لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن.

وقال بعض فقهاء الحنفية: لا يجوز السلم إلا إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة، والصحيح هو ما ذكرناه أولاً، وهو مذهب الحنفية.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يشترط أن يكون المسلم فيه عامماً الوجود مأمون الانقطاع وقت حلول الأجل فقط؛ سواء وُجد عند العقد أم لم يوجد؛ لأن المهم هو القدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التسليم؛ ولأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون الثمار السنة والسنتين، فقال: **((من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم))**.

ولم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم، ولو كان شرطاً لذكره، ولنهاهم عن السلم سنتين؛ لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة، إلا أن المالكية شرطوا أن يكون التزام المسلم فيه مطلقاً في الدّمة، فلا يجوز السلم في شيء معين كزرع قرية بعينها، وعليه لم يجز السلم في العقار اتفاقاً في تعيينه، واجتهاد غير الحنفية أوجه وأوسع، ولذا فهو الأرجح؛ لقوة دليله وفي اجتهاد الحنفية إذا حلّ أجل تسليم المسلم فيه، وانقطع وجود المبيع؛ بحيث يتعدّر تسليمه كان المشتري بالخيار بين أن ينتظر وجوده، أو يفسخ البيع ويستردّ الثمن.

الشرط التاسع: أن يكون العقد بئناً، ليس فيه خيار الشرط للعاقدين أو لأحدهما، فلو أسلف شخص ديناراً في مدّ من الحنطة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المسلم إليه، وتفرقاً ببدنيهما يفسد عقد السلم؛ لأن جواز البيع بشرط الخيار ثبت على خلاف القياس لحاجة الناس إليه، فلا يقاس عليه غيره إلا حاجة في السلم إلى الخيار؛ ولأن شرعية الخيار بدفع الغبن، والسلم مبنيٌّ على الغبن، ونقص السلم؛ لأنه بيع المغاليس كما يُسمّى، فلم يكن داخلاً تحت مورد النص الذي يُجيز الخيار، فلو اتفق المسلم إليه، ورب السلم على إبطال الخيار قبل التفرّق في المجلس، وكان رأس المال الثمن قائماً في يد المسلم إليه، انقلب العقد جائزاً عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر.

أما لو كان رأس المال هالكاً، فلا ينقلب العقد جائزاً؛ لأن رأس المال يصير حينئذٍ ديناً على المسلم إليه، والسلم لا ينعقد برأس مال دين، ويمكن تفريع هذا الشرط على اشتراط قدر رأس المال في مجلس عقد السلم؛ لأن اشتراط الخيار يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد.

ويلاحظ أن خيار الرؤيا وخيار العيب في رأس المال الثمن إذا كان عيناً قيماً أو مثلية لا يفسد عقد السلم؛ لأن الخيارين المذكورين لا يمنعان ثبوت الملك في البدل، وأما بالنسبة للمسلم فيه المبيع، فلا يثبت خيار الرؤية فيه بالاتفاق؛ لأن هذا الخيار لا يجري فيما يملكه الإنسان ديناً في الذمّة؛ إذ لا فائدة في الخيار حينئذٍ؛ لأن ثمرته في الأصل ردّ المبيع الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب المشتري، والمبيع المسلم فيه ليس عيناً معيناً، بل دين في الذمّة، يقضي بأمثاله، فعند رؤيته إذا صاغ ردّه بخيار الرؤيا يعود ديناً كما كان، ويجب أداءً مثل آخر، فيمكن ردّه أيضاً

بالخيار، وهكذا فيتسلسل، فلذا يكتفى بوصف المبيع بصحة السلم، فيقوم بيان الوصف مقام المعاينة.

أما خيار العيب في المسلم فيه، فإنه يصح ثبوته؛ لأنه لا يمنع تمام القبض الذي تتم به الصفقة.

الشرط العاشر: بيان مكان الإيفاء إذا كان للمبيع كلفة ومؤنة، كالخنطة أو الشعير، وهذا الشرط في جواز السلم عند أبي حنيفة، أما عند الصحابين، فلا يشترط ذلك، وتساءل عن سبب الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وبين صاحبيه.

الجواب: هل يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء فيما يحتاج لحمل ومؤنة، مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولاً، لا يجوز السلم؛ لأنها جهالة مفضية إلى المنازعة.

قال الإمام أبو حنيفة: لا يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء؛ لأن العقد إذا وجد مطلقاً عن تعيين مكان، فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعة، بسبب الخلاف على نفقات النقل.

وقال الصحابان: يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء، فلا يكون هناك جهالة، فيصح السلم؛ لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد، والعقد وجد في هذا المكان، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه، كما في بيع العين، ويُردُّ عليهما: بأن العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان، وهذا مكان المتعاقدين، وليس مكاناً للعقد، فلم يوجد العقد في هذا المكان، ويجري هذا الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الإجارة إذا احتاج الأمر إلى نفقة نقل، فعند الإمام أبي حنيفة: لا يصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة.

وعند الصاحبين تصحُّ الإجارة، ويتعين مكان إيفاء الأجرة بتعيين مكان إيفاء المعقود عليه، فإن كان المأجور داراً أو أرضاً، فتسلم الأجرة عند الدار والأرض، وإن كان المأجور دابةً فعند بدء انطلاق السير، وإن كان ثوباً دُفِعَ إلى مصبغةٍ مثلاً.

ويُلاحَظُ أن مكان العقد يتعيّن مكاناً للتسليم عند الصاحبين، إذا أمكن التسليم في مكان العقد، فإذا لم يمكن؛ بأن كان في البحر أو على رأس الجبل، فإنه لا يتعيّن مكان العقد للتسليم، ولكن يسلم في أقرب الأماكن الذي يمكن التسليم فيه من مكان العقد.

وأما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كُلفة، ومُؤنة، كالجواهر والآلئ ونحوها من المنقولات الخفيفة الحمل؛ فهناك روايتان عند الحنفية:

رواية تقول: يتعيّن مكان العقد. وهذا قول الصاحبين.

ورواية أخرى - وهي الأصح، والمفتى بها عند الحنفية - : يسلم الشيء حيثما لقي أحد العاقدين صاحبه، ولا يتعيّن مكان العقد.

لأن الأماكن كلها سواء، إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مُؤنة، ولو عين مكاناً آخر للإيفاء سوى مكان العقد، فإن كان في ما له حمل ومُؤنة يتعين، وإن كان فيما ليس له حمل ومُؤنة؛ ففيه روايتان:

في رواية: لا يتعيّن، وله أن يوفيه في أي مكان شاء.

وفي رواية: يتعيّن، وهو الأصح؛ لأنه يفيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق، وقال المالكية: الأحسن اشتراط مكان الدفع. وقال الشافعية: المذهب أن المسلم فيه إذا سلّم بموضع لا يصح للتسليم، أو يصلح وحمله مؤنة، اشترط

بيان محل تسليم المسلم فيه ؛ لتفاوت الأغراض ، فيما يُراد من الأماكن في ذلك ، فإن صلح المكان للتسليم ، ولم يكن لحمله مؤنة ، فلا يشترط ذكر مكان التسليم في العقد ، ويتعيّن مكان العقد للتسليم ؛ للعرف الجاري بذلك ، وقال الحنابلة : لا يشترط ذكر مكان الوفاء إن لم يعقد بنحو برية ، وسفينة ، ويتعيّن مكان العقد للتسليم عند الاختلاف.

الشرط الحادي عشر: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها اختلافاً ظاهراً ، أي : أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمّة ، وهي المثليات ، بأن يكون من المكيلات ، أو الموزونات ، أو الذرايعات ، أي : التي تقاس ؛ إما بالأمتار ، وإما بالسنتيمترات ، أو الأعداد المتقاربة ، مثل : الحبوب ، والثمار ، والدقيق ، والثياب ، والقطن ، والكتان ، والحديد ، والرصاص ، والأدوية ، والجوز ، والبيض ؛ لأن المكيلات والموزونات ، ممكنة الضبط قدرًا وصفةً على وجه لا يبقى فيها إلا تفاوت يسير ؛ لأنها من ذوات الأمثال.

وأما المتقارب من الذرايعات والعدديات ، فلأن الجهالة فيها يسيره لا تُفضي إلى المنازعة ، فإن كان المسلم فيه مما لا يضبط بالوصف ؛ كالعدديات المتفاوتة ، والذرايعات المتفاوتة ، مثل الدّور والعقارات ، والجواهر ، واللآلئ ، والجلود ، والخشب ، والرءوس ، والأكارع ، والرمان ، والسفرجل ، والبطيخ ، ونحوها ، لا يجوز السلم فيها ؛ لأنها لا يمكن ضبطها بالوصف إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها ، جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة ؛ بسبب التفاوت في المالية بين آحاد هذه الأشياء.

فهناك تفاوت فاحش بين جوهر وجوهر، ولؤلؤ ولؤلؤ، وحيوان وحيوان، وجلد وجلد، وهكذا؛ لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً للصغر والكبر، وحسن التدوير، وزيادة الضوء والصفاء؛ فيقع البيع فيها على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز، وهذا هو مذهب الحنفية.

ويلاحظ أنهم أجازوا السلم في العدديات المتقاربة مطلقاً؛ كَيْلاً ووزناً وعدداً. أما العدديات المتفاوتة، فلا يجوز السلم فيها؛ لا وزناً ولا عدداً، وقال المالكية: يصح السلم فيما ينضب، وفيما لا ينضب بالوصف، إذا اشترط رب السلم منها شيئاً معلوماً جنسه، وصفته ومقداره.

إما بالوزن فيما يوزن، وإما بالكيل فيما يكال، أو بالذرع فيما يذرع، أو بالعدد فيما يعد، أو بالوصف فيما لا يوزن، ولا يكال، ولا يعد؛ لأن شرط صحة السلم أن يُضَبَّطَ المسلم فيه، وأن يكون ضبطه بما جرت العادة بضبطه به؛ بالوزن أو الكيل أو العدد أو الذرع.

أما بالنسبة للعدديات المتقاربة، فيجوز السلم فيها عدداً؛ لأنها لا تتباين كثيراً، وقال الشافعية: يصح السلم فيما ينضب بالوصف دون ما لا ينضب، موافقين في ذلك للحنفية.

أما بالنسبة للعدديات المتقاربة، كالجوز واللوز، فيصح السلم كَيْلاً أو وزناً أو ذرعاً، ولا يجوز عدداً؛ لأن ذلك يتباين، ويختلف، فلم يجز عدداً؛ كالبطيخ، أما العدديات المتفاوتة فيصح السلم فيها وزناً في البطيخ والبادنجان والقشاء والرمان، وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل؛ لتفاوت وحداته وتناورها في المكيال، ولا يكفي فيها العد؛ لكثرة التفاوت فيها، فلا يمكن تقديرها بغير الوزن.

وقال الحنابلة: يصح السلم فيما ينضبط بالوصف؛ ككميل وموزون دون ما لا ينضبط، موافقين في ذلك للشافعية والحنفية، أما العدييات المتقاربة فيجوز السلم فيها عدداً، كما قال المالكية؛ لأنها لا تتباين كثيراً، أما العدييات المتفاوتة ففيها وجهان: وجه يصح السلم فيها عدداً، وتنضبط وحداتها بالصغر والكبر، ووجه لا يصح السلم فيها إلا وزناً، كما قال الشافعية.

وهكذا يكون مذهب الشافعية والحنابلة قريباً من مذهب الحنفية، والخلاف بينهم محصور في السلم في العدييات المتقاربة عدداً وفي العدييات المتفاوتة، وأجاز المالكية السلم فيما لا ينضبط بالوصف، والأصح: ما اختاره الحنفية ومن وافقهم.

٣. السلم في الحيوان:

يجوز السلم في الإليات - جمع إلية - والشحوم وزناً بلا خلاف، أما السلم في الحيوان ذاته، فقد اختلف فيه الفقهاء؛ فقال الحنفية: لا يجوز السلم في الحيوان كيفما كان، مستدلّين على ذلك بما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه نهى عن السلف في الحيوان. والحديث أخرجه الحاكم والدارقطني. وقال الحاكم: حديث صحيح الإسناد. ولم يخرجاه.

ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً في تقدير مآلّيته، فلا يمكن ضبطه، وإن استقصى الواصف ذا صفاته التي يختلف بها الثمن، والاختلاف فيها يُفضي إلى المنازعة، مثل سائر العدييات المتفاوتة، وعليه فلا يصحّ السلم في الخرفان كما يفعل بعض الناس؛ لأنها لا تنضبط. وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجوز السلم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه.

وقد روى مسلم أنه ﷺ اقترض بكراً، وهو الفتى الصغير من الإبل. وروى أبو داود أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمر بن العاص < أن يشتري بغيراً ببعيرين إلى أجلٍ، والحديث رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي. وهذا سلم لا قرض؛ لما فيه من الفضل والأجل، وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان الذي استدل به الحنفية، فقال ابن السمعان عنه: غير ثابت، وإن أخرجه الحاكم. ولكن صحة السلم في الحيوان عند هؤلاء مشروطة بذكر نوعه، وسنه، وذكورته، وأنوثته، ولونه، وقده؛ طولاً وقصراً على التقريب، وهذا هو الراجح.

٤. السلم في اللحم مع العظم:

قال الإمام أبو حنيفة: لا يجوز السلم في اللحم مع العظم؛ لوجود الجهالة المفضية إلى المنازعة من جهتين: جهة السمن والهزال، وجهة قلة العظم وكثرته. وكذلك لا يجوز في الأصح عنده السلم في اللحم المنزوع العظم؛ لوجود الجهالة فيه أيضاً من جهة السمن والهزال، وهذا كافٍ؛ لأن الحكم المعلل بعلمتين مستقلتين يثبت مع إحداهما كما يثبت معهما.

وقال الصحابان والمالكية والشافعية والحنابلة: يصح السلم في اللحم بشرط ضبط صفاته بذكر جنس اللحم؛ لحم شاه أو بقر ونوعه؛ لحم شاة ذكر أو أنثى، خصي أو فحل، معلوفة أو سائمة، وسنه؛ لحم شاة ثني أو جذعة وصفته؛ ثمين أو مهزول أو وسط، وموضعه؛ من الفخذ أو الكتف أو الجنب ومقداره. ودليلهم قوله ﷺ: ((مَنْ أَسْلَفَ فَلَيسَلْفُ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ)) وظاهره إباحة السلم في كل موزون، وهذا هو الأصح؛ لأنه إذا جاز السلم في الحيوان، فاللحم من باب أولى.

٥. السلم في السمك :

السلم في السمك عند الجمهور كالسلم في اللحم ، وأما عند الإمام أبي حنيفة ، فاختلقت عبارات الروايات عنه ، والصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغير كَيْلاً أو وزناً ، ويستوي فيه المالح والطري ؛ لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم ، وأما الكبار ففي ظاهر الرواية يجوز كيفما كان وزناً ، والأصح ما اختاره الجمهور .

٦. السلم في الثياب :

الثياب من العدييات المتفاوتة ، فلا يجوز فيها السلم قياساً عند الحنفية ؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ، ويجوز السلم فيها استحساناً إذا كان بين الجنس والنوع والصفة والرقعة ، أي : القدر من الثخانة والغلظ ، والذرع طولاً وعرضاً ، فيلحق بالمثلثات ؛ لحاجة الناس إليه وتعاملهم به ، وإن كان الثوب حريراً فاختلف فقهاء الحنفية في بيان وزنه ، والأصح قول بعضهم : لا بد من بيان وزنه أيضاً ؛ لأنه مقصود فيه ، وقيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً : السلم في الثياب كما لاحظنا ، وهو الأصح ؛ حيث قال ابن المنذر : وأجمعوا على جواز السلم في الثياب .

٧. السلم في التبن :

لا يجوز عند الحنفية السلم في التبن أوقاراً - أي : أحمالاً - ؛ لتفاوت فاحش بين الوقعين ، ولكن يجوز فيه بقبان ، أي : يوزن بميزان معلوم من قبابين التجار ، فلا يكون هناك اختلاف ، والحكم يجري في الحطب ؛ لا يجوز حزمًا ، ويجوز وزناً .

٨. السلم في الخبز:

لا يجوز السلم في الخبز عددًا بالاتفاق؛ لتفاوت فاحش بين خبز وخبز؛ في الصغر والكبر، وأما وزنًا فقد ذكر الكرخي - من فقهاء الحنفية - أن السلم في الخبز لا يجوز؛ لتفاوت الفاحش بين الخبز في النضوج، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة. ورؤي عن الإمام أبي حنيفة ومحمد أنهما قالا: لا يجوز السلم في الخبز مطلقًا، وهذا قول الشافعية؛ لأن عمل النار فيه يختلف، فلا ينضبط، ويجوز عند أبي يوسف إذا شرط نوعًا معلومًا، ووزنًا معلومًا، وأجلًا معلومًا، وقال المالكية والحنابلة: يجوز السلم في الخبز ونحوه مما أمكن ضبطه ومسته النار؛ لأن ظاهر الحديث: ((مَنْ أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم)) إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه، فصَحَّ السلم فيه، وهو الأصح.

٩. قرض الخبز:

قال أبو حنيفة: لا يجوز استقراض الخبز كالسلم لا وزنًا ولا عددًا، وجوز أبو يوسف القرض فيه وزنًا لا عددًا كالسلم، وجوز محمد استقراض الخبز عددًا ووزنًا؛ لحاجة الناس وتعارفهم إياها، وإن لم يكن من ذوات الأمثال، وهذا هو المفتى به عند الحنفية؛ لتعامل الناس وحاجتهم إليه، وقال المالكية: يجوز قرض الخبز وزنًا وعددًا؛ لحاجة الناس إليه، والمماثلة في العدد مما يُتسامحُ فيه. وقال الشافعية والحنابلة - في أصح الوجهين - : يجوز قرض الخبز عددًا، ويجوز وزنًا؛ لإجماع أهل الأمصار على فعله بلا إنكار. وهو الأصح، وقد روت عائشة > : قالت: ((قُلْتُ: يا رسول الله إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير، ويردّون زيادة ونقصًا. فقال: لا بأس، إن ذلك من مرافق الناس، ولا يراد به الفضل)).

حكم السلم: وجوه الاختلاف بين السلم والبيع

مقتضى السلم أنه يثبت الملك في المسلم فيه لرب السلم مؤجلاً، بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعين، أو الموصوف في الذمة للمسلم إليه، وقد أُجيز حكمه بطريق الرخصة؛ دفعاً بحاجة الناس، ولكن بالشرائط المخصوصة التي ذكرناها، والتي هي غير مشروطة في عقد البيع، ونتساءل عن أوجه الاختلاف بين البيع والسلم؟

وجوه الاختلاف بين السلم والبيع:

يترتب على الشروط الخاصة بعقد السلم أنه يختلف عن البيع من وجوه:

الوجه الأول: استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد:

وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه، وفيه قال الحنفية: لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض، أما الثمن فيجوز استبداله إذا كان ديناً؛ لأن قبض رأس المال شرط في السلم، وبالأستبدال لا يحصل القبض حقيقة، أما المسلم إليه يقبض بدل رأس المال حينئذٍ، وبدل الشيء غيره، أما الثمن في البيع فلا يشترط قبضه، والبدل يقوم مقامه معنئاً، كذلك لا يجوز الاستبدال ببديلي الصرف؛ لأن قبضهما شرط حقيقة، وأما استبدال المسلم فيه، فلا يجوز أيضاً قبل القبض كاستبدال المبيع المعين؛ لأن المسلم فيه مبيع منقول - وإن كان ديناً - ويبع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وإذا انفسخ عقد السلم، أو

تقاييل العاقدان السلم، ومعنى تقاييل العاقدان السلم أي: أقال أحدهما صاحبه، ففسخا العقد، فلا يجوز الاستبدال برأس مال السلم الموجود مع المسلم إليه، أي: أنه لا يجوز لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه كله، وهذا قول الحنفية أخذًا بالاستحسان. كقوله عليه السلام: ((لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك)) ونصّ الحديث كما رواه الدارقطني عن ابن عمر هو: ((من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف، أو رأس ماله)) أي: عند الفسخ.

ولأن الإقالة بيع جديد في حق شخص ثالث غير العاقدين، والثالث هنا هو الشرع، ويعتبر رأس المال هو المبيع، وإذا ثبت تشابه رأس المال والمبيع، فالمبيع لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، فكذا ما أشبهه. والقياس أنه يجوز الاستبدال برأس المال بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم، سواء أكان رأس المال عيناً أو ديناً، أي: من النقود. وهو قول زفر؛ لأن رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين.

ويردّ عليه بالحديث والمعقول السابقين، واتفقوا على أن الاستبدال ببديلي الصرف بعد الإقالة قبل القبض جائز؛ لأن بدل الصرف لا يتعين بالتعيين، فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض؛ بأن يمسك ما أشار إليه في العقد، ويؤدي بدله قبيل الافتراق من مجلس الإقالة، واتفقوا أيضاً على أن قبض رأس المال بعد الإقالة في السلم في مجلس الإقالة، ليس بشرط لصحة الإقالة؛ لأن عقد الإقالة في حكم إنشاء عقد السلم من كل وجه؛ لأن اشتراط القبض في عقد السلم في مجلس العقد كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ، أي: الدين بالدين، والمسلم فيه سقط بالإقالة، فلم يصبح لازماً على المسلم إليه، فلا

يتحقق فيه بيع الدين بالدين، ومن ثم فلا يشترط بالقبض، أما في الصرف فيشترط القبض لصحة الإقالة؛ لأنه إذا اعتبرنا الإقالة بيعاً جديداً - كما قال أبو يوسف - فالتعليل ظاهر، وإذا اعتبرنا الإقالة فسحاً في حق العاقدين - كما يقول الإمام أبو حنيفة - فهي في تقدير الشرع بيع؛ لأن أبا حنيفة يقول: هي بيع جديد في حق غير العاقدين.

وإذا كانت الإقالة بيعاً فيجب قبض البدلين منعاً من الوقوع في محذور بيع الدين بالدين، واتفقوا على أن السلم إذا كان فاسداً منذ نشأته، فلا بأس بالاستبدال فيه قبل القبض؛ إذ ليس له حكم السلم، فيجوز الاستبدال كما في سائر الديون وعدم جواز استبدال المسلم فيه ورأس مال السلم متفق عليه أيضاً لدى المذاهب الأخرى؛ المالكية والشافعية والحنابلة.

الوجه الثاني: إقالة بعض السلم:

إذا أخذ ربّ السلم بعض رأس ماله وبعض المسلم فيه بعد حلول الأجل أو قبله برضا صاحبه، فإنه يجوز، ويكون إقالة للسلم فيما أخذ من رأس المال، ويبقى السلم في الباقي، وهذا هو قول جمهور العلماء؛ لأن أخذ رأس المال إقالة، ولو أقاله في الكلّ جاز بالاتفاق، فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً؛ كما في بيع العين. والإقالة - كما هو معروف - فسخ للعقد، ورفع له من أصله، وليست بيعاً على الراجح.

وقال الإمام مالك: لا يجوز ذلك ويفسخ العقد، ويستردّ رب السلم ما بقي من رأس المال؛ لقوله عليه السلام: ((لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك)).

فإذا أخذ بعض كل واحد منهما، فلم يأخذ بهذا ولا ذاك، ولأنه حين أخذ بعض رأس المال، فقد اختار فسخ العقد، فيفسخ في الكل، فإما أن يقيله من الكل، أو يأخذ الكل. وردّ الجمهور على الحديث: بأن المراد به النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال، والمسلم فيه، وأما البيع فإنه إذا أقاله العاقدان في البعض دون البعض، فيجوز بالاتفاق، واتفقوا على أنه لو أخذ رب السلم جميع رأس المال برضا صاحبه، أو أقال جميع السلم أو تصالحا على رأس المال، فإنه يكون إقالة صحيحة، وينفسخ السلم، ولو أخذ رب السلم بعض رأس المال قبل حلول الأجل؛ ليعجل باقي السلم، فإنه لا يجوز هذا الشرط، وتصحّ الإقالة عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن هذا الشرط يصبح في معنى المعاوضة عن الأجل، فهو شرط فاسد.

والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنها فسخ عندهما، فتصح ويبطل الشرط بخلاف البيع، فإنه يتأثر بالشروط الفاسدة؛ لأن الشروط الفاسدة فيه تؤدي إلى الربا، أما الإقالة فلأنها رفع البيع، فلا يتصور فيها ربا، وعند أبي يوسف تبطل الإقالة بهذا الشرط الفاسد، ويبطل السلم كله باقياً إلى أجله؛ لأن الإقالة عنده بيع جديد، والبيع يبطل بالشرط الفاسد؛ لتمكن الربا فيه.

الوجه الثالث: الإبراء عن رأس المال:

لا يجوز للمسلم إليه إبراء رب السلم عن رأس المال بدون قبوله ورضاه، فإذا قبل صحّ الإبراء، ولكن يبطل السلم؛ لأنه يترتب عليه عدم قبض رأس المال بسبب الإبراء، وإذا رفض رب السلم الإبراء بقي عقد السلم صحيحاً، أما البيع فلو أبرأ البائع المشتري عن ثمن المبيع فيصحّ من غير قبول، إلا أنه يرتدّ بالردّ؛ لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع، وهو لا يلزم دفعاً لضرر المنة.

والفرق بين السلم والبيع أن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع، وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة عقد السلم، فلو صحَّ الإبراء من غير قبول الطرف الآخر؛ لانفسخ عقد السلم من غير رضا صاحبه، وهذا لا يجوز؛ لأن أحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد، فلا يصح الإبراء بخلاف الثمن لا يترتب على الإبراء منه فسخ البيع؛ لأن قبضه ليس بشرط، أما لو أبرئ رب السلم عن المسلم فيه، فيجوز من غير قبول المسلم إليه؛ لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط، فيصح من غير قبول؛ لأن الإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً إسقاطاً لحق المبرئ لا غير، فيملك الإبراء، وأما الإبراء عن المبيع، فلا يصح؛ لأنه عين، والإبراء إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يقبل.

الحوالة، والكفالة، والرهن برأس المال وبالمسلم فيه، وقبض رأس المال مشوباً، وحكم المسلم فيه

١. الوجه الرابع: الحوالة، والكفالة، والرهن برأس المال، وبالمسلم فيه:

تجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر، والكفالة به، والرهن به، وكذا بالمسلم فيه أيضاً عند جمهور الحنفية؛ لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه، وعند زفر يجوز بالمسلم فيه، ولا يجوز برأس المال؛ لأن عقود الكفالة والحوالة والرهن شرعت لتوثيق حقّ يحتمل التأخير عن المجلس، ورأس المال لا يتأخر، فلا يتحقق ما شرع له العقد، فلا يصحّ، وردّ على زفر بأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً؛ رأس المال والمسلم فيه، فجاز العقد فيهما، وكذلك في البيع تجوز الحوالة والكفالة والرهن بالثمن والمبيع، إلا أن الفرق بين السلم والبيع هو في حالة افتراق العاقدين في السلم بدون قبض، كما سنبين.

ففي عقد السلم يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه، أو من الكفيل، أو من رب السلم، أو يهلك الرهن قبل أن يفترق العاقدان عن المجلس، بشرط أن تكون قيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر؛ لأن حق المسلم إليه ينتقل حينئذٍ إلى قيمة الرهن، فإذا كانت هذه القيمة تساوي رأس المال أو تزيد عنه، فيحصل افتراق العاقدين بعد أن يتم قبض رأس المال؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء، لأنه قبض مضمون على المرتهن؛ سواء تعدى أو قصر أو لم يتعد ولم يقصر، وبالهلاك تقرّر الضمان عليه، فتحصل مقاصّة بين المرتهن والراهن، أي: بين المسلم إليه ورب السلم هنا، ويترتب عليه أنه يحدث الافتراق بينهما بعد قبض رأس المال، فإن كانت قيمة الرهن أقل من رأس المال تمّ العقد بقدر الرهن، ويبطل في الباقي، وإذا افترق رب السلم والمسلم إليه قبل القبض بطل السلم، حتى ولو بقي المحال عليه والكفيل مع المسلم إليه، أما لو بقي المسلم إليه مع رب السلم وذهب المحال عليه والكفيل، فلا يبطل السلم؛ لأن العبرة ببقاء العاقدين وافتراقهما؛ لأن القبض من حقوق العقد، والعقد أساسه العاقدان.

وكذلك في الرهن إذا لم يهلك حتى تفرق المتعاقدان، يبطل السلم؛ لعدم قبض رأس المال، وعلى المسلم إليه ردّ الرهن على صاحبه، هذا بالنسبة لرأس المال، أما بالنسبة للمسلم فيه، فإن المحيل يبرأ بنفسه عقد الحوالة، ويكون تسليم المسلم فيه واجباً على المحال عليه إذا حلّ الأجل، وحينئذٍ يُطالب رب السلم المحال عليه بالتسليم ديون المحيل، وفي الكفالة يكون رب السلم بالخيار؛ إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل.

وفي الرهن لرب السلم أن يجبس المرهون حتى يأخذ المسلم فيه، وكذلك لا تجوز الحوالة، والكفالة، والإبراء، والرهن برأس المال عند غير الحنفية، وهم والمالكية

والشافعية والحنابلة ؛ لأن قبضه حقيقةً شرط أساسي لصحة السلم، إلا أن المالكية كما عرفنا، أجازوا تأخير القبض مدة ثلاثة أيام، وقد غالى الشافعية ؛ فلم يُجيزوا قبض رأس المال في المجلس من المحال عليه، إلا أن يقبضه نفس رب السلم، ثم يسلمه للمسلم إليه ؛ لأن الحق بالحوالة يتحوّل إلى ذمة المحال عليه، فهو يؤدّيه عن نفسه لا عن المسلم.

٢. الوجه الخامس : قبض رأس المال مشوباً :

إذا قبض المسلم إليه رأس المال، فوجده مشوباً، كأن يجده مزيفاً أو مستحقاً لغيره، أو معيباً ؛ فإما أن يصدقه رب السلم أو يكذّبه، فإن صدّقه رب السلم، فله حقّ الرّدّ، ثم لا يخلو إما أن يكون رأس المال عيناً، وهو ما تعيّن بالتعيين، أو ديناً، وهو ما لا يتعيّن بالتعيين، فإن كان عيناً، فوجده المسلم إليه مستحقاً أو معيباً، واستحقاق المبيع هو أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع ؛ كما لو ظهر أن المبيع وقف، ومثّل ذلك استحقاق رأس المال، فإن جاز المستحق جاز العقد، وإلا بطل، وإن رضي المسلم إليه بالعيب، جاز العقد، وإلا بطل، أي : السلم. سواء أكان اكتشاف العيب قبل افتراق العاقدين أم بعده.

ولعلنا نسأل عن سبب البطلان ؛ سبب البطلان أنه انتقض القبض فيه بالاستحقاق أو الرّدّ بالعيب، ولا يمكن إقامة شيء عن غير رأس المال مقامه ؛ لأنه معيّن، فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس، ومن ثمّ يبطل السلم، وأما في حال إجازة العقد ؛ فلأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال، وأما إذا كان رأس المال ديناً فقبضه المسلم إليه، فوجده مشوباً ؛ فإما أن يجده مشوباً في مجلس السلم أو بعد الافتراق.

أولاً: الحكم إن وجدته مشوباً في مجلس السلم:

أ. فإن وجد ذلك مستحقاً، فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق؛ إن أجازته جاز، وإن لم يُجزه بطل.

ب. وإن وجدته نُحاساً مموهً بفضة أو رصاص، فلا يجوز العقد، وإن قبل به؛ لأنه ليس من جنس حقه، إذا هو ليس من جنس الدراهم، فيكون استبدالاً برأس المال قبل القبض، كما لو استبدل ثوباً من رب السلم مكان الدراهم - وهو لا يجوز كما عرفنا -، وإن لم يقبل به، وردّه، وقبض شيئاً آخر مكانه جاز العقد؛ لأنه لما ردّه، وانتقض قبضه، جُعِلَ كأن لم يكن، وكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس.

ج. وإن وجدته مزيفاً، فإن قبل به جاز العقد؛ لأن الزيوف من جنس حقه؛ لأنها دراهم، لكنها معيبة بالزيف، وفوات صفة الجودة. فإن رضي بها، فقد أبرأ رب السلم عن العيب، ورضي بقبض حقه مع النقصان، وإن ردّها واستبدل شيئاً مكانها في مجلس العقد جاز؛ لأنه وجد مثل حقه في المجلس، فكان القبض متأخراً.

ثانياً: وإن وجدته مشوباً بعد الافتراق عن المجلس:

أ. فإن وجدته مُستحقاً، فالقبض موقوف على إجازة المستحق؛ إن أجازته جاز، وإن رده بطل السلم

ب. وإن وجد رأس المال رصاصاً مموهاً بفضة أو نحاساً مموهاً بفضة أو رصاصاً بطل السلم؛ لأن النحاس المموه بالفضة ليس من جنس الدراهم؛ لأنها لا تروج

في معاملات الناس، فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً، فقد حصل الافتراق عن المجلس بدون قبض رأس المال، فيبطل السلم ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس. وإن وجد رأس المال مزيفاً فإن تجوز، أي: قبل المسلم إليه، فالسلم ماضٍ على الصحة، وإن لم يتجوّز بها، أي: لم يقبلها، وردّها، فانفق علماء الحنفية على أنه إن لم يستبدلها في مجلس الردّ، يبطل السلم بقدر ما ردّ.

فأما إذا استبدل مكانها جياداً في مجلس الردّ، فالقياس أن يبطل السلم بقدره؛ قل المردود أو أكثر، وبه أخذ الإمام أبو حنيفة وزفر؛ لأن الزيوف من جنس حقّ المسلم إليه أصلاً لا وصفاً، ولهذا ثبت له حقّ الردّ بفوات حقه في الوصف، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً. فإذا لم يتوافر، ولم يرضَ بما قبض، تبين أنه لم يقبض حقه، فيبطل السلم، والاستحسان ألا يبطل السلم، وهو قول الصحابين؛ لأن قبض الزيوف وقع صحيحاً؛ لأنه قبض جنس حقه، بدليل أنه لو تجوّز بها جاز إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيادة.

والمعيب لا يمنع صحّة القبض، وقد أُجيز استبداله في مجلس الردّ؛ لأن للردّ شبهةً بالعقد، فألحق مجلس الردّ بمجلس العقد، هذا إذا وجد المسلم إليه كل رأس المال زيوفاً، أي: مزيفاً. فإن وجد بعضه دون بعض، فاستحسن أبو حنيفة في حالة استبدال جياد مكانه في مجلس الردّ، أنه إذا كان قليلاً، فردّه واستبدل في المجلس، فالعقد ماضٍ في الكلّ، وإن كان كثيراً بطل العقد بقدر المردود؛ لأن الزيادة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه، واختلفت الرواية عن الإمام أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير، والأصحّ منها: أن الثلث فصاعداً في حكم الكثير، وما دونه في حكم القليل. هذا ما يتعلّق بحكم رأس المال.

٣. حكم المسلم فيه:

الافتراض الأول: إذا وجد ربّ السلم بالمسلم فيه عيباً بعد قبضه فله خيار العيب: إن شاء تجوز به، وإن شاء رده وأخذ المسلم فيه غير معيب؛ لأن حقه في السلم دون المعيب، ولكن خيار الروية، وخيار الشرط لا يثبتان في السلم كما سبق، وإن بيّن ذلك.

الافتراض الثاني: وأما إذا كذب ربّ السلم المسلم إليه وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاه، وادّعى المسلم إليه أنها من دراهمه، فهذا لا يخلو من ستة أوجه إن كان المسلم إليه أقرّ بالقبض قبل النزاع، فقال: قبضت الجياد، أو قبضت حقي، أو قبضت رأس المال، أو استوفيت الدراهم، أو قبضت الدراهم، أو قال: قبضت ولم يقل شيئاً آخر، ففي الحالات الأربعة الأولى لا تُسمع دعواه بعدئذٍ أنه وجدها زيوفاً، ولم يكن له حقّ استحلاف ربّ السلم بالله أنها ليست من الدراهم التي قبضها منه؛ لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير متناقضاً في دعواه، والمناقضة تمنع صحة الدعوى، والحلف يكون في الدعوى الصحيحة.

وأما إذا قال المسلم إليه: قبضت الدراهم، ثم قال: هي زيوف فالقياس أن يكون القول قول ربّ السلم أنها ليست من دراهمه مع يمينه على قوله، وعلى المسلم إليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه؛ لأن المسلم إليه يدّعي أنها مقبوضة مع العيب وربّ السلم يُنكر أنها مقبوضة، أو أنها التي قبضها منه فيعتبر قول المنكر بيمينه، والاستحسان القول - قول المسلم إليه - مع يمينه، وعلى ربّ السلم البينة أنه أعطاه الجياد؛ لأن ربّ السلم بإنكاره أنها ليست من دراهم

يدعي إيفاء حقه وهو الجياد، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم زيوف يُنكر قبض حقه، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه، وعلى المدعي البينة: أنه أوفاه حقه، وهذا هو مقتضى القياس في الحالات الأربعة الأولى، إلا أن هناك سبق منه ما يناقض دعواه وهو الإقرار بالجياد، وما هنا لم يسبق منه شيء مناقض؛ لأن ذكر قبض الدراهم يقع على الزيوف والجياد بخلاف الحالات الأولى.

الافتراض الثالث: وإذا قال المسلم إليه قبضت لا غير ثم قال: وجدته زيوفاً يكون القول قوله - كما قررنا في الحالة السابقة - إلا أن ها هنا إذا قال: وجدتها نحاس مموه بفضة، أو وجدتها رصاص فإنه يُصدق بخلاف ما إذا قال: قبضت الدراهم ثم وجدتها نحاس مموه بفضة أو رصاص، فإنه لا يقبل قوله؛ لأن في قوله إقرار بطلق القبض، والدراهم المضروبة من النحاس المموه بفضة تقبض، فإذا قال: ما قبضه نحاس مموه بفضة لا يكون مناقضاً دعواه، وفي قوله قبضت الدراهم يسير مناقضاً لقوله قبضت النحاس مموه بفضة أو الرصاص؛ لأنه خلاف جنس الدراهم.

الاختلاف في السلم:

الاختلاف والمخالفة هو أن ينهج كل شخص طريقاً مغايراً للآخر في حاله أو في قوله، والاختلاف من طبيعة البشر في كل شيء إلا من رحم الله منهم؛ لقول الحق ﷻ: ﴿وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ۗ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ۗ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ﴾ [هود: ١١٨، ١١٩]، ولكن الشارع الحكيم يعمل دائماً على حسم مادة

النزاع بين المتعاقدين بوضع ضوابط وأسس، بها يعرف كلُّ منهما ما له وما عليه، وبما أن السِّلْمَ عقد من عقود المعاوضات المالية فإنه لا يخلو من الاختلاف بين عاقدين، والاختلاف فيه لا يخلو من أن يكون في صحّة العقد أو فساده، أو في رأس مال السِّلْم، أو في المُسَلِّم فيه، أو في الأجل.

أولاً: الاختلاف في صحّة العقد أو فساده:

إن اختلف عاقد السِّلْم في صحّة العقد أو فساده فالأصح قول من يدّعي الصحة؛ لأنها الأصل والثاني المقابل للأصح قول من يدّعي الفساد، لأن الأصل عدم العقد الصحيح.

ثانياً: الاختلاف في رأس المال:

إن اختلفا في جنس رأس المال كأن يقول أحدهما: أسلمت إليك جنيهاً مصرية، ويقول الآخر: بل أسلمت إليّ طعاماً فإنه يحلف كلُّ منهما ويُفسخ العقد، وإن اختلفا في مقدار رأس المال، ولم يكن هناك بيّنة كأن يقول أحدهما: ألف جنية، ويقول الآخر: بل ثمانمائة جنية يحلف كلُّ منهما كذلك ويُفسخ العقد، وإن اختلفا في قبض رأس المال فالقول قول المُسَلِّم إليه؛ لأنه منكر، وإن اختلفا في قبض رأس المال فقال أحدهما: تمّ قبل التفرّق ويدّعي الآخر أنه تمّ بعد التفرّق، فالقول قول من يدّعي القبض قبل التفرّق؛ لأن معه سلامة العقد، وإن أقام كل منهما بيّنة على ما يدّعيه قُدِّمت بيّنة من يدّعي القبض قبل التفرّق؛ لأنها مثبتة والأخرى نافية.

ثالثاً: الاختلاف في المسلم فيه:

إن اختلفا في قدر المسلم فيه كأن يقول أحدهما: أسلمت لك ألف جنيهاً مصرياً في عشرة أرباب أرز، ويقول الآخر: في ثمانية أرباب أرز؛ حلف كلُّ منهما ويُفسخ العقد، وإن اختلفا في موضع قبض المسلم فيه، فالمشهور عند المالكية أن من ادعى موضع العقد فالقول قوله مع يمينه، وخالف سحنون، فقال: القول قول المسلم إليه، وإن اختلفا في موضع القبض ولم يدعه واحد منهما؛ فالمشهور عند المالكية أن القول قول المسلم إليه، وخالف في ذلك أبو الفرج، وقال: إن لم يدع موضع القبض واحد منهما تخالفاً وفسخ العقد.

رابعاً: الاختلاف في الأجل:

الاختلاف في الأجل إما أن يكون في أصله، أو في مقداره، أو في انتهائه.

أ. الاختلاف في أصل الأجل: إن ادعى المسلم إليه أن السلم حالاً، وليس أجلاً على رأي من يجوز السلم الحال وهم الشافعية، وادعى المسلم أن السلم مؤجلاً وليس حالاً؛ فالحكم القول هنا قول المسلم، لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره؛ لأنه ينكر ما يُنفعه وهو الأجل، وإن كان العكس كأن يدعي المسلم إليه الأجل ويدعي المسلم الحلول، فعند الإمام أبي حنيفة والشافعية القول قول المسلم إليه؛ لأنه يدعي الصحة، وهذا هو الراجح.

ب. الاختلاف في مقداره كأن يدعي أحدهما أن الأجل شهراً ويدعي الآخر أنه ثلاثة أشهر، فالقول قول من يدعي الأقل مع اليمين إلا إذا كان مع من يدعي الأكثر بينه فإنه يُحكم له بها، وإن كان مع كلِّ منهما بينة قُدِّمته بينة من يدعي الأكثر، والاختلاف في مقدار الأجل لا يُوجب التحالف عند جمهور الحنفية.

ج. الاختلاف في انتهاء الأجل إن اختلفا في انتهاء الأجل كأن يقول المسلم: انتهى الأجل، ويقول المسلم إليه: لم ينته بعد، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه؛ لأنه منكر توجه المطالبة عليه، ومن كان معه بينة منهما حكيم له بها، فإن كان مع كل منهما بينة قدمت بينة المسلم إليه؛ لأنها تثبت الزيادة في الأجل.

٤. هل لعقد السلم أثر في حياتنا الاقتصادية المعاصرة؟

إن عقد السلم عقد شرع رخصة لرفع الحرج عن الناس في تعاملاتهم، فيجدر بنا بعد ذلك أن نبين أثر هذا العقد في حياتنا الاقتصادية المعاصرة؛ سواءً على المستوى الفردي أو المستوى العام.

أولاً: أثره على المستوى الفردي:

بالنسبة للمسلم إليه: لهذا العقد أهمية قصوى في سد احتياجات الشخص بطريق مشروع؛ لمن له حاجة ماسة للمال بصفة عاجلة، ولا يجد من يقرضه قرضاً حسناً للنفقة على نفسه، وعياله وغير ذلك، فباستطاعته أن يحصل على المال عن طريق عقد السلم بصفته مسلم إليه مع قدرته على تسليم المسلم فيه غالباً في حينه، فبعقد السلم تندفع حاجته الشديدة للمال بقدرته المالية على تسليم المسلم فيه في حينه، فهذه المعاملة المالية المشروعة يتعد عن الاقتراض الربوي المحرم، لا سيما في زمننا الحاضر الذي تفشى فيه هذا النوع من التعامل بسورة بشعة، نسأل الله تعالى أن يعيدنا منها بفضلته وكرمه. هذا بالنسبة لصاحب السلعة الذي يُسمى بالمسلم إليه.

أما بالنسبة للمُسلم: فعقد السلم له أثر اقتصادي في حياته أيضاً، فهو يريد سلعة ما في وقت لاحق، ويريد شراءها في الوقت الحاضر بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد، فبذلك يتجنب تقلب الأسعار مع ما يستفيدة من رخص السعر؛ لأن بيع السلم أرخص من بيع العين، فمن أجل ذلك شرع السلم ليرفق البائع برأس المال المعجل فينفقه في حوائجه، وكذلك يستفيد من تصريف إنتاجه بيسر وسهولة، ويرفق كذلك المشتري بالاسترخاء، ولولا مشروعية هذا العقد لوقع الناس في حرج شديد الجأهم إلى الاقتراض بالربا المحرم.

ثانياً: أثر هذا العقد على المستوى الاقتصادي العام:

كما أن للسلم أثره على المستوى الاقتصادي الفردي، فكذلك له أثر على المستوى الاقتصادي العام تجارياً وصناعياً وزراعياً.

أ. أثره على المستوى التجاري العام:

بعقد السلم المستوفي لأركانه وشروطه، يستطيع التجار الحصول على الأموال بوصفهم مسلم إليهم في مقابل الالتزام بتسليم المسلم فيه وقت حلول الأجل بصفته المشروطة في العقد، بذلك يستطيع التجار الحصول على الأموال التي يقومون بإنفاقها على احتياجاتهم الخاصة، أو الوفاء بالالتزامات المالية المنوطة بهم، وبعقد السلم أيضاً يستطيع التجار الحصول على السلع التي يظنون أنها ستروج في وقت معين من السنة؛ فيحصلون عليها بسعر أرخص محدد وقت التعاقد على أن تسلم لهم في الوقت الذي يظنون رواجها فيه، فبذلك يستثمرون أموالهم بطريق مشروع بدلاً من أن يُقرضوها بفائدة ربوية محرمة.

ب. أثر عقد السلم على المستوى الصناعي والزراعي :

كما أن للسلم أثرٌ على المستوى الاقتصادي والتجاري العام ، فكذاك له أثرٌ على المستويين الصناعي والزراعي ، فبعقد السلم الصحيح يستطيع أصحاب المصانع ، والزرايع الحصول على السلع اللازمة التي يحتاجون إليها للإنفاق على مصانعهم ومزارعهم ، على أن يلتزموا بتقديم منتجاتهم الصناعية والزراعية في الوقت الذي تعاقدوا على تسليمها فيه ، فبذلك كان عقد السلم بديلاً إسلامياً عن الاقتراض بفائدة ربوية محرمة ، كما أنه بإمكانهم أن يسلموا أموالهم في سلع يحتاجون إليها في مصانعهم أو مزارعهم في وقت لاحق ، بالسعر الذي تم التعاقد عليه في الوقت الحاضر ، وهو بالطبع أقل من السعر الذي يريدون الشراء به عند حاجتهم إليه وقت حلول السلم ؛ فيستفيدون بفارق السعر مما يعود عليهم بربح ووفير ، كما أن عقد السلم يخلصهم من السلع الرائدة إليهم ، حيث باستطاعتهم أن يسلموها أو يسلموها في سلع أخرى يريدونها في وقت لاحق .

الرهن: (تعريفه، مشروعيته، شروطه، أركانه، مذاهب الفقهاء
في بيان المرهون والانتفاع به)

عناصر الدرس

٣٣١	العنصر الأول : تعريف "الرهن"، ومشروعيته
٣٣٨	العنصر الثاني : شروط عقد الرهن، وأركانه
٣٤٢	العنصر الثالث : العاقد (الراهن والمرتهن)، وما يشترط فيهما
٣٤٨	العنصر الرابع : مذاهب الفقهاء في بيان المرهون، وانتفاع الراهن به
٣٥١	العنصر الخامس : انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن
٣٥٧	العنصر السادس : انتفاع المرتهن بالمرهون بخير إذن الراهن

تعريف الرهن، ومشروعيته

١. تعريف الرهن:

الرهن في اللغة: هو الثبوت والدوام، فيقال: هذه نعمة راهنة أي: ثابتة دائمة، وهو أيضاً بمعنى الاستقرار والحبس، فكل ما احتبس به شيء فرهينة ومرتهنة، كما أن الإنسان رهين عمله، ومنه قول الله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] أي: يجبس بعمله، ومنه أيضاً قول الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] والرهان مثله، وقيل: الرهان والمرهنة المخاطرة، وهي المسابقة على الخيل، والرهن في الرهن أكثر، والرهان في الخيل أكثر.

وجاء في (الصحاح) أن الرهن تجمع على رهان مثل: سهم وسهام، وعلى رهون مثل: فلس وفلوس، وعلى رهن بضم كل من الراء والهاء وهي جمع رهان.

والرهن مصدرٌ وهو يطلق على الشيء المرهون فيقال عن المدفوع رهناً رهن ومرهون، ودافع الرهن يسمّى راهن، وأخذ الرهن يسمّى مرتهن، فيقال: ارتهن منه الشيء أخذه منه رهناً، ورهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به فهو مرهون.

والراهن يطلق كذلك على المهزول من الإبل ومن الناس، وتراهن القوم أي: أخرج كل واحدٍ رهناً ليفوز السابق بالجميع إذا غلب.

الرهن في الاصطلاح: عرف الحنفية الرهن اصطلاحاً بأنه جعلُ الشيء محبوساً بحقٍ يمكن استيفاءه من الرهن كالديون.

وعرفه المالكية بتعريفين: التعريف الأول بالمعنى المصدرى وهو للشيخ خليل وهو: الرهن بل من له البيع ما يُباع، أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق، والتعريف الثاني بالمعنى الاسمي وهو لابن عرفة، حيث عرفه بقوله: مالٌ قُبِضَ توثقاً به في دينه.

وعرف الشافعية الرهن بأنه جعل عين مالٍ متمولَةٍ وثيقة بدينٍ ليستوفى منها عند تعذر الوفاء.

وعرفه ابن قدامة من الحنابلة بقوله: الرهن في الشرع المال الذي يُجعل وثيقة بالدين؛ ليستوفى من ثمنه، إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.

وبالمقارنة بين هذه التعريفات السابقة عند الأئمة الأربعة نلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن الفقهاء قد اتفقوا على التمول والمالية في المرهون والمرهون به، فالمرهون لا بد وأن يكون شيئاً متمولاً، وفائدة هذا الشرط حتى يتسنى للمرتهن أن يستوفى منه حقه عند الأجل إذا لم يدفع الراهن، ولم يكن هناك شيء آخر يمكن الوفاء به، أما غير المتمول فلا يتأتى الاستيفاء منه كالتمرة وحب القمح مثلاً، إذ لا قيمة لها، كما أن الفقهاء قد اتفقوا أيضاً على أن المرهون به لا بد وأن يكون حقاً مالياً، فلا يصح بغير المال كالميتة والخنزير والخمر ونحو ذلك؛ لأنها لا تُعدّ مالاً معتبراً شرعاً، وأن يكون الدين لازماً أو آيلاً للزوم عن المالكية، والدين الآيل للزوم هو كالجعل بعد العمل؛ لأن عقد الجعل غير لازم، لكنه يلزم بالشروع في العمل.

ثانياً: أن جمهور الفقهاء عدا المالكية قد اشترطوا في المرهون أن يكون عيناً، فقد قال الحنفية: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه أي: حبسه عند المرتهن؛ ليستوفى منه حقه عند الأجل، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المرهون عيناً، وقد دل

على اشتراط كون المرهون عيناً، اللفظ الصريح عند كل من الشافعية والحنابلة، حيث قال الشافعية: جعل عين مال، وقال الحنابلة: توثيق دين بعين.

إذن فجمهور الفقهاء قد اشتراطوا في المرهون أن يكون عيناً، ولا يجوز عندهم كونه ديناً. أما المالكية: فإنهم أجازوا في المرهون أن يكون ديناً، دل على ذلك عندهم قولهم في تعريف خليل: ما يُباع أو غرراً، وكذلك في تعريف ابن عرفة مالٌ قُبض توثقاً به في دين، وسبب جواز كون المرهون ديناً عند المالكية هو أنهم يُجيزون بيع الدين، وكل ما صحَّ بيعه صحَّ رهنه؛ لذلك صحَّ رهن الدين عندهم.

ثالثاً: اتفق جمهور الفقهاء عدا المالكية على عدم جواز رهن ما فيه غرر، سواءً أكان الغرر خفيفاً، أو شديداً؛ لأنه لم يُلحظ في تعريفاتهم جواز رهن ما فيه غرر لا تصريحاً، ولا تلميحاً خلافاً للمالكية الذين أجازوا رهن ما فيه غرر، وذكروا ذلك في صراحة في تعريفهم، حيث قالوا: ما يُباع أو غرراً، لكن رهن ما فيه غرر عند المالكية مقيدٌ ومشروط بكون الغرر خفيفاً، وإلا لم يجز بيعه عندهم، أما إذا كان الغرر شديداً فلا يصح رهنه عندهم، والغرر الخفيف مثل: رهن الزرع والثمرة قبل بدو الصلاح، ورهن العبد الأبق والبعير الشارد، والغرر الشديد مثل: رهن الأجنة في بطون أمهاتها، ورهن السمك في الماء، والطير في الهواء، هذا وتعليل المالكية لتجوزهم رهن ما فيه غرر خفيف: هو أنه شيء يُتوثق به في الجملة، وهو خير من لا شيء.

رابعاً: أجاز الحنفية وحدهم في المرهون به أن يكون ديناً أو عيناً مضمومة، أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يجوزوا رهن العين المضمومة، ولا بد في المرهون به عندهم أن يكون ديناً، ولكل من الشافعية والحنابلة روايتان في رهن العين

المضمونة، فعند الشافعية رواية بالجواز وأخرى بعدم الجواز، وهي الأصح عندهم، وعند الحنابلة روايتان متساويتان بصحة رهن الدين، والعين المضمونة وعدم صحتهما.

خامساً: انفرد تعريف المالكية ببيان ما يُشترط من أهلية في الراهن من حيث الصحة، واللزوم من كونه بالغاً عاقلًا رشيداً، وهذه هي أهلية البائع، وذلك في قولهم في التعريف: بذل من له البيع، فكل من صح منه البيع صح منه الرهن.

ولم تُشر بقية التعاريف الأخرى إلى ذلك، كما انفرد تعريف المالكية كذلك ببيان ما يُشترط في المرهون من كونه طاهراً، منتفعاً به شرعاً، مقدوراً على تسليمه، معلوم للراهن والمرتهن، دلّ على ذلك قولهم في التعريف: ما يُباع، فإن ما يُباع يشترط فيه ذلك، فكذا ما يرهن، ولم تُشر بقية التعاريف الأخرى إلى ذلك أيضاً، ولا يقدح عدم ذكر هذه أو تلك في تعريفاتهم، فليس ثمة خلاف بين الفقهاء في اشتراط الأهلية في البائع وفي الراهن، وفي كون المبيع والمرهون يشترط فيهما ما سبق، فهذا قدر متفق عليه بين الجميع.

بيد أن بعض الفقهاء يلتزمون بأن تكون التعاريف للمهية الصحيحة، والبعض الآخر لا يلتزم ذلك، فهذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح.

٢. مشروعية الرهن:

الرهن مشروع، ودلّ على مشروعيته الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: الكتاب: قول الحق ﷻ: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣] ووجه الدلالة من هذه الآية يقول الجصاص من علماء الحنفية: إن معنى الآية - والله أعلم - إذا عُدمت التوثيق بالكتاب، والإشهاد

فالوثيقة برهانٍ مقبوضة، فأقام الرهن من باب التوثق في الحال التي لا يصل فيها إلى التوثق بالكتاب، والإشهاد مقامه.

ويقول الشيخ سيد قطب - رحمة الله عليه - في (ظلال القرآن): ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ذلك حين يكون الدائن والمدين على سفر، فلا يجدان كاتبًا، فتسيرًا للتعامل مع ضمان الوفاء، رخص الشارع في التعاقد الشفوي بلا كتابه مع تسليم رهنٍ مقبوض للدائن ضامنًا للدين.

ثانيًا: السنة: روى الإمام البخاري في صحيحة من حديث أم المؤمنين عائشة > : ((أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه))، وفي لفظ: ((توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهون عند يهودي بثلاثين صاعًا من شعير))، وهذه الرواية متفق عليها، ووجه الدلالة من الحديث أن الحديث قد دلّ بروايته على مشروعية الرهن لفعله ﷺ له؛ حيث إن فعله - صلوات ربي وسلامه عليه - حجة، وهو دائمًا في مقام التشريع والتبليغ عن ربه، فلو لم يكن ذلك جائزًا ومشروعًا لما تعامل به صلى الله عليه وسلم.

ثالثًا: الإجماع: انعقد إجماع الأمة سلفًا وخلفًا على مشروعية الرهن من غير إنكارٍ من أحد، وبهذا انعقد الإجماع.

رابعًا: المعقول: وأما دليل مشروعية الرهن من المعقول: فهو عقدٌ وثيقة لجانب الاستيفاء؛ فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب، وتقديره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولًا في الدمة ثم يستوفى المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالدمة وهي الكافلة الجائزة، فكذا الوسيلة التي تختص بالمال بل بطريق الأولى؛ لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه.

٣. حكم الرهن :

أولاً: من الكتاب: إن الرهن حكمه الجواز في السفر وفي الحضر على السواء أجمع على ذلك جمهور الفقهاء، وأما دليل جوازه في السفر فالكتاب العزيز قول الحق ﷻ: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً﴾ ، ووجه الدلالة من الآية سبق بيان ذلك.

ثانياً: من السنة: ما رواه البخاري وأحمد عن أنس < قال: ((رَهْنَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ دَرْعًا عِنْدَ يَهُودِيٍّ بِالْمَدِينَةِ، وَأَخَذَ مِنْهُ شَعِيرًا لِأَهْلِهِ))، ووجه الدلالة من الحديث أنه دلّ على جواز الرهن في الحضر، يُؤخذ هذا، ويُفهم من قول أنس < : ((بِالْمَدِينَةِ))، إذن فلم يكن ﷺ في سفر، بل كان مقيماً حاضراً، وقد فعله ﷺ فكيفي هذا دليلاً على جوازه في الحضر؛ لأنه ﷺ دائماً في مقام التشريع من ربه، وقد فعله ﷺ بالمدينة، وهي موطنه، صلوات ربي وسلامه عليه.

ثالثاً: من المعقول: فلأن الرهن ما هو إلا وثيقة في يد المرتهن ليضمن استيفاء حقه عند الأجل؛ حيث لا ضرر ولا ضرار، فلا فرق فيه هذه الوثيقة بين أن تكون في السفر، أو في الحضر كالضمان، هذا هو رأي جمهور الفقهاء في حكم الرهن في الحضر، وهو الجواز كحكمه في السفر، ولم يُخالف في ذلك إلا مجاهد والضحاك؛ حيث قالوا: لا يُشرع الرهن في الحضر، ولا يجوز إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب، وبهذا قال داود، وأهل الظاهر، واحتجوا بالآية الكريمة: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً﴾ ووجه الدلالة عندهم هو أن الله تعالى شرط في السفر، أو شرط السفر في الرهن، فلا يكون في الحضر، وليس ثمة دليل لهم على ما ذهبوا إليه سوى هذا.

ردّ جمهور الفقهاء على المانعين: قال جمهور الفقهاء ردّاً على مجاهد والضحاك وداود وأهل الظاهر: إن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درّعه، وكان بالمدينة موطنه فرهن ولم يكتب، ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان، فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يُعدم في السفر، أو لأنه مظنة فقد الكاتب.

٤. حكمة مشروعية الرهن:

إن الشرعية السّلمية الغراء ترعى مصالح الناس جميعاً على حد سواء الغنيّ منهم والفقير، الدائن والمدين، البدوي والحضري، والمسافر والمقيم، وكانت مشروعية الرهن من ضمن هذه الرعاية الكريمة، فإن الفقير الذي يحتاج مالاً لقضاء مصالحه يبحث عادة على من يقرضه، وقد يجده وقد لا يجده، قد لا يجد الموسرين الذين يستطيعون إقراضه، وتفريج قرضه، وقد يجدهم، ولكنهم لا يفعلون لعدم معرفتهم لهم بالوفاء، والسداد بينهم، وقد يفقد الكفيل الذي يكفله عند هؤلاء، فيسدّ في وجهه الطريق الحلال المشروع القرض؛ فيلجأ مضطراً إلى سبيل مُحرم غير مشروع، وهو اللجوء إلى المرابين، فيأخذ منهم بالربا تحت وطأة الظروف، وقسوة الحاجة، وقد حرّم السّلم التعامل بالربا بكل صورته وألوانه بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] لذلك كانت مشروعية الرهن حتى تيسر مصالح الناس، وبالنسبة للفقير المحتاج يجد من يُفرج قرضه عن هذا الطريق - الرهن - بعد أن يدفع رهناً من عنده، كوثيقة ضامنة لمن يقرضه، فيحبس المرتهن الرهن عنده؛ كي يطمئن على استيفاء حقه عند الأجل

المضروب، كما يكون هذا أيضاً وثيقة للدائن حتى لا يجحد المدين الدين في يومٍ ما من الأيام.

هذه هي الحكمة من مشروعية الرهن وجوازه.

أما ما يلجأ إليه بعض الناس من ارتهان الأراضي الزراعية، أو العقارات المبنية وتسلمها من أصحابها، ووضع أيديهم عليها، والقيام بزراعتها، أو سقناها بأنفسهم، أو كرائتها وقبض الكراء - أي: إيجارتها وقبض الأجرة - لحسابهم ومصالحهم، فهذا كله محرم وغير مشروع، وأكل لأموال الناس بالباطل قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، هذا وسنبيّن - بمشيئة الله تعالى - من خلال البحث آراء الفقهاء في حكم انتفاع المرتهن بالمرهون.

شروط عقد الرهن، وأركانه

١. شروط عقد الرهن:

شروط الرهن أنواع، بعضها يرجع إلى نفس الرهن، وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن، وبعضها يرجع إلى المرهون، وبعضها يرجع إلى المرهون به، ولكل منهم له باب في الفقه.

فمن شروط عقد الرهن:

الشرط الأول: أن يكون منجزاً لا معلقاً على شرط، وأن يكون مؤبداً، وليس مضافاً إلى وقت، وذلك لأن في الرهن والارتهان معنى الإبقاء والاستيفاء، فيشبه

البيع من أنه لا يحتمل التعليق على شرط، ولا الإضافة إلى وقت فكذلك الرهن؛ لأن التأجيل فيه إنما هو للدين.

الشرط الثاني: أن يكون خالياً من أي شرط يتنافى مع مقتضى العقد، وحكمه مثل اشتراط الراهن أن لا يُباع المرهون في الدين إذا لم يدفع، أو اشتراط الراهن أن لا يقبض المرتهن المرهون به، بل يظلّ تحت يده، أو يشترط المرتهن أن ينتفع بالمرهون في دين القبض، أو اشتراط الغلق في الرهن، وهو أنه إذا لم يدفع الراهن الدين عن الأجل؛ فإن المرهون يكون للمرتهن في نظير الدين، فهذا مُحرم ومنهياً عنه؛ لأن النبي ﷺ قد نهى عنه.

قال ابن رشد: وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو: أن يرهن الرجل رهناً على أنه إن جاء بحقه عند أجله، وإلا فالرهن له، فاتفقوا على أن هذا الشرط يُوجب الفسخ، وأنه معنى قوله ﷺ: ((لا يغلق الرهن))، والحديث أخرجه البيهقي والحاكم والدارقطني وابن ماجه، فإذا اشترط في عقد الرهن شرط من هذه الشروط، فإنه يكون مبطلاً للعقد عند المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم؛ لأنه يكون قرضاً جرّ نفعاً، وهذا ربا، وهذا منهياً عنه، فقد روي عن علي < أن النبي ﷺ نهى عن ذلك، فقال: ((كلّ قرضٍ جرّ منفعةً فهو ربا))، والحديث رواه السيوطي في (الجامع الصغير)؛ خلافاً للحنفية والحنابلة في قول ثانٍ من أنه يصحّ العقد ويبطل الشرط، وذلك؛ لأن العقد عندهم لا يبطل بالشروط الفاسدة، بل تبطل الشروط، ويصحّ العقد.

الشرط الثالث: أن يكون مع الحقّ أو بعده لا قبله، وهذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة؛ حيث إن الرهن لا يصحّ قبل ثبوت الدين عندهم،

وتعلّقه بدمّة الراهن ؛ خلافاً للمالكية الذين أجازوا الارتهان قبل ثبوت الدين على ما سيقرضه ، أو يبيعه مستقبلاً.

الشرط الرابع: القبض واستدامته ، أي : قبض المرتهن للمرهون ، واستدامة قبضه له ؛ فالقبض في حدّ ذاته شرط عند الأئمة الأربعة ، أما استدامته واستمرار قبض المرتهن له ، فهي شرط عند الأئمة الثلاثة "أبي حنيفة ومالك وأحمد" ، وليس شرطاً عند الشافعية.

هذا وقد جمع الحنابلة شروط الرهن عامة في ثمانية شروط ، وهي كالآتي :

الأول: أن يكون الرهن من جائز التصرف.

الثاني: أن يكون الراهن مختاراً.

الثالث: أن يكون مالكا للمرهون ، أو مأذوناً له في رهنه.

الرابع: أن يكون العقد مُنجزاً ، فلا يصحّ معلقاً على شرط.

الخامس: أن يكون عقد الرهن مع الحقّ ، أو بعده لا قبله.

السادس: أن يكون الرهن في عينٍ يجوز بيعها إلا ما يُستثنى.

السابع: معرفة جنس المضمون ، وقدره ، وصفته.

الثامن: كون الرهن بدينٍ واجبٍ كتمنٍ وقرضٍ ، أو ماله إلى الوجوب كتمنٍ مدّة خيار ، والمقبوض على وجه السوم ، ونحو ذلك.

٢. أركان عقد الرهن :

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الرهن ، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن ركن عقد الركن هو الصيغة أي : الإيجاب والقبول. وهذا قولٌ واحدٌ عند الحنابلة ، أما

الحنفية فليس هذا محلّ اتفاق عندهم، فالمتفق عليه عندهم من الأركان هو الإيجاب فقط، أما القبول فمختلف فيه فيصحّ الرهن بالإيجاب وحده عند بعضهم، لكن ما عليه عامة المشايخ في المذهب، فهو أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول معاً، أما العاقدان من راهنٍ ومرتهن، وكذا المعقود عليه من مرهون ومرهون به، فهي شروطٌ عند الحنفية، وليست أركان.

قال البابرتي: ركن الرهن الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد، والعقد ينقذ بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك عامّة المشايخ قالوا: أراد به شيخ الإسلام خواهرزاده الركن الإيجاب بمجردّه؛ لأنه عقد تبرع، وكلّ ما هو كذلك يتمّ بالتبرّع. وأما الأركان عند كلّ من المالكية والشافعية فهي أربعة، غير أنهم اختلفوا اختلافاً بسيطاً في تحديدها.

ف عند المالكية الأركان هي :

- أ. الراهن.
- ب. المرتهن.
- ج. المرهون.
- د. المرهون فيه.

أما عند الشافعية فالأركان هي :

- أ. العاقد.
- ب. المرهون.

ج. المرهون به.

د. الصيغة.

فهذه هي أركان الرهن.

أما الصيغة: فلا يشترط عند جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة صيغة صريحة، أو معينة لإتمام عقد الرهن، والرأي الذي نرى ترجيحه في حكم الصيغة في عقد الرهن، من حيث اشتراط اللفظ الصريح، وعدم اشتراطه؛ هو مذهب جمهور الفقهاء، وهو عدم اشتراط لفظ الرهن صراحة لإتمام عقد الرهن، وذلك تيسيراً على الناس. فكل ما دلّ على الرهن صحّ العقد به بأيّ لفظ كان، أو بأيّ عبارة؛ لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، فما دامت الصيغة من العاقدين دالة على الرهن بما هو متعارف به عندهم؛ فإنها تنصرف إلى الرهن، وليس ثمة احتمال آخر لانصرافها إلى البيع، أو الإجارة، أو ما شاكل ذلك خلافاً للمالكية.

العائد (الراهن والمرتهن)، وما يشترط فيهما

العائد للرهن: يُراد بالعائد هنا كلُّ من الراهن والمرتهن، إن كلاً منهما طرفٌ في عقد الرهن، ولصحة إطلاق لفظ العائد على كلِّ منهما؛ لأن العقد لا يتمُّ بواحدٍ منهما فقط، بل لا بد من كليهما معاً حتى يتمّ العقد، وهذا يُشبهه في عقد البيع البائع والمشتري، ومن ثمّ فيُشترط في عاقدَي عقد الرهن ما يُشترط في عاقدَي عقد البيع من أهلية التصرف، فكلُّ من صحّ بيعه وشراؤه صحّ رهنه وارتهانه، غير أن هذه الشروط بعضها متفقٌ عليه بين الفقهاء وبعضها مختلفٌ فيه:

الشرط الأول: البلوغ:

اختلف جمهور الفقهاء في اشتراط البلوغ في كل من الراهن والمرتهن على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: للشافعية، والحنابلة، والشيعية، والشيعية الإمامية، يرون: أن البلوغ شرط في صحة عقد الرهن، فلا يصح الرهن ولا الارتهان من الصبي حتى ولو كان مميزاً.

المذهب الثاني: للحنفية، اختار الحنفية أو ذهب الحنفية إلى أن البلوغ ليس بشرط في جواز عقد الرهن، ومن ثمّ فيجوز عندهم الرهن والارتهان من الصبي المميز المأذون له في التجارة.

المذهب الثالث: للمالكية، ذهب المالكية إلى أن البلوغ شرط لزوم في عقد الرهن، وليس شرط صحة، وبناءً عليه فيصحّ عندهم الرهن والارتهان من الصبي المميز، لكنه يتوقف لزمه وإجازته على وليّه، فإن أجازته وليه لزم، وكان نافذاً صحيحاً، وإلا فلا.

الرأي الراجح:

والذي أرى ترجيحه في حكم اشتراط البلوغ في كل من الراهن والمرتهن هو مذهب المالكية، وهو أن البلوغ شرط لزوم؛ لأن هذا الرأي وسط بين الرأيين السابقين القائل باشتراطه، وهم الشافعية ومن وافقهم، والقائل بعدم اشتراطه وهم الحنفية، فكونه يصحّ غير لازم يُعطي الحق للصبي المميز في مباشرة عقد

الرهن ؛ حيث إنه مأذون له بالتجارة ، ويُعطي الحقّ للولي في ردّ ما غُبن فيه الصبي ؛ حيث إن ذلك يكون محتملاً وجائزاً وليس مستحيلاً ، فتوسطاً بين الأمرين ومراعاة للصبي في المحافظة على ماله ، نرى أن الأولى بالترجيح هو قول المالكية ؛ لأن فيه أخذاً بالأحوط .

الشرط الثاني : العقل :

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والإمامية على اشتراط العقل في كلٍّ من الرهن والمرتهن ؛ حتى يكون العقد صحيحاً ، ومن ثمّ فلا يصح الرهن ، ولا الارتهان من المجنون .

الشرط الثالث : الرشد :

والرشد في اللغة هو : الاهتداء وإصابة الصواب ، والرشد يكون بمعنى الاستقامة . أما الرشد في اصطلاح الفقهاء فهو : الصلاح مع اختلافهم في المراد بالصلاح . فعند الشافعية المراد بالرشد الصلاح في الدين ، وعند الحسن وقتادة المراد بالرشد الصلاح في العقل والدين ، وعند مجاهد الرشد هو الصلاح في العقل خاصة ، وعند ابن عباس الرشد الصلاح في العقل وحفظ المال ، وبه قال الثوري ، ولقد اختلف جمهور الفقهاء في اشتراط الرشد في كلٍّ من الراهن والمرتهن على مذهبين :

المذهب الأول : للشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ، يرون : أن الرشد شرطٌ في صحة عقد الرهن ، وعليه فلا يصحّ الرهن ولا الارتهان من السفیه ، وعلّتهم في ذلك أن الرهن نوعٌ من التبرع ؛ لأنه حبسٌ مالٍ بغير عوضٍ ، فلا يكون إلا من

شخصٍ مطلق التصرف، ولا يكون إلا ممن هو من أهل التبرع، والسفيه ليس كذلك.

المذهب الثاني: للمالكية، الرشد شرط لزوم في عقد الرهن عندهم، فيصحّ الرهن والارتهان من السفیه، لكنه لا يكون لازماً فيتوقفّ لزومه على إجازة وليّه.

الرأي الراجح:

والذي أرى ترجيحه في حكم اشتراط الرشد في عقد الرهن هو مذهب المالكية، وهو أن الرشد شرط لزوم في عقد الرهن، وليس شرط صحّة، كما اختار الشافعية، ومن وافقهم، فيكون الرأي الأول والأخير بالإجازة والرّد للوليّ، فإن أجازته مضى وكان صحيحاً نافذاً، وإن رده بطل وكان غير لازم، وذلك لأننا قد رجّحنا مذهب المالكية في اشتراط البلوغ؛ حيث يصحّ الرهن والارتهان من الصبي المميز، ويتوقفّ إجازته على وليّه، فإذا صحّ هذا في البلوغ من عدمه، فلأن يصحّ في الرشد من باب أولى.

الشرط الرابع: الحرية:

اختلف جمهور الفقهاء في اشتراط الحرية في كلٍّ من الراهن والمرتهن على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: للشافعية والحنابلة، ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الحرية في عقد الرهن، فلا بد وأن يكون كلٌّ من الراهن والمرتهن حرّاً معلّين ذلك بأن العقد عقد تبرّع، والرقيق ليس من أهل التبرّع؛ لأنه ليس أهلاً للملك من أصله.

المذهب الثاني: للحنفية، يرى الحنفية أن الحرية ليست شرطاً في جواز عقد الرهن، فيجوز عندهم الرهن والارتهان من العبد المأذون له في التجارة، وعلتهم في ذلك أن الرهن والارتهان من توابع التجارة، ومن ثمّ فيملكه كل من يملك التجارة.

المذهب الثالث: للمالكية، يرون أنّ الحرية شرط لزوم في عقد الرهن، وليس شرط صحّة، ومن ثمّ فيصح الرهن والارتهان من العبد المأذون له في التجارة، وإن لم يأذن له سيّده في الرهن؛ لأن الإذن في التجارة إذن في توابعها.

الرأي الراجح:

والذي أرى ترجيحه في حكم اشتراط الحرية في عقد الرهن هو مذهب الحنفية، وهو صحّة الرهن والارتهان من العبد المأذون له في التجارة؛ لأن الرهن من توابع التجارة، فالإذن له في التجارة مع منعه من الرهن لا يتفقان؛ لأنّ بايهما واحد وهو المعاملة المالية في حدود التجارة، وهو مأذون له فيها فتشمل ما يتبعها كذلك.

الشرط الخامس: عدم الإكراه:

اشتراط الشافعية في كلّ من الرّاهن والمرتهن أن يكون مختاراً غير مكره على الرهن، أو على الارتهان، وقد قيّدوا عدم الإكراه بكونه بغير حق، فقالوا: لا يصحّ عقد مكره - بالفتح - في ماله بغير حق؛ لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِحْكَرَةً عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] أما الإكراه بحق، فيصحّ عقد الرهن معه؛ إقامة لرضا الشرع مقام رضاه مثل: شخص عليه دين وامتنع من

الوفاء والبيع ، فإن شاء القاضي باع ماله بغير إذنه ؛ لوفاء دينه ، وإن شاء عدّره وحبسه إلى أن يبيعه .

الشرط السادس : عدم الحجر لفلس :

اختلف الفقهاء في المحجور عليه بسبب الفلس ، هل له أن يرهن شيئاً من ماله أو يرتهن ؟ الجواب : على مذهبين :

المذهب الأول : للمالكية والشافعية والحنابلة ، يرون أن المفلس محجور عليه ؛ ولذلك فإنه لا يجوز رهنه ولا ارتهانه ، وهذا هو رأي صاحبي الإمام أبي حنيفة ، وهما كلٌّ من أبو يوسف ومحمد ، وذلك ، لأنه لا يصحّ بيعه بسبب الحجر عليه للفلس ، ومن ثمّ فإنه لا يصحّ رهنه .

المذهب الثاني : مذهب الإمام أبي حنيفة وحده الذي خالف فيه صاحبيه ، يرى أن المفلس غير محجور عليه ، وبناءً عليه فإنه يجوز رهنه وارتهانه ، ووجه نظر الإمام أبي حنيفة في هذا أن الحجر على المفلس إهدار لأهليته ، فلا يجوز ذلك لدفع ضررٍ خاص ، ثم قال أبو حنيفة : فإن كان له مال لم يتصرّف فيه الحاكم ؛ لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لا عن تراضٍ فيكون باطلاً بالنص ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه إيفاءً لحقّ الغرماء ، ودفعاً لظلمه .

رهن الولي مال محجوره : اتفق جمهور الفقهاء على أنه يجوز لولي المحجور عليه كالصبي ، ومن في حكمه أن يرهن ماله ، أو شيئاً منه بحكم ولايته الشرعية عليه أباً كان ، أو وصياً .

مذاهب الفقهاء في بيان المرهون، وانتفاع الراهن به

١. المرهون في وجه نظر فقهاء المذاهب الفقيهه الأربعة :

أولاً: مذهب الحنفية في المرهون:

اشترط الحنفية في المرهون أن يكون محلاً قابلاً للبيع، ووضعوا له ضوابط وشروطاً ستة:

الشرط الأول: أن يكون موجوداً وقت العقد.

الشرط الثاني: أن يكون مالاً.

الشرط الثالث: أن يكون مُتقوماً، أي: ذات قيمة مالية.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكاً للراهن.

الشرط الخامس: أن يكون معلوماً.

الشرط السادس: أن يكون مقدوراً على تسليمه.

ثانياً: مذهب المالكية في المرهون:

اشترط المالكية في المرهون أن يكون مما يصح بيعه من كل طاهرٍ منتفع به شرعاً، مقدورٌ على تسليمه، معلومٌ غير منهي عنه، فلا يصح رهن الخمر والخنزير لنجاستهما، ولا آلات اللهو، ولا كل ما لا يصح بيعه عندهم.

ثالثاً: مذهب الشافعية في المرهون:

اشترط الشافعية في المرهون أن يكون عيناً يصح بيعها على الأصح في المذهب؛ لأن كل عينٍ جاز بيعها جاز رهنها، وذلك حتى يتحقق الغرض من الرهن؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعدّر استيفاؤه في دمة الراهن، وعلى هذا لا يتحقق إلا في العين التي يجوز بيعها.

رابعاً: مذهب الحنابلة في المرهون:

يتفق الحنابلة مع جمهور الفقهاء في أن كل عينٍ جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين، للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعدّر استيفاؤه من الراهن، وهذا يتحقق في كل عينٍ يجوز بيعها، ولأن ما كان محلّاً للبيع كان محلّاً لحكمه الرهن، ومحلّ الشيء محلّ لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرطاً فينتفي الحكم لانتفائه، فيصح رهن المشاع لذلك، وفي رهن الثمرة قبل بدو صلاحها قولان عند الحنابلة.

٢. الحكم الشرعي في انتفاع الراهن بالمرهون:

اختلف الفقهاء في حكم انتفاع الراهن بالمرهون، فالمالكية والشافعية والظاهرية يُجيزونه، والحنفية والحنابلة يمنعون، إذن للفقهاء في حكم انتفاع الراهن بالمرهون مذهبان:

المذهب الأول: يرى المالكية، والشافعية، والظاهرية، والحنابلة في قولٍ لهم أن من حقّ الراهن أن ينتفع بالمرهون بكلّ انتفاعٍ لا ينقصه، أي: لا ينقص المرهون، كركوب الدابة، والسيارة، وسكنى الدار؛ بخلاف البناء والغراس في الأرض

المرهونة، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه يُنقص قيمة الأرض، أما الزرع الذي يكون حصاده قبل حلول الدين فللراهن ذلك بشرط أن لا ينقص الزرع قيمة الأرض، إذ لا ضرر على المرتهن إذن.

دليل هذا الفريق: استدلال هؤلاء بما رواه الجماعة، إلا مسلماً والنسائي من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدرّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة))، ووجه الدلالة من الحديث يرى الإمام الشافعي أن حق الانتفاع بالمرهون إنما هو للراهن، كما كان قبل الرهن بحكم أنه مالكة، ولا يمنعه من ذلك مانع، وقد نصّ ابن حجر على هذا حيث قال: وقال الشافعي: يُشبه أن يكون المراد من رهن ذات درّ، وظهر لم يمنع الراهن من درّها وظهرها، فهي محبوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن.

ويستدل المجيزين أيضاً بأن مقصود الرهن إنما هو الاستيثاق بالدين، واستيفاءه من ثمنه عند تعدد استيفائه من دمة الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به، ولا إجارته، ولا إعارته، فجاز اجتماعها كانتفاع المرتهن به، ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال، ولأنها عين تتعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارته.

المذهب الثاني: مذهب الحنيفة هو القول الآخر عند الحنابلة، أنه لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن في فترة الرهن لا بالاستخدام، ولا بالسكنى، ولا لغير ذلك، ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارته ولا غيرهما، بغير رضا المرتهن، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي، وحجة هذا الفريق أن حق حبس المرهون الثابت للمرتهن على سبيل الدوام، وإذا كان المرهون محبوساً على سبيل الدوام، فإن هذا يمنع استرداده من المرتهن والانتفاع به.

الرأي الراجح: والذي أرى ترجيحه هو مذهب الجمهور - المالكية، والشافعية، والظاهرية، والحنابلة - في أحد القولين لهم، وهو جواز انتفاع الراهن بالرهون؛ لعدم منافاة ذلك لعقد الرهن؛ إذ أن المقصود من الرهن إنما هو الاستيثاق بالدين، واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من الراهن، هذا هو المقصود فعلاً من الرهن، وليس المقصود هو الحبس الدائم، كما ذهب إليه المانعون، ومن ثمّ فلا مانع من انتفاع الراهن برهنه.

انتفاع المرتهن بالرهون بإذن الراهن

اختلف الفقهاء في حكم انتفاع المرتهن بالرهون مطلقاً أي: سواء أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع، أم لم يأذن له، فقد وقع الخلاف فيهما حالة الإذن، وحالة عدم الإذن.

وسبب الاختلاف هو تعارض ظواهر النصوص، والعمومات، والقواعد المقررة شرعاً؛ حيث إن مقتضى القواعد التي تقضي بجواز تصرف المالك في ملكه بالصدقة، والهبة، وغيرهما يؤخذ منها جواز انتفاع المرتهن بالرهون، إذا أذن له الراهن باعتباره مالكا للرهون، ولكن قد يتعارض هذا مع النص الذي يقضي بأن كل قرضٍ جرّ نفعاً يكون ربياً، كما أن نصوص الشريعة التي تقضي بأنه يحرم أخذ مال الغير بدون رضاه؛ تدلّ على أنه لا يجوز للمرتهن أن يرتفع بالرهون بغير إذن الراهن، لكن قد يتعارض هذا مع الصحيح من السنة، الذي فيه أن المرهون إذا كان مركوباً، أو محلوباً؛ فإنه يجوز للمرتهن أن ينتفع بالركوب، أو باللبن في نظير نفقته على المرهون، ويكون له ذلك بغير إذن الراهن؛ ونبدأ

بالحديث عن انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن، ثم انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن.

انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن:

أولاً: مذهب الحنفية: تعددت الروايات عند الحنفية في حكم انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن إلى ثلاث روايات:

الرواية الأولى: جواز الانتفاع بالمرهون مطلقاً أي: سواء شُرط ذلك في العقد، أم لم يُشترط.

الرواية الثانية: جواز الانتفاع بالمرهون إذا أذن الراهن ولم يكن ذلك مشروطاً عند العقد، فإن اشترط حرّم الانتفاع.

الرواية الثالثة: انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً أي: سواء أكان في نظير دين من قرض، أو من بيع، أو نحوه، وسواء اشترط الانتفاع عند العقد أم لم يُشترط، وسواء أذن الراهن أم لم يأذن.

وجهة أصحاب الرواية الأولى: يرى من ذهب إلى جواز الانتفاع مطلقاً بإذن الراهن: أن العمومات التي تقضي بأن كل مالك له الحق في التصرف في ملكه بالهبة والصدقة وغيرهما، من كلّ ما هو مباح متى كان راضياً بذلك ينطبق هنا، فمن ذلك إذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون، فيكون المرتهن قد انتفع بإذن ورضاً، فلا شبهة في ذلك ولا مانع منه، ويردّ على هذا بأن المانع موجودٌ وهو النهي عن قبول هدية المدين، وأن كلّ قرضٍ جرّ نفعاً فهو ربا، والربا محرم شرعاً فلا يحلّه إذن الراهن؛ لما روى عن علي - كرم الله وجهه، ورضي الله عنه - بلفظ: ((أن النبي ﷺ نهى عن كل قرضٍ جرّ منفعة))، وفي رواية: ((كل قرض

جرّ منفعة فهو ربا))، وقوله عليه السلام: ((لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه)).

وجه أصحاب الرواية الثانية: يفرّقوا أصحاب هذه الرواية بين الانتفاع المشروط في العقد فيحرم، والانتفاع غير المشروط فيجوز؛ لأنه إذا شرط الانتفاع عند العقد كان ذلك دليلاً على دخول المتعاقدين على قصد مقابلة شيء بشيء، وذلك هو الانتفاع بالرهون في مقابلة الدين، وهذا منهي عنه؛ لكونه قرضاً جرّ نفعاً فيكون ربا، ولأن الراهن لم يفعل هذا عن طيب نفسه بخلاف حالة عدم الاشتراط، فيحمل ذلك على أنه تبرّع محض من الراهن للمرتهن في الانتفاع بملكه المرهون، واعتبر تبرّعاً محضاً؛ لأنه لم يكن الانتفاع في مقابلة شيء، إذ أنه أقرضه من غير اشتراط شيء، وما قال أحد قط بجرمة التبرّع، ولما كان للراهن أن يتبرّع بمنافع رهنه لغير المرتهن كان له ذلك للمرتهن؛ حيث لم يطلبها منه ولم يشترطها عليه، فكانت عن طيب نفس منه، ويردّ على هذا بأن الغالب من أحوال الناس أنهم إنما يريدون عند الإقراض الانتفاع، ولولاه ما أقرضه، وهذا بمنزلة الشرط؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وهو مما يعين المنع.

وجهة نظر الفريق الثالث: الذين ذهبوا إلى حرمة الانتفاع مطلقاً؛ سواء أذن الراهن في الانتفاع أم لم يأذن، وسواء اشترط ذلك عند العقد أم لم يشترط قالوا: لا يحل له أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن؛ لأن الراهن أذن له في الربا؛ لأنه - أي: المرتهن - يستوفي دينه كاملاً فتبقى المنفعة فضلاً فيكون ربا.

ثانياً: مذهب المالكية: يرى المالكية أنه يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة المرهون لنفسه بدون عوض، لكن هذا الجواز مقيّد عندهم - أي: عند المالكية - بشرطين:

الشرط الأول: أن تكون المنفعة مؤقتة بمدة معينة معلومة.

الشرط الثاني: أن يكون المرهون المشتربة منفعتة واقعاً في عقد بيع، وليس في عقد قرض أي: يكون الدين الذي على الراهن ثمناً لمبيع باعه المرتهن له، وليس سلفاً أخذه من المرتهن، ثم يقول المالكية: فإذا لم تكن المنفعة مشتربة في العقد، بل أباح الراهن له الانتفاع بالمرهون بعد العقد، فإنه لا يجوز هذا الانتفاع مطلقاً؛ سواء أكان الدين في بيع، أو في قرض.

ووجه نظر المالكية في جواز الانتفاع بالشرط: أنه في حالة تأقيت مدة المنفعة، وتعيينها يكون كل من الرهن والمرتهن قد خرجا من الجهالة في الأجرة، والجهالة مفضية إلى النزاع، واشتراط كون الراهن في عقد بيع لا قرض؛ أنه في حالة كون الرهن من بيع يكون غايته اجتماع البيع والإجارة، إذ تصير المنفعة جزءاً من الثمن، فيقابلها ببعض المثلن وهو جائز. أما في القرض فيكون سلفاً جرّ نفعاً، وهو لا يجوز لأنه رباً؛ لما روي عن علي <: ((أن النبي ﷺ نهى عن قرض جرّ منفعة)).

وأما وجهة نظر المالكية في عدم جواز الانتفاع عند عدم الشرط أنها - أي: المنفعة - إذا كانت بغير عوض، فإنها تكون هدية مديان وهي محرمة؛ لأنها منفعة جرّ إليها القرض، قال ﷺ فيما أخرجه ابن ماجه في سننه، وذكره الشوكاني في (نيل الأوطار) أن النبي ﷺ قال: ((إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي له، أو حملة على الدابة، فلا يركبها، ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك))، وعنه ﷺ أنه قال: ((إذا أقرض فلا يأخذ هدية)) رواه البخاري في تاريخ أنس < وذكره الشوكاني في (نيل الأوطار)، وإن كانت المنفعة بعوض عند عدم الشرط؛ فقد جرى هذا على مبيعة المديان.

ثالثاً: مذهب الشافعية: أجاز الشافعية للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بغير عوض إذا أذن له الراهن من غير أن يشترط هذا في العقد، سواء أكان الرهن بدين يبيع أو قرض، فإن شُرِطت المنفعة في العقد فقولان:

القول الأول: أن الرهن صحيح والشرط باطل.

القول الثاني: بطلان الرهن من أساسه؛ لأنه قارنه شرطٌ فاسد فأبطله.

ووجه نظر الشافعية ما يأتي:

أولاً: في جواز الانتفاع بإذن الراهن أن المرهون مملوك للراهن فله أن يهب منفعته، أو يتبرع بها للمرتهن، كما جاز له ذلك لغير المرتهن، فهذه هبة مشروعة لا شيء فيها.

ثانياً: من جهة صحة عقد الرهن وبطلانه، فعلى القول الأول القائل بصحة عقد الرهن وبطلان الشرط أن هذا تبرع، فلا يؤثر فيه هذا الشرط الباطل، بل يلغي الشرط ويصحّ العقد؛ لقوله عليه السلام: ((أَيُّمَا شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرَطٍ))؛ فقد دلّ هذا الحديث على بطلان الشرط الفاسد، ولم يتعرض لبطلان العقد فبقي على الأصل وهو الصّحة، أما على القول القائل ببطلان العقد والشرط، فوجهته أن الشرط الفاسد لما قارن العقد أبطله لمنافاته لمقتضى العقد؛ لأنه يمنع المقصود من الرهن؛ لذلك بطلاً معاً، الشرط والعقد.

يجوز عند الحنابلة أن ينتفع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن في ذلك؛ سواء أكان الانتفاع مجاناً أي: بغير عوض، أو كان بعوض، حتى ولو كان بمحابة في الأجرة، وهذا كله مشروطٌ بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون الدين من بيع لا من قرض، فإذا كان من قرض فلا يجوز الانتفاع، حتى ولو أذن الراهن مجاناً كان، أو بمحابة.

الشرط الثاني: أن لا يشترط الانتفاع بالرهون في العقد، فإن اشترط فهو شرطٌ فاسدٌ، ويحرم ذلك، وهذا مروى عن الحسن وابن سيرين، وبه قال إسحاق.

وجه نظر الحنابلة: أنه في حالة الإذن يكون ذلك مباح؛ لأن الرهن ملكٌ للراهن، فكذلك نأؤه ومنافعه، ومن ثمّ فليس لغيره أخذ شيء من هذا بغير إذنه، فلما أذن كان مباحاً، واشترط كون الدين من بيع، لا من قرض حتى لا يكون قرصاً جرّ نفعاً، وذلك حرام قال أحمد: أكره قرض الدور، وهو الربا المحض، يعني: إذا كانت الدار رهناً في قرضٍ ينتفع بها المرتهن، وإن كان الرهن بضمن مبيع، أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك، وبه قال الحسن، وابن سيرين، وإسحاق، فلما أن كان الانتفاع بعوض مثل: أن استأجر المرتهن الدار من الراهن، وبأجرة مثلها من غير محابة؛ جاز في القرض غيره، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن حابه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض، لا يجوز في القرض، ويجوز في غيره.

وأما اشتراط كون المنفعة غير مشروطة في العقد أنها للمرتهن، فأولى من جهة الشرط أنه فاسد؛ لأنه يُنافي مقتضى الرهن، وعن أحمد أنه يجوز في البيع، ومعناه: أن يقول: بعتك هذا البيت بألف، بشرط أن ترهنني سيارتك شهراً، فيكون هذا بيعاً وإجارة، وهو صحيح، وإن أطلق فالشرط باطلٌ لجهالة ثمنه.

الرأي الراجح: والذي أرى ترجيحه في حكم انتفاع المرتهن بالرهون بإذن الراهن، هو عدم جواز الانتفاع مطلقاً حتى لو أذن الراهن للمرتهن بذلك، وسواء أكان ذلك بعوض أم بغير عوض، وسواء أكان مشروطاً في العقد، أم كان

غير مشروط، فإن انتفاع المرتهن بالمرهون لا يجوز البتة؛ لأنه لا يخلو عن واحدٍ من أمرين:

الأمر الأول: إن كان الدين من قرضٍ كان سلفاً جرّ نفعاً، وهو ربا، ومنهياً عنه بالسنة النبوية المطهرة.

الأمر الثاني: إن كان من بيعٍ فهو هدية مدين، وهذه شبيهة بالسلف الذي جرّ نفعاً، فسداً للذريعة، واحتياطاً للدين يحرم انتفاع المرتهن بالمرهون بأيّ صورة، وعلى أيّ كيفية؛ لأن المرتهن سيأخذ دينه كاملاً، وتصير المنفعة زيادة بغير حق، وهذا هو الربا بعينه.

انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن

اختلفت كلمة الفقهاء في حكم انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن على النحو التالي:

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الإمام أحمد، يرى جمهور الفقهاء أنه لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بغير إذن الراهن مطلقاً، أي: سواء أكان المرهون ممّا يُركب، ويُحلب، أو كان غير ذلك.

المذهب الثاني: وهو رواية ثانية عند الحنابلة، ذهب الحنابلة إلى عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن إذا كان المرهون غير محلوب، أو غير مركوب، وجواز الانتفاع بغير إذن الراهن في المحلوب والمركوب فقط، وذلك بشروط:

الشرط الأول: أن يكون الانتفاع بالحلب والركوب فقط.

الشرط الثاني: أن يكون الانتفاع بالمرهون بقدر النفقة عليه مع تحري العطل فيه ذلك.

الشرط الثالث: أن يكون الإنفاق من غير نظر، أو اعتبار لإمكان أخذه من الراهن، أو عدم أخذه، بمعنى أن ينفق على المرهون، سواءً أنفق مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن، أو مع تعذر استردادها لعرسه، أو غيبته، أو امتناعه.

الشرط الرابع: أن ينفق بنية الرجوع على الراهن بما أنفقه، فإذا لم تتوفر هذه الشروط، فلا يجوز له الانتفاع بغير إذن الراهن.

المذهب الثالث: للأوزاعي والليث بن سعد وأبي ثور، ذهب كلٌّ من الأوزاعي والليث بن سعد، وأبو ثور إلى جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن بالركوب، أو الحلب، أو الاستخدام، وذلك في حالة امتناع الراهن عن الإنفاق على المرهون، وبشرط ألا يزيد قدر ذلك، أو قيمته على قدر علفه.

المذهب الرابع: مذهب الظاهرية، ذهب ابن حزم الظاهري إلى جواز انتفاع بالركوب والحلب بغير إذن الراهن، بشرط أن يكون الراهن قد امتنع عن الإنفاق على المرهون، ويكون الانتفاع في مقابل النفقة لا يُحاسب به من دينه كُثر ذلك، أم قلّ.

الأدلة:

أدلة أصحاب المذهب الأول، وهم الجمهور: استدلل جمهور الفقهاء - وهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية - على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بدون إذن الراهن مطلقاً أي: إذا كان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو غيرهما بالأدلة الآتية من السنة والقياس.

أما السنة: فما رُوي عن أبي هريرة < أن النبي ﷺ قال: ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه)) والحديث أخرجه البيهقي واللفظ له، وأخرجه الحاكم في المستدرک، وابن ماجه من طرقٍ أخرى، ووجه الدلالة من الحديث هو أن قوله ﷺ: ((لا يغلق الرهن)) أي: لا يضيع على صاحبه ولا يستحقه المرتهن في نظير دينه عند الأجل، كما كان في الجاهلية، فقد رُوي أن المرتهن في الجاهلية كان يتملك الرهن إذا لم يؤدّ الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المحدد فأبطله الإسلام، وجعل حقّ المرتهن في المرهون هو حق التوثيق لا غير، فإذا لم يدفع الراهن الدين عند الأجل بيع الرهن، وأخذ المرتهن دينه من الثمن وما بقي أخذه الراهن، ومعنى قوله ﷺ: ((من صاحبه الذي رهنه)) أي: من ضمانه، وإذا كان الرهن من ضمانه، أي: من ضمان صاحبه؛ فإن الشرع والعقل يقضيان بأن يكون غنمه له أخذًا بقاعدة الغنم بالغرم، ومعنى هذا أن نفقة المرهون، ونقصه، وهلاكه على الراهن، ومنافعه، وزيادته له، ولا شيء للمرتهن من هذا، وبناءً عليه فلا يحقّ له الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن مطلقًا، لا فرق في ذلك بين المركوب والمحلوب وغيرهما؛ لأن الراهن مالك والمرتهن أجنبي، ولا يحقّ للأجنبي أن يتملك شيئًا منفعة كان أم ذاتًا، إلا بإذن من مالك، وقوله ﷺ: ((له غنمه وعليه غرمه)) هكذا بهذا اللفظ تأكيد لما قلناه، والتأكيد جاء بطريق الحصر المستفاد من تقديم الخبر على المبتدأ في الجملتين ((له غنمه وعليه غرمه)).

ما ورد على هذا الحديث: ورد على هذا الحديث أن له طرق في الدارقطني والبيهقي كلّها ضعيفة، وعبارة ((له غنمه وعليه غرمه)) اختلف الرواة في رفعها ووقفها، فقال ابن وهب: إن هذه اللفظة من قول سعيد بن المسيب، وقاله أيضًا أبو داود في المراسيل نقله عن الزهري، وقال الشوكاني: ولكنه قد اختلف في

وصله وإرساله ورفعته ووقفه، وذلك بما يُوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما في (صحيح البخاري) وغيره، وهو قوله ﷺ: ((الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً))، وأجيب عن هذا بأن الدارقطني روى هذا الحديث بلفظه، وقال: هذا إسنادٌ حسنٌ متصلٌ، وجاء في (بلوغ المرام) أن رجاله ثقات، وقال ابن حزم: هذا إسنادٌ حسنٌ، وقد صحح وصله ابن عبد البر.

وللتوفيق بين الحديثين نقول: يُحمل حديث ((لا يغلق الرهن)) على غير المركوب والمحلوب، وأما المركوب والمحلوب فله حكمه الخاص الذي دلّ عليه حديث البخاري: ((الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً))، وبهذا يمكن الجمع والتوفيق بين الحديثين.

وأما القياس: فهو قياس المرهون على غير المرهون، فكما أن غير المرهون إذا كان مملوكاً لأحد، فإنه لا يجوز لأي شخصٍ أن ينفق عليه، وينتفع به من غير إذن صاحبه كدارٍ متهدمة، فلا يجوز لأحدٍ أن يصلحها، ويُنفق عليها، وينتفع بها بالسكنى، أو الكراء من غير أن يأذن له مالكها في ذلك، وقال ابن قدامة: لأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه، فلم يكن له ذلك كغير الرهن.

أدلة أصحاب المذهب الثاني، وهم الحنابلة: استدلل الحنابلة في روايتهم الثانية التي قالوا فيها: يجوز انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن إذا كان المرهون مركوباً، أو محلوباً بالسنة والمعقول.

أما السنة: فما روي أن النبي ﷺ قال: ((الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة))، والحديث أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة، ووجه الدلالة من الحديث

هو: أن النبي ﷺ جعل الانتفاع بالرهن في مقابل النفقة، وهذا يدل على أن المراد بالمنتفع هو المرتهن لا الراهن؛ لأن الراهن هو المالك والمالك ينتفع بملكه، وإن لم يُنفق عليه، كما أن النفقة واجبة عليه، وإن لم ينتفع به، ومع الإنفاق يكون انتفاعه بحكم ملكيته له، لا لكونه ينفق عليه، وبعد هذه الاعتبارات كلها يُستبعد أن يكون المراد بالمنتفع نظير النفقة هو الراهن؛ فتعيّن أن يكون المراد به هو المرتهن، وقد دلّ على هذا صراحة رواية أخرى لهذا الحديث، رواها الإمام أحمد، وهو قوله ﷺ: ((إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب نفقته)) قال ابن حجر: وهذا يختص بالمرتهن؛ لأن الحديث وإن كان مجملاً لكنه يختص بالمرتهن؛ لأن انتفاع الراهن بالمرهون لكونه مالك رقبته لا لكونه مُنفقاً عليه بخلاف المرتهن.

وأما الدليل على اشتراط كون الانتفاع بقدر النفقة فيؤيده ما وقع عند حماد بن سلمة في جامعه بلفظ: ((إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا))، وما رواه سعيد بن منصور بلفظ: ((الدابة إذا كانت مرهونة تُركب بقدر علفها، وإذا كان لها لبن يُشرب منه بقدر علفها)).

وأما المعقول: فقد ذكره ابن قدامة فقال: ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقه مع نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه، واستيفاء ذلك من منفعه، فجاز ذلك، كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة في الإنفاق عليها والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليها وولايته، وهذا فيمن أنفق محتسباً الرجوع، فأما ما أنفق متبرعاً بغير نيّة الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة.

اعترض جمهور الفقهاء على استدلال الحنابلة من السنة بعدة اعتراضات منها:

الاعتراض الأول: القول بأن الانتفاع يكون نظير النفقة، وهذا يدل على أن المراد به في حديث المرتهن وليس الراهن؛ لأن الراهن لم ينتفع نظير النفقة، بل بسبب الملكية هذا التوجيه غير صحيح، بل المراد الراهن، وأن انتفاعه بملكه ليس بسبب الملكية فقط، بل وللإتفاق على المملوك أيضاً؛ لأنه لو لم ينفق على ملكه لما حصل له الانتفاع، إذ يجف الضرع ويعجز عن الحمل، وكلما زادت النفقة على المركوب والمحلوب كلما كان الانتفاع بهما أكثر.

الاعتراض الثاني: الرواية التي جاءت بلفظ: ((إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب نفقته)) هذا الرواية من إسماعيل عن هشيم وهي ضعيفة، فالزيادة التي وردت فيها لا تقبل، وقد قال البيهقي: ما رواه إسماعيل عن هشيم ليس بمحفوظ، وقال ابن حزم: إن رواية إسماعيل فيها لفظٌ مختلفٌ غير مفهوم أصلاً، وهو قوله: "ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب نفقتها وتركب"، قال ابن حزم حاشاً أن يكون هذا من كلام الرسول ﷺ المأمور بالبيان لنا، والتخليط فيها من قبل إسماعيل لا من قبل هشيم، وعليه فلا يصح الاستدلال برواية إسماعيل على أن المراد المرتهن.

الاعتراض الثالث: قال ابن عبد البر: هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يردّه أصولٌ مجمعٌ عليها، وآثار ثابتة لا يُختلف في صحتها، ويدل على نسخه حديث ابن عمر: ((لا تحلب ماشية امرئٍ بغير إذنه))، وقد أجاب الشوكاني على هذا فقال: إن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول غير مسلمة؛ لأننا نقول: إن السنة الصحيحة من جملة الأصول، فلا ترد إلا بمعارض أرحح منها بعد تعذر الجمع، وعن حديث ابن عمر نقول: إنه عام وحديثنا خاص، فبينى العام

على الخاص ، وأما النسخ فإنه لا يثبت إلا بدليل يقتضي ، أو يقضي بتأخير النسخ ، ولا يثبت بمجرد الاحتمال ، والتاريخ في هذا متعذر ، والجمع بين الأحاديث ممكن ، وذلك بحمل العام على الخاص هنا .

الاعتراض الرابع : حكى الشوكاني عن جمهور الفقهاء أن الحديث ورد على خلاف القياس ، وذلك من وجهين :

الوجه الأول : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه ، وهذا مخالفٌ لأصول الشرعية الثابتة في الكتاب والسنة مثل : قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] ومثل : قوله ﷺ : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)) .

الوجه الثاني : أنه جعل ضمانه بالنفقة لا بالقيمة ، وقد أُجيب عن هذين الاعتراضين بجوابين مختلفين : الأول للصنعاني ، والثاني لابن القيم .

جواب الصنعاني : قال الصنعاني : ليست الأحكام الشرعية مضطردة على نسقٍ واحدٍ ، بل الأدلة تفرق بينها في الأحكام ، والشارع حكم هنا بركوب المرهون وشرب لبنه ، وقد حكم الشرع ببيع الحاكم عن الممتلك بغير إذنه ، وجعل صاع التمر عوضاً عن اللبن وغير ذلك .

جواب ابن القيم : قال العلامة ابن القيم : والصواب ما دل عليه الحديث ، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه ، فإن المرهون إذا كان حيواناً فهو محترمٌ في نفسه لحق الله ﷻ وللمالك حق الملك وللمرتهن حق الوثيقة ، وقد شرع الله الرهن مقبوضاً بيد المرتهن ، فإذا كان بيده فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلاً ،

وإن مكن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه، وإذا كلف صاحبه كل وقتٍ أن يأتي ليأخذ لَبْنَهُ شُقَّ عليه غاية المشقة ولا سيما مع بعد المسافة لو كانت المسافة بعيدة، وإن كلف المرتهن بيع اللبن وحفظ ثمنه شُقَّ عليه، فكان مقتضى العضل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن ومصلحة الحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ويعوض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمعٌ بين المصلحتين وتوفيرٌ للحق، فإن نفقة الحيوان واجبةٌ على صاحبه، والمرتهن إذا انفق عليه أدى عنه واجباً له فيه حق، فله أن يرجع ببذله ومنفعة الركوب والحلب تصلح أن تكون بدلاً، فأخذها خير من أن تُهدر على صاحبها باطلاً ويلزم بعوض ما أنفق، وإن قيل للمرتهن: لا رجوع لك كان فيه ضرر عليه ولم تسمع نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشريعة هو الغاية التي ما فوقها غاية من العدل، والحكمة، والمصلحة شيءٌ يختار.

أدلة أصحاب المذهب الثالث: استدلل أصحاب المذهب الثالث وهم: الأوزاعي، والليث بن سعد، وأبو ثور على جواز انتفاع المرتهن بالرهون بغير إذن الراهن في حالة امتناع الراهن عن الإنفاق عليه، بشرط أن يكون الانتفاع بقدر النفقة بالسنة المطهرة، وهي قوله ﷺ: ((الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة))، ووجه الدلالة من هذا الحديث عند أصحاب هذا المذهب أنه مقيدٌ بما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون؛ فيباح حينئذٍ للمرتهن الإنفاق على الحيوان حفظاً لحياته ولإبقاء المال فيه، وجعل له في مقابلة نفقته الانتفاع بالركوب أو بشرب اللبن بشرط أن لا يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه، وهذه المسألة من مسائل الظفر، ومعنى هذا أن من ظفر بحقه يجب أن لا يزيد عليه.

أما حديث: ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه)) فحملوه على ما إذا كان الراهن بالإنفاق على المرهون، وبذلك يكون قد جمع بين الحديثين: حديث ((الرهن يركب)) يُحمل على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق عن المرهون، وحديث ((لا يغلق الرهن)) يُحمل على ما إذا قام الراهن بالإنفاق على المرهون ولم يُمتنع، ويستدلّ لهم على اشتراط كون الانتفاع بقدر النفقة بما استدللّ به الحنابلة من حديثي حماد بن سلمة وسعيد بن منصور الأول بلفظ: ((إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا))، والثاني بلفظ: ((الدابة إذا كان مرهونة تُركب بقدر علفها، وإذا كان لها لبن يُشرب منه بقدر علفها)).

أدلة أصحاب المذهب الرابع: استدللّ الظاهرية على جواز الانتفاع بالمرهون بغير إذن الراهن إذا امتنع الراهن عن الإنفاق، ويكون الانتفاع في مقابل النفقة لا يُحاسب به من دينه شيء كثر ذلك، أم قلّ بالقرآن والسنة.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله ﷻ نهى فيها عباده عن أكل أموال الناس بالباطل، وإذا انتفع المرتهن بالمرهون نظير إنفاقه عليه مع امتناع الراهن عن الإنفاق على مرهونة، فإن ذلك لا يكون أكلاً لأموال الناس بالباطل حسبما فسّر العلماء كلمة الباطل في الآية.

يقول القرطبي: قوله تعالى: ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ بغير حق، وقوله تعالى: ﴿تِجَارَةً﴾ التجارة المعاوضة.

ويقول الرازي: روي عن ابن عباس والحسن } أن الباطل هو كل ما يؤخذ من الإنسان بغير عوض، وعلى هذا فيكون انتفاع المرتهن بالمرهون نظير إنفاقه عليه ليس من هذا القبيل.

وأما السنة: فقوله ﷺ: ((لا يحلّ مال امرئ مسلمٍ إلا بطيب نفسه))، ووجه الدلالة من الحديث أن الحديث أفاد أن مال المسلم لا يحلّ إلا إذا كان بطيب نفسه، وغير ذلك يكون غصباً، وانتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن هنا كان سببه امتناع الراهن عن الإنفاق على مرهونة، فينفق عليه المرتهن حتى لا ينفق الحيوان، أو تهدم الدار، ومن ثمّ فإن من حقه الانتفاع نظير النفقة، وبذلك فإنه لا يكون متعدياً ولا غاصباً.

الرأي الراجح: والذي يترجّح عندي هو عدم انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً، إلا في حالة واحدة هي إذا امتنع الراهن من الإنفاق على مرهونة، فإنه في هذه الحالة فقط ينفق المرتهن على المرهون وينتفع به، ويكون الانتفاع على قدر النفقة لا يزيد عليها، وإلا كان محرماً؛ لأن هذا هو الذي يتمشى مع العقل والمنطق، وفوق هذا كله فإنه ينطبق على قواعد الشرع الحكيم.

وبذلك نكون قد جمعنا بين الأدلة، فحديث: ((لا يغلق الرهن)) يحمل على ما لو أنفق الراهن على رهنه فهو أحقّ به: ((له غنمه وعليه غرمه)) كما نطق بذلك الحديث، وحديث: ((الظهير يُركب)) يُحمل على حالة امتناع الراهن عن الإنفاق، فلو امتنع المرتهن أيضاً لنفق الحيوان وضاع عليه حقه، وربما نُسب إليه إهمال، أو تقصير في حفظه حتى كان هلاكه، فيكون ضمانه عليه، فحتى لا يضيع على المرتهن حقه فإنه يقوم بالإنفاق عليه ويتنفع به، بل وتقييد المنفعة بأن تكون على قدر النفقة لا تزيد عنها، وهذا أيضاً ينطبق مع أصول الشرع وقواعده؛ لأن المرتهن لو أخذ منفعة أكثر مما أنفقه على الحيوان فبأي حقّ يأخذ هذه الزيادة.

إن هذا يصطدم مع قول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، ومع قوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه))، ويصطدم أيضاً مع الأثر المروي عن سعيد بن منصور: "الدابة إذا كان مرهونة تُركب بقدر علفها، وإذا كان لها لبن يشرب منها بقدر علفها"، ويصطدم أيضاً مع الأثر المروي عن حماد بن سلمة: "إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا"، وهذا النص، والذي قبله صريحان فيما نقول به، وأيضاً لو كانت المنفعة أكثر من الإنفاق كان قرضاً جرّ منفعة، وكلّ قرضٍ جرّ منفعة فهو ربا؛ حيث نهى النبي ﷺ في ذلك، فلهذا كله أرى الأخذ بهذا القول وأرجحه.

تابع أحكام الرهن، والتفليس: (تعريف "المفلس"، وحكم امتناعه عن أداء الدين، وشروط الحبس)

عناصر الدرس

- العنصر الأول : النفقة على المرهون ٣٧١
- العنصر الثاني : قضاء الراهن بعض الدين، واختلاف الراهن والمرتهن ٣٧٧
- العنصر الثالث : مبطلات عقد الرهن ٣٨٤
- العنصر الرابع : التعريف بالمفلس، وحكم امتناع المفلس عن أداء الدين وشروط الحبس ٣٩٠

النفقة على المرهون

الحديث الآن عن النفقة التي تُنفق على المرهون خلال مدة بقائه عند المرتهن إذا كان ممّا يحتاج إلى نفقة، هل هي على الراهن أم هي على المرتهن؟
للفقهاء كلامٌ في هذا، حيث أجمل بعضهم وفصل البعض الآخر.

أولاً: مذهب الحنفية:

قسم الحنفية النفقة على المرهون إلى قسمين:

القسم الأول: نفقة لمصلحة الرهن نفسه وإبقاء له، وهذه تكون الراهن؛ لأن هذه النفقة من حقوق الملك والملك للراهن، فليزِم هو بالنفقة في بحكم الملكية.

القسم الثاني: ما كان من حفظ الرهن وصيانته، وهذه النفقة تكون على المرتهن؛ لأن هذه النفقة من حقوق اليد واليد للمرتهن، فتكون هذه النفقة عليه؛ لأن الحبس له، وعلى هذا فإن أُجرة البيت الذي يُحفظ فيه الرهن وأجرة الحافظ له تكون على المرتهن ونفقة الرهن على الراهن سواء أكان في قيمة الرهن فضلٌ أو لم يكن؛ لأن العين باقية على ملكه، وأيضاً فإن منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه، وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه؛ لأنه علف الحيوان، وسقي البستان، وكري النهر، وتلقيح نخيله، والقيام بمصالحه.

ومّا هو على الراهن ويُعتبر من مؤنة الملك مداواة الجروح، ومعالجة الأمراض، وثن الدواء، وأجرة الطبيب كل ذلك على الراهن؛ لأن ذلك من مصلحة

المرهون وإبقائه، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه، فهو على المرتهن مثل أجره الحافظ؛ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه، فيكون بدله عليه.

الحكم فيما لو امتنع الراهن عن الإنفاق على المرهون:

لو امتنع الراهن عن الإنفاق فيما يجب عليه، فإن القاضي يأمر المرتهن بالإنفاق، وبعد قضاء الدين يكون من حق المرتهن أن يجبس الرهن حتى يستوفي النفقة من الراهن، وإن هلك الرهن عند المرتهن في هذه المدة فلا شيء على الراهن، أي: ضاعت النفقة على المرتهن، وهذا عند زفر.

أما عند أبي يوسف فإن النفقة تظل ديناً على الراهن، وكل ما وجب على الراهن من نفقة فأداه المرتهن بغير إذنه، أو وجب على المرتهن فأداه الراهن بغير إذنه فهو تطوع من المنفق؛ لأنه قضى دين غيره بغير إذنه، وهذا إذا لم يكن بأمر القاضي، فإن كان بأمر القاضي فللمنفق الرجوع على صاحبه؛ لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والضياع.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : أن الراهن إن كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه، وإن كان حاضراً لم يرجع عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في الحالين حاضراً كان الراهن أم غائباً، بناء على أن القاضي لا يلي على الحاضر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: أن القاضي يلي على الحاضر.

ثانياً: مذهب المالكية:

نرى المالكية يجعلون نفقة المرهون على الراهن ولا يلزمون المرتهن بشيء من النفقة حتى ولو أنفق على الرهن بغير إذن الراهن.

ويقسم المالكية المرهون إلى قسمين:

القسم الأول: ما لا يخاف عليه من الهلاك.

القسم الثاني: ما يخاف عليه من الهلاك.

القسم الأول: ما لا يخاف عليه من الهلاك:

إذا احتاج الرهن إلى نفقة فأنفقها عليه المرتهن فإنه يرجع بها على الراهن مطلقاً، وتكون في ذمته لا في عين الرهن، ومعنى الإطلاق أنه يعود بالنفقة على الراهن على كل حال سواء أكان المرهون حيواناً أم عقاراً، وسواء أكانت النفقة بإذن الراهن أم بغير إذنه؛ لأنه في حالة إنفاقه على الرهن بغير إذن الراهن يكون قد قام بواجب عن الراهن، فله أن يرجع بالنفقة عليه، وسواء أكان الراهن حاضراً أم غائباً موسراً أم معسراً، ولو زادت النفقة على قيمة الرهن؛ وذلك لأن نفقة الرهن ومؤنته على الراهن؛ لأنه مالك له وله غلته، ولأن من له الغلة عليه النفقة، والنفقة على الرهن كالسلف؛ ولذلك فإنه في حالة غياب الراهن، فإن المرتهن يرفع الأمر إلى القاضي ليحكم له بأخذ النفقة من الراهن كما يحكم للدائن بأخذ دينه من المدين.

القسم الثاني: ما لا يخاف عليه من الهلاك:

لو كان المرهون نخلاً أو زرعاً يخاف عليه من الهلاك بانهدام بثره أو عدم سقيه ورعايته، فإن أذن الراهن في الإنفاق أنفق المرتهن وأتبع الراهن بالنفقة في ذمته؛

لأنه قام عنه بواجب كما في الحالة السابقة، فإن أبى الراهن الإنفاقَ فأنفق المرتهن فإن نفقته لن تضيع عليه كذلك، بل يرجع بها أيضاً كذلك، لكن رجوعه بنفقته هنا لا يكون في ذمة الراهن كما في حالة عدم الخوف من الهلاك في القسم الأول، ولا في حالة الإذن في الإنفاق كما في هذا القسم، بل تكون النفقة هنا من ثمن النخل أو الزرع يستوفيهما قبل دينه، وذلك لأنه إذا لم ينفق على ما يخاف عليه من الهلاك بعدم الإنفاق لهلك ولحقه الضرر، ولا تعتبر نفقة المرتهن سلفاً جراً نفقاً لقوة حقوق الضرر هنا، ثم يقول المالكية: إن ساوى الرهن النفقة أخذه المرتهن وإنقصه عن النفقة لم يتبع الراهن بالزوائد وضاعت عليه، فإن فضل شيء كان للراهن.

ثالثاً: مذهب الشافعية:

قال الشافعية: إن مؤنة الرهن التي يكون بها بقاؤه كعلف الدابة وأجرة السقي ونحو ذلك على الراهن المالك بالإجماع، وليس على المرتهن شيء من ذلك إلا ما حكي عن الحسن البصري أن النفقة على المرتهن، أما لو امتنع الراهن عن الإنفاق فإن الشافعية لهم روايتان في ذلك:

الرواية الأولى: أن الراهن يُجبر على الإنفاق لحق المرتهن حفظاً للوثيقة، أي: حتى لا يضيع على المرتهن حقه، وهذه الرواية على الصحيح في المذهب.

الرواية الثانية: أنه لا يُجبر عند الامتناع، ولكن يبيع القاضي جزءاً من الرهن في النفقة، ويكون هذا الجزء الذي يُباع بحسب الحالة.

لكن ما الحكم لو استغرقت المؤنة والنفقة الرهن كله قبل حلول الأجل؟

الحكم أن الرهن يُباع ويُجعل ثمنه رهناً، واستدل الشافعية على كون نفقة المرهون على الراهن بما رُوي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة)) قال الشافعية: والذي يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن تكون النفقة عليه؛ ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه.

غيبية الراهن، أو إعساره:

ما الحكم إذا غاب الراهن أو أعسر بالنفقة؟

على الرواية الثانية عند الشافعية يبيع القاضي جزءاً من الرهن في النفقة - كما بينا - لكن ماذا يكون على الرواية الأولى وهي على الصحيح في المذهب، وهي القائلة بإجبار الراهن على النفقة، لكن كيف يُجبر الراهن وهو غائب؟ وكيف يجبر وهو معسر؟

قال الشافعية: هذه المسألة حكمها حكم هرب الجمال، ومسألة هرب الجمال جاءت في باب الإجارة وهي كالاتي:

لو أكرى رجلُ جماله وهرب وتركها عند المكتري، فإن المكتري - أي: المستأجر - يرجع إلى القاضي لينفق عليها من مال صاحبها الجمال، فإن لم يجد القاضي للجمال مالاً ولم يكن في الجمال فضلٌ اقترض القاضي على حساب الجمال سواء اقترض من أجنبي أم من بيت المال أو من المكتري نفسه، وإن وثق القاضي في المكتري دفع إليه ما اقترضه لينفق منه، وإن لم يثق القاضي في المكتري جعل القرض عند ثقة ليقوموا بالإنفاق، وإن لم يجد القاضي مالاً يقترضه فله أن يبيع منها بقدر النفقة عليها وعلى متعهدها، فالحكم هنا في الرهن كذلك، إذا

غاب الراهن أو كان حاضراً وأعسر بالنفقة، فما قيل في هرب الجمال يقال هنا في غيبة الراهن أو الإعسار.

رابعاً: مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية، لكنه يختلف عنه في بعض الأمور، فعند الحنابلة أن مؤنة الرهن من مسكن وحافظٍ وأجرة مخزنه إذا كان مخزوناً، وأجرة سقيه وتلقيحه وجذاذه ورعي الماشية المرهونة، وأجرة مداواة المرض أو الجرح، كل ذلك على الراهن وليس على المرتهن منه شيء، واستدل الحنابلة على ذلك بما روى سعيد بن المسيب < أن النبي ﷺ قال: ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غُثمه وعليه غُرمه)) ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أن الراهن مالكٌ للرهن له منه جميع مغامته، فكانت عليه جميع مغارمه ومن ذلك النفقة والمؤنة بكل ما يحتاج عليه.

امتناع الراهن عن الإنفاق:

إذا امتنع الراهن من بذل ما وجب عليه مما تقدم أجبره الحاكم عليه، فإن لم يُنفذ أمر الحاكم أخذ الحاكم من ماله وأنفق على الرهن، فإن تعذر أخذ مالاً من الراهن لغيبه ونحوها أو لم يكن له مال يبيع من الرهن بقدر الحاجة؛ لأن: "حفظ البعض أولى من إضاعة الكل"، وفي حالة الخوف من استغراق البيع للرهن في الإنفاق عليه ونحو ذلك يبيع الرهن كله وجعل ثمنه رهناً مكانه؛ لأن ذلك أحوط وأنفع للراهن والمرتهن، وفي حالة ما لو أنفق المرتهن على الراهن ليرجع بالنفقة على الراهن، كان له ذلك إذا استأذنه في الإنفاق أو استأذن الحاكم في ذلك، فإن لم يستأذن الراهن ولا الحاكم كان متبرعاً بها إلا إذا تعذر استئذان الراهن لغيبته

أو الحاكم لبعده مسافته وأنفق بنية الرجوع، فإنه يرجع عليه بالأقل مما أنفق، وكذا لو أشهد على أنه أنفق ليرجع على الراهن بالنفقة فله ذلك أيضاً.

الرأي الراجح:

والذي نرى ترجيحه هو مذهب الحنابلة والصحيح من مذهب الحنفية، وهو أن جميع نفقة المرهون على الراهن وليس على المرتهن من ذلك شيء، وذلك لقوله ﷺ: ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غُرمه)) وفي حالة امتناع الراهن عن الإنفاق يجبره الحاكم وإلا أخذ من ماله إن كان له مال أو باع جزءاً من الرهن لينفق عليه منه، وفي حالة إنفاق المرتهن فإنه يرجع بالنفقة على الراهن إذا استأذنه أو استأذن الحاكم، فإن لم يستأذنه مع تيسير ذلك عليه كان متبرعاً بالنفقة ولا يحق له الرجوع إلا إذا كان عدم الاستئذان بعذر كغيبية الراهن، أو بعد المسافة بين المرتهن والحاكم والرهن في حاجة إلى النفقة، ففي هذه الحالة فقط يحق له الرجوع لهذه الضرورة.

قضاء الراهن بعض الدين، واختلاف الراهن والمرتهن

١. قضاء الراهن بعض الدين:

بيننا من قبل أن المرهون وثيقة في يد المرتهن ضمناً لحقه عند الأجل يبيعه واستيفاء دينه من ثمنه إذا لم يدفع الراهن، فإذا دفع الراهن ما عليه من دين كان على المرتهن أن يرد المرهون إليه، لكن ما الحكم لو دفع الراهن للمرتهن بعض ما عليه من الدين هل من حقه أن يأخذ المرهون من المرتهن أم لا؟

اتفق الفقهاء على أن الراهن إذا دفع للمرتهن بعض الدين فليس من حقه أن يطالب بالرهون؛ لأن المرهون لا ينفك بقضاء بعض الدين، وإنما ينفك بقضاء جميع الدين، هذا قدر متفق عليه بين جمهور الفقهاء على تفصيل في ذلك نسط القول فيه بعض الشيء، حيث اتفق الأئمة الأربعة في بعض الأمور في هذه المسألة واختلفوا في بعضها الآخر.

ف عند الحنفية من رهن شيئين بألف عند شخص واحد، ثم قضى حصة أحد هذين الشيئين دون الآخر لم يكن من حقه أن يقبض هذا الشيء الذي قضى حصته حتى يؤدي بقية الدين، وحصة كل واحد من هذين الشيئين ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، وتعليل ذلك أن الرهن محبوس بكل الدين، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمل الراهن على قضاء الدين، وصار هذا كالمبيع في يد البائع من أن المشتري إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذ المبيع حتى يؤدي باقي الثمن، هذا سواء سمي لكل واحد من الشيئين المرهونين شيئاً من الألف الذي رهن به أو لم يسمه، فإن الرهن لا ينفك بقضاء أحد الشيئين دون الآخر، وقيل عند التسمية له: ينفك ويقبض الذي قضى دينه المسمى له، فلو سمي لكل منهما خمسمائة وقضى من الألف خمسمائة كان له قبض أحدهما، وجهة عدم الفك إلا بقضاء الجميع أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع، وجهة الفك للجزء الذي أدى ما سمي له أنه لا حاجة إلى الاتحاد؛ لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر، بدليل أن المرتهن لو قبل الرهن في أحدهما فقط جاز ذلك، هذا في رهن الشيئين عند شخص واحد، أما إذا كان المرهون شيئاً واحداً عند شخصين بدين لكل واحدٍ منهما عليه جاز ذلك، وجميع المرهون يكون رهناً عند كل واحدٍ منهما، وذلك لأن الرهن أضيف إلى جميع العين المرهونة في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه،

وموجهه صيرورته محتسباً بالدين ، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئة ، فصار محبوساً بكل الدين منها والمضمون على كل واحدٍ منهما حصته من الدين .

وعند الملكية إذا قضى الراهن بعض الدين أو سقط الدين عنه بهبة ونحوها ، فإنه لا يحق له أخذ الرهن بقضاء بعض الدين ، بل يظل جميع الرهن رهناً فيما بقي من الدين ، وسواء أكان الرهن متحداً كدار أم متعدداً كثياب ، فليس للراهن أخذ شيءٍ منه ؛ لأنه قد تحول عليه الأسواق ، وأما إن تعدد الراهن والمرتهن أو تعدد أحدهما فإنه يُقضى لمن وفى حصته من الدين بأخذ حصته من الرهن ، وتعدد الراهن مثل : رجلان رهناً معاً بيتاً لهما في دينٍ فقضى أحدهما حصته من الدين فله إذن أخذ حصته من البيت ، فإن تعدد المرتهن واتحد الراهن والرهن وقضى الراهن دين أحد المرتهنين ، كان له أخذ حصته من الرهن إذا كان الرهن مما ينقسم ، فإن كان مما لا ينقسم بقيت الحصة أمانة عند المرتهن الثاني .

وعند الشافعية لا ينفك شيء من الرهن حتى يبرأ الراهن من جميع الدين ، فلو برئ من بعض الدين لا ينفك الرهن مهما قل الدين الباقي كحق حبس المبيع ، وقد حكى ابن المنذر الإجماع في هذا ، وذلك لأن الرهن وثيقة محضة ؛ فلذلك كان وثيقة بالدين وبكل جزءٍ منه كالشهادة والضمان ، فلو شرط كلما قضى من الحق شيئاً انفك من الرهن بقدره فسد الرهن ؛ لاشتراط ما ينافيه كما قاله الماوردي ، ولو رهن رجلان عند رجلٍ شيئاً بينهما بدينٍ له عليهما فقضى أحدهما دينه وبرئ منه ، أو رهن رجلٌ واحداً عند رجلين شيئاً بدينٍ عليه لهما فقضى دين أحدهما وبرئ منه انفك نصف الشيء المرهون أو انفك قسطه ، وتعليل ذلك أن الصفقة إذا حصل في أحد شرطها عاقدان فهما عقدان ، أو بمعنى آخر تتعدد الصفقة بتعدد العقد ، فلا يقف الفكك في أحدهما على الفكك في الآخر كما لو فرق بين العقدين .

وعند الحنابلة لا ينفك الرهن كله ولا بعضه حتى يقضي الراهن الدين كله، ولا ينفك بعض الرهن بقضاء بعض الدين سواءً، أكان مما يقبل القسمة أو لا يقبلها، وذلك لتعلق حق الوثيقة لجميع الرهن، فيكون محبوساً بكل جزء منه.

٢. اختلاف الراهن والمرتهن:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في شيءٍ مما يتعلق بالرهن، فمن يكون قوله؟

قبل أن نبين الحكم في ذلك يجدر بنا أن نبين الأمور أو الأشياء التي يقع فيها الاختلاف عادة بين المتراهنين:

أولاً: قد يكون الاختلاف في أصل الرهن مثل: أن يقول شخصٌ لآخر: أنت رهننتي بيتك؛ فينكر الآخر الرهن ويقول له: لم أرهن لك شيئاً.

ثانياً: قد يكون الاختلاف في قدر الرهن مثل: أن يقول له: رهننتي الأرض بأشجارها؛ فيقول له: بل رهننتك الأرض فقط.

ثالثاً: قد يكون الاختلاف في عين المرهون كأن يقول له: أنت رهننتي بيتك؛ فيقول له: بل رهننت لك سيارتي.

رابعاً: وقد يكون الاختلاف في قدر المرهون به الذي هو الدين الذي به الرهن مثل: أن يقول له: رهننت لك البيت على دينٍ قدره ألف؛ فيقول له: بل على ألفين سواء اتفقا على أن الدين ألفان أو اختلفا في ذلك.

خامساً: قد يكون الاختلاف في صفة المرهون به، مثل: أن يقول المرتهن: أنت رهننتي بالألف الحال أي: التي حل موعدها وقت الاختلاف؛ فيقول الراهن: بل بالألف المؤجلة - أي: التي لم يحل أجل سدادها - وقت

الاختلاف، وذلك في حالة ما لو يكون على الراهن دين ألفان؛ ألف منها حل موعده سدادها قبل الأخرى؛ لأنه استدانها منه قبلها، فيكون الاختلاف بين التأجيل والتعجيل، وكذلك لو قال الراهن: رهنتك ببعض الدين كنصفه أو ربه؛ فيقول المرتهن: بل رهنتيه بكل الدين.

سادساً: قد يكون الاختلاف في جنس المرهون به، مثل: أن يقول له: رهنته بالجنيه المصري، ويقول الآخر: بل رهنتني بالريال السعودي.

سابعاً: قد يكون الاختلاف في رد المرهون بأن يقول المرتهن للراهن: رددت الرهن إليك؛ فينكر الراهن الرد.

هذه هي الأمور التي يمكن أو يتصور وقوع الاختلاف فيها بين الراهن والمرتهن عادة، وهنا يقول الشافعية والحنابلة: يُصدّق من عليه الدين وهو الراهن - أي: المالك - في كل هذا والقول قوله مع يمينه ما دام لم تكن هناك بينة حتى ولو كان المرهون بيد المرتهن؛ لأن الأصل عدم الرهن وعدم ما يدعيه المرتهن إذا كان رهن تبرع، أي: ليس مشروطاً في بيع، فإن كان مشروطاً في بيع تحالفاً كما لو اختلفا في سائر كفيات البيع، فإن اتفقا على اشتراط الرهن في البيع واختلفا في الوفاء كأن قال المرتهن: رهنت مني المشروط، وهو كذا، فأنكر الراهن، فلا تحالف حينئذٍ؛ لأنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو موقع التحالف، بل يُصدّق الراهن بيمينه، وللمرتهن الفسخ إن لم يُرهن.

واستدل الشافعية على أن القول قول الراهن بيمينه بالسنة النبوية الشريفة، حيث يقول الرسول ﷺ فيما رواه البيهقي من حديث ابن عباس بسندٍ صحيح: ((البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)) وهنا الراهن مُنكر والمرتهن مدعي ولا بينة معه، فعملاً بهذا الحديث يكون القول قول الراهن؛ لأنه هو المنكر بيمينه.

وعند الحنفية فإنهم يوافقون الشافعية والحنابلة من أن القول قول الراهن يمينه عند الاختلاف في قدر المرهون به ألا وهو الدين قالوا في ذلك - الحنفية - : لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو يُنكر ؛ لذلك كان القول قوله ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن ؛ لأنها تُثبت زيادة الضمان ، ولو قال الراهن : رهنته بجميع الرهن الذي لك عليّ وهو ألف والرهن يساوي ألفاً ، وقال المرتهن : ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم ، فقد روي عن الإمام أبي حنيفة : أن القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان ؛ لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به ، فأشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن ، والحكم هناك اختلاف البائع والمشتري يتحالفان ويترادان كذا هنا اختلاف الراهن والمرتهن ، وإن اتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة المرهون فالقول قول المرتهن ؛ لأن الراهن يدعي عليه زيادة الضمان وهو يُنكر ؛ ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان ، فكذا هنا ، ولو أقام البينة فالبينة بينة الراهن ؛ لأنها تُثبت زيادة الضمان ، ولو اختلفا في قدر الرهن بأن قال المرتهن : رهنتني هذين الثوبين بألف ، وقال الراهن : بل رهنت أحدهما بألف يحلف كلُّ منهما على دعوى صاحبه ؛ لأنهما اختلفا في قدر المعقود عليه وأنه يوجب التحالف كما في باب البيع ، ولو أقام البينة فالبينة بينة المرتهن ؛ لأنها تُثبت زيادة ضمان.

رأي المالكية عند اختلاف وتنازع الراهن مع المرتهن :

إذا حصل تنازع بين الراهن والمرتهن في أصل الرهن ، فيرى المالكية : أن القول لمدعي نفي الرهن ، فمثلاً : إذا قال الراهن : هذا الثوب عندك وديعة أو عارية ، وقال المرتهن : بل هو عندي رهن أو العكس ، بأن قال المرتهن : هو عندي وديعة أو عارية ، وقال الراهن : بل هو عندك رهن ، فهنا يكون القول قول من يدعي نفي الرهنية ، سواء أكان الراهن أم المرتهن ، ويكون ذلك باليمين ؛ لأن مدعي

الرهنية أثبت للثوب وصفاً زائداً هو الرهنية فعليه البينة، والنافي لذلك متمسك بالأصل وهو عدم الرهنية، فكان القول قوله بيمينه.

وسواء أكان الرهن واحداً أم متعدداً فالحكم واحد، وإن اختلفا في قدر الدين بأن قال الراهن: الدين مائة، وقال المرتهن: الدين مائتان، فمن كان له شاهد على دعواه حلف مع شاهده، وكان القول قوله، فإن لم يكن له شاهد فإن كانت قيمة الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق المرتهن مع يمينه، وإن كانت قيمته مثل دعوى الراهن صدق مع يمينه، فإذا زادت دعوى المرتهن على قيمة الرهن ووافقت قيمته دعوى الراهن فإنه يحلف وحده، ويأخذ رهنه، ويغرم ما أقر به للمرتهن، فإن نكل حلف المرتهن، وأخذ ما ادعاه، فإن نكل عمل بقول الراهن، فإن نقصت دعوى الراهن عن قيمة الرهن مع زيادة دعوى المرتهن عليها بأن قال المرتهن: هو عندي رهن على عشرين مثلاً، وقال الراهن: بل على عشرة فقط، وقيمة الرهن تساوي خمسة عشر، فإنهما يتحالفان، ويبدأ بالمرتهن؛ لأن الرهن كالشاهد إلى قيمته، ويأخذ المرتهن الرهن إن لم يفتك بالراهن بقيمته يوم الحكم، وهو الخمسة عشر، وهذا عند الإمام مالك، وليس بما حلف عليه المرتهن، إذ الغرض أن دعوى المرتهن تزيد على قيمته وإن اختلفا في الدين أو في صفة الرهن، فالقول قول المرتهن ولو ادعى شيئاً يسيراً؛ لأنه غارم الترجيح.

والذي أرى ترجيحه هو مذهب الشافعية والحنابلة، وهو أنه عند وجود بينة مع أحدهما عمل بها؛ لأنه يتعين الأخذ بها لقوله ﷺ: ((البينة على المدعي)).

فالمدعي إذا أقام بينة كان القول قوله لبينته، وعند عدم البينة يكون القول قول الراهن بيمينه؛ لأن الأصل عدم الرهن وعدم ما يدعيه المرتهن، فلما لم تكن معه بينة كان القول للراهن مع يمينه لقوله ﷺ: ((واليمين على من أنكر)).

مبطلات عقد الرهن

نتحدث عن مبطلات عقد الرهن ؛ لأنها من الأهمية بمكان :

مبطلات عقد الرهن هي مفسداته ، وهذا عند المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة ، فالباطل عندهم هو الفاسد ، والفاسد هو الباطل ولا فرق ، خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين الباطل والفاسد ، فكل منهما مغاير للآخر عندهم .
وستكلم - بمشيئة الله - عن هذا بشيء من التفصيل عند الكلام عن مذهبهم .

ومن ثم فإن الكلام عن مبطلات عقد الرهن يكون في مذهبين :

الأول : للجمهور .

الثاني : للحنفية .

المذهب الأول : للجمهور ، وهم المالكية والشافعية والحنابلة :

يرى الجمهور أن عقد الرهن يبطل ويفسد بواحد من الأمور الآتية :

أولاً : إذا اقترن العقد بشرط مناف لمقتضى العقد وطبيعته وحكمه ، مثال ذلك : أن يشترط الراهن ألا يقبض المرتهن المرهون أو يشترط الراهن ألا يباع المرهون عند الأجل في الحق الذي رهن فيه أو يشترط الراهن أجلاً معيناً ، وبعده لا يكون رهناً ، أو يشترط المرتهن أن يكون المرهون مبيعاً له عند الأجل... وهكذا ، والبطلان والفساد هنا إنما هو للرهن ، بمعنى الارتهان ، لا بمعنى الذات المرهونة ، إذ لا معنى لبطلان الذات .

هذا ويختلف الحنابلة مع المالكية والشافعية في هذا الحكم، فالمالكية والشافعية يقولون ببطلان الرهن بالشرط الفاسد.

ويرى الحنابلة صحة الرهن وبطلان الشرط، فالرهن عندهم لا يبطل بالشروط الفاسدة، وهذا على أحد قولين في المذهب الحنبلي، وأصل هذا كما قال ابن قدامة: أن المرتهن إذا شرط في الرهن أنه متى حل الأجل، ولم يوف الرهن الحق، فالرهن له والدين، أو فهو مبيع له بالدين الذي على الراهن، فهو شرط فاسد.

روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي والثوري، واستدل الحنابلة على ذلك بالسنة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غُرمه))

قال الأثرم من فقهاء الحنابلة: قلت لأحمد: ما معنى قوله: ((لا يغلق الرهن؟)) قال: لا يدفع رهن إلى رجل ويقول: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وكذا، وإلا فالرهن لك، قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: لا يغلق الرهن عند مالك والثوري وأحمد.

وفي هذا يروى: أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل، فقال الذي ارتهن: منزلي، فقال النبي ﷺ: ((لا يغلق الرهن)) ولأنه علق البيع على شرط فإن جعله مبيعاً بشرط ألا يوفيه حقه عند الأجل والبيع المعلق بشرط لا يصح، وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن، وهذا قول في المذهب، ويتخرج: ألا يفسد بناءً على الأصل في سائر الشروط الفاسدة من أنها تفسد، ولا يفسد العقد وهو ظاهر قول أبي الخطاب.

واحتج بقوله ﷺ في الحديث: ((لا يخلق الرهن)) فقد نفى ﷺ خلقه دون أصله فسماه رهناً، فيدل هذا على صحته، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط، فمع بطلانه أولى أن يرضى به.

ثم يقول ابن قدامة: ولنا أنه روي بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته، وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة.

ثانياً: اشتراط الرهن في البيع الفاسد، أي: أن البيع الفاسد إذا شرط فيه رهناً فدفعه المشتري؛ ظناً أنه يلزمه الوفاء به فإن الرهن يكون فاسداً ويستردده الراهن، وذلك مثل من ظن أن عليه ديناً فدفعه لصاحبه، ثم تبين أنه لا دين عليه، فإنه يسترده ممن أخذه وتعليل بطلان الرهن هنا أن الرهن مبني على البيع الفاسد والمبني على فاسد يكون فاسداً.

ثالثاً: لو كان الرهن في قرض مع دين قديم، بمعنى: أنه لو كان لشخص على آخر دين قديم برهن أو بغيره، سواء أكان الدين من بيع أو من قرض ثم دفع إليه قرضاً جديداً أو طلب منه رهناً في الدين القديم والجديد، فأعطاه الرهن فإنه يبطل بالنسبة إلى الدين القديم؛ لأنه يعتبر سلفاً جر نفعاً ويصح بالنسبة إلى الدين الجديد.

رابعاً: ويبطل الرهن بموت الراهن أو إفلاسه إذا لم يكن قد حازه المرتهن؛ وذلك لأن الرهن لا يتم إلا بالحوز، أي: حيازة المرتهن وقبضه له، وذلك لأن الرهن لم يخرج قبل الحوز عن ملك الرهن.

خامساً: إذن المرتهن للراهن في سكنى الدار المرهونة أو إجارة العين المرهونة، فهذا الإذن مبطل لحق المرتهن في الحوز، ويسير دينه بلا رهن، حتى ولو لم

يسكن الراهن أو يؤجر، وكذا لو أذن له في هبة المرهون فوهبه الراهن - قبضه للموهوب له - بطل الراهن ؛ لأن هذا تصرف يتنافى مع مقتضى الوثيقة.

سادساً: ويبطل الرهن إذا أعار المرتهن المرهون للراهن عارية مطلقة لم يقيدها بزمن ولا بعمل، وكذلك إذا أعاره لغير الراهن بإذنه عارية مطلقة غير مقيدة بزمان ولا بعمل كذلك ؛ وذلك لأنه لما أعار المرهون للراهن أو لغيره هذه العارية المطلقة يكون هذا دليلاً منه على إسقاط حقه في الرهن فيبطل، فلو قيدها بزمن أو عمل تنقضي فيه قبل الأجل أو كان العرف يقضي بذلك كانت مقيدة ولا يبطل الرهن إذاً.

سابعاً: إذا تلف المرهون بأفة سماوية أو بفعل شخص لا يضمن، بطل الرهن لفواته بلا بدل.

ثامناً: إذا فسخ المرتهن الرهن فقد بطل، ولو بدون الراهن ؛ لأن الحق له وهو جائز من جهته.

تاسعاً: إذا كان المرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خمراً فقد زال ملك الراهن عنه، وبطل الرهن ؛ لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه، فإذا تخللت الخمر بعد ذلك عاد الملك فيه، أي: إذا تحولت بنفسها إلى خل ؛ لأنه عاد مباحاً يجوز التصرف فيه، ويعود رهناً لعودة الملك إليه، حيث كان في السابق رهناً فعاد كما كان.

المذهب الثاني: مذهب الحنفية:

يفرق الحنفية بين الرهن الباطل والرهن الفاسد، بناءً على أصلهم من التفريق بين الفساد والبطلان، إذ إن كليهما مغاير للآخر عندهم.

وقبل أن نضرب الأمثلة لكل من الرهن الباطل والفساد، يجدر بنا أن نبين اصطلاحهم في كل من الفساد والبطلان.

فالباطل عند الحنفية: هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، كبيع الأجنة في بطون أمهاتها، فلا يجوز لشخص أن يشتري من آخر الجنين الذي في بطن البهيمة، أي: يدفع له ثمنه مؤجلاً على أن يأخذه بعد ولادته، فهذا البيع باطل لانعدام ركن من أركان العقد وهو المبيع أو المثمن وقت العقد؛ لأنه بيع فيه غرر، فربما ينزل الجنين ميتاً أو تموت الأم خلال الولادة أو قبلها، وربما تلد أكثر من واحد والعقد قد تم على واحد لا غير، وهكذا إلى آخر الأمور التي تؤدي إلى النزاع والمخاصمة بين البائع والمشتري بسبب الجهالة التي وقعت في العقد، وهي جهالة المبيع.

والفساد عند الحنفية: هو ما شرع بأصله دون وصفه، كصوم يوم النحر، فإن الصوم في حد ذاته مشروع، لكن يوم النحر يكون فاسداً، لما فيه من الإعراض بصومه عن ضيافة الله للناس بلحوم الأضاحي التي شرعها فيه، فهذا الصوم فاسد لهذه الصفة فقط، وهي كونه وقع في يوم النحر، ويؤمر الصائم بالفطر فيه ليتخلص من المعصية، لكن لو صامه يكون قد خرج من عهدة النذر؛ لأنه أدى الصوم كما التزمه.

بناءً على هذا: فالرهن الباطل عند الحنفية هو ما لا يكون منعداً أصلاً لانتفاء شرط الانعقاد فيه، وشرط الانعقاد في الرهن عند الحنفية هو كون المرهون مالاً، وكون المقابل له مضموناً، فعند انتفاء واحد منهما يكون الرهن باطلاً.

ومثاله عند الحنفية الرهن بالدرك، وقد بيناه، وهو أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالمثمن الذي أعطاه له؛ خوفاً من استحقاق المبيع، فهذا رهن باطل،

وبطلان الرهن هنا سببه حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب، ولو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلكه أمانة؛ لأن العقد غير موجود أصلاً لوقوعه باطلاً من أساسه.

ومن صور الرهن الباطل عند الحنفية أيضاً: الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها، مثل المبيع في يد البائع، فهو مضمون بالثمن، فعند هلاكه يذهب الثمن، فإذا اشترى عيناً ولم يقبضها، ثم أخذ بها رهناً من البائع، فالرهن باطل، وأما الرهن الفاسد فهو عندهم - أي: عند الحنفية - يكون منعقداً لكن بوصف الفساد، مثل الفاسد من البيوع، وذلك بأن يكون الرهن قد توفرت فيه شروط الانعقاد من كون المرهون مالاً، وكون المقابل به مضموناً، إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز، فإنه يكون منعقداً لكن بصفة الفساد، وفساده بسبب انعدام شرط من شروط الجواز.

ومثاله عند الحنفية رهن المشاع، وهو فاسد لا باطل، ولذلك إذا هلك بعد قبضه كان مقبوضاً، كما لا يجوز رهن ثمرة على رءوس النخل دون النخل، ولا زرع في الأرض دون الأرض، ولا يجوز رهن النخل والأرض دونها الزرع والثمرة، فهذا كله رهن فاسد عند الحنفية.

وقال الكاساني: يخرج المرهون عن كونه مرهوناً، ويبطل الرهن بالإقالة؛ لأنها فسخ العقد ونقضه، والشيء لا يبقى مع ما ينقضه، إلا أنه لا يبطله بنفس الإقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن المرهون على الراهن بعد الإقالة، حتى كان للمرتهن حبسه بعد الإقالة؛ لأن العقد لا ينعقد في الحكم بدون القبض، فلا يتم فسخه بدون فسخه، وفسخه يكون بالرد، وعلى هذا يخرج ما إذا رهن شيئاً يساوي ألفاً بألف، فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بشيء آخر.

وقال المرتهن: خذ هذا مكان الأول، ورد إليّ الأول، وهذا جائز؛ لأن إقالة العقد في الأول، وإنشاء العقد في الثاني، وهما يملكان ذلك، إلا أنه لا يخرج الأول عن ضمان الرهن إلا بالرد، أي: برده إلا الراهن حتى لو أنه هلك في يديه قبل الرد يهلك بالدين؛ لأن القبض يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدون، فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض، وكذا لا يدخل الثاني في الضمان إلا برّد الأول؛ لأن الراهن لم يرضَ برهن الاثنین على الجمع، وإنما رضي برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الأول.

ويخرج الرهن عن كونه رهناً، ويبطل بالإعارة والإجارة، بأن أجره الراهن لأجنبي بإذن المرتهن أو أجره المرتهن بإذن الراهن، أو استأجره المرتهن فيبطل في كل هذا.

ويخرج الرهن ويبطل أيضاً بالهبه أو بالصدقة إذا فعل ذلك الراهن أو المرتهن بإذن الآخر، ويخرج الرهن عن كونه رهناً ببيع المرهون، لكنه لا يبطل الرهن؛ لأنه زال إلى خلف، وهو الثمن فبقي العقد عليه، ويكون المرهون هو الثمن إذاً، وكذا في كل موضع خرج وخلف بدلاً.

التعريف بالفلس، وحكم امتناع المفلس عن أداء الدين وشروط الحبس

١. التعريف بالفلس:

المفلس في اللغة: هو من فقد ماله فأعسر بعد يسر، يقال: أفلس الرجل صار ذا فلوس، بعد أن كان ذا دراهم يفلس إفلاساً، صار مفلساً، كأنما صارت دراهمه فلوساً، وزيوفاً يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها: ليس معه "فلس" بفتح الفاء وسكون اللام، والفلس عملة يتعامل بها مضروبة من غير الذهب والفضة،

وكانت تقدر بسدس الدرهم ، وهي تساوي في العراق وغيره جزءاً من ألف من الدينار ، والجمع فلوس ، وفلسه الحاكم تفليناً : نادى عليه أنه أفلس .

والمفلس في اصطلاح الفقهاء : عرّف الفقهاء المفلس الذي يحجر عليه بالتعريفات الآتية :

الأول : عرفه الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - بقوله : الإفلاس في حال الحياة لا يتحقق ، فإن المال غاد ورائح .

الثاني : وعرفه الصحاحبان بأنه : من لم يعرف له مال وهو يقول : لا مال لي .

الثالث : وعرفه المالكية بقولهم : من أحاط الدين بماله ، والفلس هو عدم المال ، والتفليس هو خلع الرجل عن ماله للغرماء ، والإفلاس في الشرع يطلق على المعنيين : أحدهما : أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه ، والثاني : ألا يكون له مال معدوم أصلاً .

فالمفلس بالمعنى الأعم من قام عليه غرمائه ، وبالمعنى الأخص المحكوم عليه لخلع ماله لغرمائه .

الرابع : وعرفه الشافعية بأنه : من لا يفي ماله بدينه ، والإفلاس أو التفليس : جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف .

الخامس : وعرفه الحنابلة بأنه : من كان دينه أكثر من ماله ، فسمي مفلساً وإن كان ذا مال واستحق هذا المال الصرف في جهة دينه ، فكأنه معدوم ، أو أنه يمنع من التصرف في ماله إلا للشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس .

فهذا هو تعريف المفلس في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء .

٢. حكم امتناع المفلس عن أداء الدين وشروط الحبس :

إذا كان على الشخص دين فلا يخلو: إما أن يكون الدين مؤجلاً أو يكون الدين حالاً، فإذا كان الدين مؤجلاً لم تجز مطالبة المدين به قبل حلول الأجل؛ لأن الذي يسقط فائدة التأجيل، وإن كان الدين حالاً فإما أن يكون المدين معسراً وإما أن يكون موسراً، فإن كان معسراً فقد اتفق الفقهاء على أنه يمهل إلى وقت اليسار، وذلك لقول الله ﷻ: ﴿وَأِنْ كَانَ مَعْسَرًا فَذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] والعسرة: ضيق الحال من جهة انعدام المال، والنظرة: التأخير، والميسرة اليسر، فإذا علم الإنسان أن غريمه معسراً حرم عليه حبسه وأن يطالبه بما له عليه، فوجب الإنظار إلى وقت اليسار. وروي: أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال النبي ﷺ: ((تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)) والحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه.

وجه الدلالة من الحديث: أنه يحث على مواساة المحتاج ومن عليه دين، ويحث على الصدقة عليه، وأن المعسر لا تحل مطالبته ولا ملازمته ولا سجنه، بل إن البعض قد فهم من الحديث إسقاط ما بقي عليه الدين لعسره. وأجيب بأن معناه: ليس لكم الآن إلا هذا، ولا تحل لكم مطالبته ما دام معسراً. وإن كان موسراً تعلق به حكمان؛ أحدهما: الحبس. الثاني: الملازمة.

أولاً: الحبس:

اتفق الفقهاء على أن المدين بدين مستغرق لماله إذا امتنع عن سداد دينه أو بيع ماله بنفسه بقصد المماطلة، فللقاضي أن يجسه إذا طلب الدائن ذلك؛ لأن الدين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، ولا سبيل إليه إلا بالطلب.

أ. والأصل في مشروعية حبس المماطل الأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله ﷺ: ((لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)) ويستدل بالحديث على جواز حبس مَنْ عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء تأديباً له، وتشديداً عليه، لا إذا لم يكن قادراً، لقوله ﷺ: ((الواجد)) أي: الغني من الوجد أي: القدرة، واللّي: المطل، و((عرضه)) شكايته، و((عقوبته)) حبسه، فدل على أن المعسر لا يحبس بالدين.

الدليل الثاني: أن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه، وإيصالاً للحق إلى مستحقه.

الدليل الثالث: أن القاضي نُصّب لإيصال لحقوق إلى أصحابها، فإذا امتنع المطلوب عن الأذى، فعلى القاضي جبره عليه، ولا يجبره بالضرب، فتعين الحبس.

ب. سبب وجوب الحبس، وشروطه:

تبين مما سبق أن سبب وجوب حبس المدين هو امتناعه عن قضاء الدين بالمماطلة، أو للتعرف على حاله.

وأما شرائط وجوب الحبس فأنواع، بعضها يرجع إلى الدين، وبعضها يرجع إلى المدين، وبعضها يرجع إلى صاحب الدين.

أما ما يشترط في الدين فهو أن يكون حالاً، فلا يحبس في الدين المؤجل، وذلك لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين، ولم يوجد من المديون؛ لأن

صاحب الدين هو الذي آخر نفسه بالتأجيل ؛ لذا ليس له منعه من السفر قبل حلول الأجل.

ج. ما يشترط في المديون :

الشرط الأول: القدرة على قضاء الدين ، فإذا كان معسراً لا يحبس لما تقدم من قول الله تعالى: ﴿ فَنَظَرُهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ ولأنه إذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً ، لأن الحبس شرع للتوصل إلى قضاء الدين لا لعينه.

الشرط الثاني: المطل ، وهو تأخير قضاء الدين ؛ لقوله ﷺ في الحديث المتفق عليه: ((مطلُ الغني ظلم)) فيحبس دفعاً للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس ، وقد تقدم قوله ﷺ: ((لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته)) وما لم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام المطل والليّ منه.

الشرط الثالث: أن يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين ، فلا يحبس الوالدون وإن علوا بدين المولودين ، وإن سفلوا ، لقول الله تعالى: ﴿ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان: ١٥] وقوله تعالى: ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [النساء: ٣٦] وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان حبسهما بالدين ، أما الولد فيحبس بدين الوالد ؛ لأن المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الأقارب ، يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان ، ويستوي في الحبس الرجل والمرأة ؛ لأن الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة أو الأنوثة.

وأما ما يشترط في صاحب الدين ، فهو أن يطلب صاحب الدين من القاضي حبس المدين ، فإذا لم يطلب صاحب الدين من القاضي ذلك فلا يحبس المدين ؛ لأن الدين حقه ، والحبس وسيلة إلى حقه ، وحق المرء إنما يطلب بطلبه ، فلا بد من الطلب للحبس ، فإذا ثبت عند القاضي سبب وجوب الدين وشرايطه بالحجة

حبسه ، لتحقيق الظلم عنده وتأخير حقهم من غير ضرورة ، والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه .

د. اشتباه حال المدين على القاضي :

وإن اشتبه على القاضي حال المدين من حيث الإعسار واليسار ، ولم يقيم عنده حجة على أحدهما ، وطلب الدائن حبسه بالدين ، فما الحكم ؟
الحكم : أن القاضي يجبس المدين ؛ ليتعرف على حاله أنه معسر أو موسر ، فإن علم أنه موسر حبسه إلا أن يقضي الدين ؛ لأنه ظهر ظلمه بالتأخير ، وإن علم أنه فقير خلا سبيله ؛ لأنه ظهر أنه لا يستوجب الحبس فيطلقه .

هـ. حكم ادعاء الدائن يسار المدين :

إذا ادعى الدائن أن المدين موسر ، والمدين ينكر ذلك ، فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين بدل مال ، كالثمن والقرض ، أو التزمه كالمهر والكفالة ، وبدل الخلع ونحوه حبسه ؛ لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده ، والتزامه يدل على القدرة .

أما إذا كان الدين ضمان متلفات أو أرش جنایات أو نفقة الأقارب والزوجات ، فإن القاضي لا يحبسه إذا ادعى الإعسار ؛ لأنه الأصل ، وإن أقام المدعي البينة على يسار المدين حبسه القاضي ؛ لأنه ظالم بتأخير القضاء .

و. الإشهاد على الإعسار ، ووقته :

إذا شهد شاهدان بإعسار المدين خلا القاضي سبيله ؛ لأنه يستحق الإنظار إلى ميسرة ، أما وقت الإشهاد ، فالراجح عند جمهور الفقهاء أن بينة الإعسار تقبل

بعد الحبس لا قبله، والفرق أنه وجد بعد الحبس قرينة على إعساره، وهي تحمل الحبس، ولم يوجد ذلك قبل الحبس، وقيل: تقبل في الحالتين.

ز. مدة حبس المدين:

اختلف الفقهاء في مدة حبس المدين على النحو التالي:

يرى الحنفية: أنه إذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة، ولم ينكشف حاله في اليسار والإعسار خلا سبيله؛ لأن هذا الحبس كان لاستبراء حاله وإبداء عذره، والثلاثة أشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وإبداء العذر فيطلقه.

وفي رواية عن أبي حنيفة: أنه يجسه حتى يؤدي أو يموت في السجن، وقد اختار الطحاوي التقدير بشهر؛ لأن ما زاد على الشهر في حكم الأجل، وما دون الشهر في حكم العاجل، فصار أدنى الأجل شهراً، والأقصى لا غاية له، فيقدر شهراً، والصحيح في المذهب: أن تقدير مدة الحبس المدين مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه، وهذا مروى عن محمد - رحمه الله - وهو الصحيح في المذهب.

ويرى المالكية: أن المدين إذا كان مجهول الحال فإنه يجس حتى يغلب على ظن القاضي أنه لو كان عنده مال ما صبر على الحبس هذه المدة، أما إذا كان ظاهر الملاءة - أي: الغنى - فلا يخرج من الحبس إلا بيينة بأنه معسر، وأما معلوم الغنى الممتنع عن القضاء فيخلد في السجن حتى يؤدي ما عليه أو يأتي بكفيل غارم.

ويرى الشافعية أن كل موضع لم يحكم فيه بإعسار المدين وجب حبسه، ولا غاية للحبس عندهم بل يجس حتى يكشف عنه ثلاثاً أو أربعاً، فمتى ثبت إعساره خلّى سبيله، ولا تغفل مسألة عنه.

ويرى الحنابلة: أن المدين الموسر إن أبى دفع ما عليه عذره القاضي وكرر حبسه وتعزيره حتى يقضيه، ولا يزداد كل يوم على أكثر التعزير أي: العشر ضربات.

الترجيح: بعد ذكر آراء الفقهاء في مدة حبس المدين، وذكر ما تعلق به كل فريق فإننا نميل إلى ترجيح ما روي عن محمد - رحمه الله صاحب الإمام أبي حنيفة - وهو: أن تقدير المدة مفوض إلى رأي الإمام لاختلاف أحوال الأشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه، حتى إذا مضت عليه ستة أشهر، ووقع عند القاضي أنه متعنت يديم الحبس، وإن مضى شهر أو دونه، ووقع أنه عاجز أطلقه؛ لأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة، والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس.

ثانياً: الملازمة:

والمراد ملازمة الدائن للمدين بعد ثبوت عسره بالدين، وخروجه من الحبس، وقد اختلف الفقهاء في جواز ملازمة الدائن للمدين حتى يسترد ماله، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: قاله الإمام أبو حنيفة وصاحبا، وهو جواز ملازمة الدائن للمدين، بمعنى أن يذهب معه حيثما ذهب، وإن لم يأذن له بدخول بيته معه انتظره على باب بيته، حتى لازمه عند خروجه، ويشترط الصاحبان لذلك أن يقيم الدائن البيئة أن له مالاً، وحد الملازمة هو أن يدور الدائن مع المدين حيث شاء المدين أن يذهب، وليس للدائن أن يمنعه من التصرف، والكسب، والسفر حال الملازمة، ولا يجسه في مكان خاص، ولو كان المدين امرأة لا يلازمها، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها، والحكمة من هذه الملازمة حمل المدين على قضاء دينه بالتضييق عليه بتلك الملازمة.

الرأي الثاني: قال زفر من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وهو: أنه إذا ثبت إعسار المدين عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته، ولا ملازمته، بل يمهّل إلى أن يوسر.

ويرى الحنابلة: أن الموسر إذا امتنع من قضاء الدين فلغريمه ملازمته، وقد تقدم اتفاق الفقهاء على حبسه.

الأدلة:

الدليل الأول: استدل الإمام أبو حنيفة - وصاحبيه محمد وأبو يوسف - على جواز ملازمة الدائن للمدين إذا أعسر بالدين بما يلي:

قوله عليه السلام: ((**لصاحب الحق يد ولسان**)) والحديث متفق عليه، ووجه الدلالة حيث أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي.

ووجه التمسك: أن الحديث مطلق في حق الزمان، فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس.

أدلة زفر ومن وافقه: استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بعدم ملازمة المعسر بعد إطلاقه من الحبس بقول الله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَتْ ذُوْعُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾.

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بإنظار المعسر، ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل.

الدليل الثاني: قوله عليه السلام لغرماء الذي كثر دينه: ((**خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك**)) ووجه الدلالة أن الحديث نص في أن الغرماء ليس لهم على المعسر إلا ما وجدوا عنده من المال، فانتفى أن يكون لهم ملازمته.

الدليل الثالث: أن كل من لا مطالبة له عليه تجز ملازمته، كما لو كان الدين مؤجلاً.

المناقشات:

ناقش أصحاب الرأي الأول ما استدل به أصحاب الرأي الثاني فقالوا:

أ. إن الملازمة لا تنافي النظرة إلى الميسرة؛ لأنه لا يطالبه بشيء من حقه حتى يثبت أنه قد حصل له مال، وإنما يلزمه ليأخذ ما يحصل له من المال؛ لأن المال غادٍ ورائح، فيمكن أن يحصل له في كل ساعة، وفي كل لحظة.

ب. ولأنه يمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء، كما يفعل كثير من الناس يتزينون بزي الفقراء، وهم أغنياء، فيلازمونه لاحتمال أن يظهر له مال، ورد عليهم: بأن الحديث الذي استدلوا به فيه مقال ذكره ابن المنذر، ثم يحمل على الموسر جمعاً بين الأدلة، ولأن القول بملازمة المدين يتنافى مع آدميته وحرية الشخصية، والتي من أجلها منعوا الحجر عليه، ولو كان في ملازمته فائدة لكان أولى بالقاضي ألا يطلقه، وإنما أطلقه بعد أن تبين له أنه لو كان لديه مال يخفيه لأظهره، وما تحمل السجن.

الترجيح: مما تقدم يتضح لنا رجحان الرأي الثاني، وهو رأي زفر من فقهاء الحنفية ومن وافقه من المالكية والشافعية والحنابلة، الذين قالوا: بعدم جواز ملازمة المدين المعسر؛ لقوة ما استدلوا به، واتفاقها مع النصوص الواردة بالإنظار أو الاكتفاء بما وجد عنده.

تابع التفليس: (الحجر على المدين، شروط التفليس)

عناصر الدرس

- العنصر الأول : آراء الفقهاء في حكم الحجر على المدين ٤٠٣
- العنصر الثاني : شروط التفليس ٤٠٨
- العنصر الثالث : الأحكام المترتبة على الحجر، حكم تصرفات المدين بعد التفليس ٤١٥
- العنصر الرابع : إقرار المدين ٤٢٣
- العنصر الخامس : بيع مال المدين، وإيقاؤه للغرماء، وما يترك للمفلس من الكسوة، والنفقة، والسكنى ٤٢٨

آراء الفقهاء في حكم الحجر على المدين

إن ركبت الديون الشخص، ورفع الغرماء أمره إلى الحاكم، وطلبوا من الحاكم الحجر عليه، نظر الحاكم في ماله: أي في ديونه أم لا! فإن كان له مال يفي بالديون، فقد اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يحجر عليه؛ لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين، فإن أبي وامتنع حبسه، فإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله، إلا أن الإمام أبا حنيفة يرى: استمرار حبسه إلى أن يقضي الدين بنفسه، أما إن كان له مال لا يفي بالديون فقد اختلف الفقهاء في جواز الحجر عليه، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء، وهم أبو يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، يرون جواز الحجر على المدين، فإذا طلب الغرماء الحجر على المفلس حجر عليه القاضي، وباع ماله إن امتنع من بيعه، وثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء.

الرأي الثاني: وهو رأي الإمام أبي حنيفة - رحمه الله - يرى: عدم الحجر على المدين، ولا يجوز بيع ماله لسداد دينه.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل جمهور الفقهاء القائلين بجواز الحجر على المدين وبيع ماله بما يلي:

الدليل الأول: عن معاذ بن جبل < : ((أنه ركبته الديون على عهد رسول الله ﷺ فكلم غرماؤه النبي ﷺ فحجر عليه، وباع عليه ماله، حتى قام معاذ < بغير شيء)).

ووجه الدلالة: أن في حجره ﷺ على معاذ دليلاً على جواز الحجر على كل مديون، وأنه يجوز للحاكم بيع مال المديون لقضاء دينه، ولأنه لو ترك أحد من أجل أحدٍ لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ وفي رواية: ((أن النبي ﷺ خلع ماله لهم)) يعني: لغرمائه، وهذا يحتمل تأويلين:

أحدهما: أن ماله لم يف بالدين، فحجر عليه، فيكون معنى خلع حجر عليه.
الثاني: أن معنى قوله: ((خلع ماله لهم)) أي: باع ماله لهم، وأقل ما يقتضي الخلع أنه منع من التصرف بماله.

الدليل الثاني: أن رجلاً ابتاع ثمرة فأصيب بها، فكثر دينه، فقال النبي ﷺ لغرمائه: ((خذوا ما وجدتم، ما لكم غيره)) والحديث أخرجه الإمام مسلم.

ووجه الدلالة: أن المفلس إذا كان له من المال دون ما عليه من الديون كان الواجب عليه لغرمائه تسليم هذا المال، ولم يرد بقوله ﷺ: خذوا ماله، أي: انتهبوا ماله، وإنما أراد ﷺ: ((خذوه بالخصص)) وفي إسناده ﷺ لهم بأخذ ماله منع من التصرف فيه.

الدليل الثالث: روي أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب < خطب الناس، وقال: "ألا إن الأسيفع - ومعنى الأسيفع: سفح الشمس وجهه: لفحته لفحاً سيراً، فغيرت لون بشرته وسودته، فالسفعة سواد مشرب بحمرة، وهو أسيفع جهينة - رضي من دينه وأمانته أن يقال: سابق الحاج - وروي سبق الحاج - فإدان معرضاً فأصبح وقد دين به، فمن كان له ذلك عليه دين فليحضر غداً، فإننا بايعوا ماله، وقاسموه بين غرمائه". وروي: "فمن كان لهم عليه دين فليغدوا بالغداة، فلينقسم ماله بينهم بالخصص" والأثر رواه البيهقي في سننه، وهذا مجتمع من الصحابة { ولم ينكر عليه أحد، فدل على أنه إجماع.

وقوله: "فأدان معرضاً" أي: أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكن ويشتري به الإبل الجياد، ويروح في الحاج فيسبق الحاج، ويقال: رين بالرجل إذا وقع في ما لا يستطيع الخروج منه.

الدليل الرابع: أن في الحجر عليه نظراً للغرماء كيلا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة، وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه، أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان.

الدليل الخامس: أن البيع واجب عليه لإيفاء دينه، حتى يجبس عليه، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة، فهذه هي أدلة الجمهور.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدل الإمام أبو حنيفة على منع الحجر على المدين، فلا يحجر عليه بسبب دين، ولو طلب غرماؤه الحجر عليه، ولا يتصرف في ماله، ولكن يجبسه حتى يبيع في دينه بنفسه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن في الحجر عليه إهداراً لآدميته وإحاقه بالبهايم، وذلك ضرر عظيم، فلا يجوز إحاقه به لدفع ضرر خاص، وهو ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى.

الدليل الثاني: أن من شرط جواز البيع التراضي لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا ءَآمِنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولم يوجد الرضا في بيع القاضي وهو مال المدين فكان البيع باطلاً. وقوله ﷺ: ((لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)). أخرجه

الدارقطني في سننه، ونفس المدين لا ترضى ببيع القاضي ماله فصار كالإجارة والتزوير.

المناقشة:

ناقش الإمام أبو حنيفة ما استدل به جمهور الفقهاء بما يلي:

١. أن بيع النبي ﷺ مال معاذ كان بإذنه، استعان بالنبي ﷺ والدليل عليه: أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره القاضي ويأبى، ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي ﷺ فحاشاه ذلك.

أجيب عن هذا الاعتراض:

الاعتراض الأول: بأنه ليس في الحديث ما يفيد أن النبي ﷺ استأذن معاذاً في البيع، وإنما المروي: "فكلم النبي ﷺ غرماء معاذ، فلو ترك أحد من أجل أحدٍ لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء"، وفي رواية كعب بن مالك: ((أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ، وباع عليه ماله)).

الاعتراض الثاني: أما قولهم: "أنه ربما ألجأ ماله فيفوت حقهم" فيرد عليه: بأن التلجئة متوهمة، ولا يبنى حكم شرعي على أمر متوهم، ولكن يبنى على أمر متيقن، وقضاء الدين مستحق عليه، والبيع ليس بطريق معين لذلك، فخلافاً للجب والعنة؛ لأن الواجب عليه فيها الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر، والبيع غير متعين لقضاء الدين، فلا

ينوب القاضي فيه منابه ، كالمديون إذا كان معسراً ، فإن القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين.

ورد الجمهور هذا الاعتراض ؛ لأن حبس المدين الممتنع عن السداد حتى يقضي دينه أو يثبت عسره أمر متفق عليه ، والحج فيه نوع إكراه على بيع ماله.

وأجيب هذا الرد : بأن القاضي إنما يجسه للحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء بيع ماله ، وإن شاء بسبب آخر ، فلا يكون ذلك إكراهاً على البيع عيناً.

ورد الجمهور هذا الجواب : بأنه محجور عليه ، محتاج إلى قضاء دينه ، فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ، وإذا كان إهدار الأهلية ضرراً يلحق المديون فترك الحجر ضرر يلحق الدائن ، وإنما يكون الأول أعلى أن لو كان في شخص واحد ، وليس هناك كذلك.

وأجيب هذا الرد بأن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة ، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة للمماثلة ، ولو لم يقل أعلى ما انتفع به ضرر الدائن ، وإهدار الأهلية أعلى من الحبس ، فيكون أعلى من ضرر الدائن ، ولو جاز بيع ماله لما جاز حبسه ، وتأخير حق الطالب بلا فائدة.

ورد هذا الجواب بأن حبسه بظلمه جزاء للمماثلة ، فإذا حبس مدة يرى فيها القاضي أنه لم يكن مماتلاً أطلقه ، وقد لا يتحمل شخص عذاب الحبس فيضطره ذلك إلى إظهار ماله ، فإذا ما ظهر طُوب بالقضاء بنفسه وإلا ناب عنه القاضي.

الراجح : بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم ، فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الحجر على المدين إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه ؛ وذلك لقوة أدلتهم ، وأيضاً من طريق المعنى ، إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء.

شروط التمسك

اشترط الفقهاء القائلون بالحجر على المدين شروطاً ثلاثة:

الشرط الأول: التماس الغرماء الحجر، فيشترط أن يطلب الغرماء من القاضي الحجر على المدين، وليس للقاضي الحجر بغير التماس؛ لأن الحق لهم، وهذا الشرط متفق عليه.

وكون الالتماس من الغرماء، فلو التمس بعضهم، ودينهم قدر يجوز الحجر به - حجر عليه، وإلا فلا عند بعض فقهاء الشافعية، وإذا حجر لا يختص أثره بالتمسك، بل يعمهم كلهم، والصحيح عند الفقهاء: أنه إذا عجز ماله عن ديونه فطلب الحجر بعض الغرماء حجر القاضي، ولم يعتبروا قدر دين الطالب.

الشرط الثاني: وهو أن يكون الدين حالاً، فيشترط أن يكون الدين الذي على المدين، وطلب الغرماء الحجر لأجله حالاً أصالة، أو بانتهاء أجله، فلا يحجر عليه بدين مؤجل بالاتفاق؛ لأنه لا يطالب بالمؤجل في الحال؛ لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل.

حلول الدين بالتفليس:

اختلف الفقهاء في حلول الدين المؤجل بتفليس المدين، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للشافعية والحنابلة في رواية، وهي المشهورة والصحيحة عندهم، يرون: عدم حلول الدين المؤجل بتفليس المدين.

الرأي الثاني: للإمام مالك والحنابلة في رواية أخرى ذكرها أبو الخطاب يرون: حلول الدين المؤجل بتفليس المدين، وهو قول آخر للشافعية.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

١. أنه دين مؤجل على حي، فلا يحل قبل حلول أجله، كما لو لم يحجر عليه.
٢. ولأن الأجل مقصود له فلا يفوت عليه، ولا يسقط بإفلاسه، كسائر حقوقه.
٣. أن تفليسه لا يوجب حلول ديونه التي له عند غيره، فلا يوجب كذلك حلول الديون التي عليه.

أدلة المالكية ومن وافقهم: القائلون بحلول الدين المؤجل بتفليس المدين، فاستدلوا بأن التفليس في ذلك كالموت، فكما أن الدين المؤجل يحل بالموت، فكذلك يحل بالتفليس؛ لأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال، فأسقط الأجل كالموت.

المناقشة:

ناقش أصحاب الرأي الأول ما استدل به أصحاب الرأي الثاني بما يلي: أننا لا نسلم أن الدين يحل بالموت، فهو كمسألتنا هذه، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن ذمة الميت انعدمت بموته، بخلاف ذمة المفلس، فله ذمة صحيحة.

الترجيح: مما سبق نرى رجحان الرأي الأول القائل بعدم حلول الدين المؤجل بتفليس المدين؛ لقوة ما استدلوا به، فإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس، كما لا يحل به ما له الذي له عنده غيره.

ولكن هل لهذا الخلاف ثمرة؟

يترتب ذلك على الخلاف السابق في حلول الدين بالتفليس، أم لا؟

ما يأتي أن القول بعدم حلول الدين بالتفليس يترتب عليه أنه إذا حجر على المفلس لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فإن لم يقسم الغرماء حتى حلّ الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، وإن أدرك بعض المال قبل قسمة شاركهم فيه، ويضرب فيه بجميع دينه، ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم.

أما القول بأن الدين يحل فإنه يقسم مع الغرماء بدينه، كغيره من أرباب الديون الحاضرة.

هل يحل الدين المؤجل بالموت إذا مات وعليه ديون مؤجلة؟

فقد اختلف الفقهاء في حلول الدين بالموت، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للحنابلة في الراجح عندهم، وهو أن الديون المؤجلة لا تحل بالموت إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين، والعنبري، وإسحاق، وأبي عبيدة، وطاوس، والزهري، وغيرهم.

الرأي الثاني: وهو للأئمة: أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وهو أن الديون المؤجلة تحل بالموت ووافقهم أصحاب الرأي الأول إذا انتفت الثقة في الورثة، وهو قول الشعبي والنخعي وسوار والثوري.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدل الحنابلة في الراجح عندهم على أن الديون المؤجلة لا تحل بالموت إذا وثق الغرماء بالورثة بما يلي:

١. بما استدل به على عدم حلول الدين بالتفليس، وسبقت الإشارة إليه.

٢. أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة، وعلامة على الوراثة، يؤيده قول النبي ﷺ في الحديث المتفق عليه: ((من ترك حقاً أو مالاً فلورثته)).

أدلة الجمهور: استدل أصحاب الرأي الثاني، القائلون بأن الديون المؤجلة تحل بالموت بما يلي:

١. ما أخرجه الدارقطني والبيهقي أن النبي ﷺ قال: ((إذا مات الرجل وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله)).

٢. ولأنه لا وجه لبقاء تأجيله؛ لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو في ذمة الورثة أو متعلقاً بأعيان المال، فبطل أن يبقى مؤجلاً في ذمة الميت؛ لأن ذمته خربة بالموت، وبطل أن يقال: إذا كان للميت مال لتعلق بدمم الورثة؛ لأن صاحب الدين قد لا يرضى بدممهم، وإن لم يكن للميت مال بطل أن يقال: يبقى مؤجلاً متعلقاً بأعيان ماله؛ لأن ذلك إضرار بصاحب الدين، لأن أعيان المال ربما تلفت، كما أن في ذلك إضرار بالميت؛ لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه، لما أخرجه الترمذي في سننه والحاكم في (المستدرک) أن النبي ﷺ قال: ((نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عليه)) فإذا بطلت هذه الأقسام لم يبق إلا القول بحلول الأجل.

المناقشة:

ناقش الحنابلة ما استدل به أصحاب الرأي الثاني، فقالوا: إن ما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسلة، ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار.

رد المخالفين على هذه المناقشة: بأنه قد مضت السنة بأن دين الميت قد حل حين مات، ولأن الله تعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الديون، فالورثة في ذلك بين

أحد أمرين : إما ألا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين ، فيلزم على ذلك أن يكون الدين حالاً وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون ، فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذمهم بخلاف ما كان عليه الدائن قبل الموت ؛ لأنه في ذمة الميت ، وذلك يحسن في حقه للدين ، ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضي الغرماء بتحملة في ذمهم أفضية الديون إلى أجلها .

الترجيح : مما سبق نرى رجحان الرأي الثاني القائل بأن الديون المؤجلة تحل بالموت ، وذلك لقوة ما استدلوا به .

وهذا الخلاف له ثمرة ، فيترب على الرأي الأول القائل بأن الدين لا يحل بالموت أنه إذا وثق الورثة لصاحب الدين المؤجل اختص المال بالتركة ، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل الدين وشارك أصحاب المال ؛ لأن لا يقضي إلى إسقاط الدين بالكلية .

ويترب على الرأي الثاني القائل بأن الدين يحل بموت المدين ، أنه إذا أحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فله ذلك ، وإن قضوا منها فلهم أيضاً ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة وبعضها حال تساوا في التركة ، فاقتسموها على قدر ديونهم .

حكم نقل التركة المدينة إلى الورثة :

في ذلك روايتان عند الشافعية والحنابلة :

أحدهما : لا يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؛ لأنه تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلا يمنع نقله ، وبناءً عليه : إن تصرف الورثة في التركة ببيع وغيره ، صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين .

الثاني: أن الدين يمنع نقل التركة إلى الورثة، وبناء عليه: لو تصرف الورثة في التركة لم يصح تصرفهم؛ لأنهم تصرفوا في غير ملكهم إلا أن يأذن الغرماء لهم، وإن تصرف الغرماء لم يصح أيضاً إلا بإذن الورثة.

سفر المدين قبل القضاء:

إذا كان على الشخص دين مؤجل وأراد أن يسافر سفرًا يزيد على الأجل، فهل يحق للغرماء منعه من السفر؟

اختلف الفقهاء في حكم منع الغريم المدين من السفر، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للمالكية والحنابلة، ويريان منع الغريم المدين من السفر قبل حلول أجله، وتفصيل ذلك أنه إن كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا في شهر صفر، ودينه يحل في شهر ذي الحجة، فله منعه من السفر؛ لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله، فإن أقام ضميناً غنياً أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل، فله السفر؛ لأن الضرر يزول بذلك، وأما إن كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر، مثل أن يكون محله في ربيع، وقدومه في شهر الله المحرم، نظرنا: فإن كان سفره إلى الجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن؛ لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس، فلا يأمن فوات الحق، وإن كان السفر لغير الجهاد فليس له منعه على الراجح؛ لأن هذا السفر ليس بأمانة على منع الحق في محله، فلم يملك منعه منه كالسفر القصير، وكالسعي إلى الجمعة.

الرأي الثاني: للحنفية والشافعية، يرى فقهاء الحنفية والشافعية أن الغريم ليس له منع المدين من السفر، وتفصيل ذلك:

أنه إن أراد أن يسافر - قبل محل الدين - سفرًا يزيد على الأجل، نظرنا: فإن كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلاً بدينه، ولا أن يعطيه رهناً؛ لأنه ليس له مطالبته بالحق، فلم يكن له مطالبته بكفيل أو رهن، كما لو لم يرد السفر، قال الشافعي - يرحمه الله - : ويُقال له: حَقَّكَ حَيْثُ وَضَعْتَهُ، يَعْنِي: أَنَّكَ رَضِيتَ حَالَ الْعَقْدِ أَنْ يَكُونَ مَالِكَ عَلَيْهِ بِلَا رَهْنٍ وَلَا ضَمِينٍ.

وإن كان السفر للجهاد، ففيه وجهان:

أحدهما: أن له منعه من السفر إلا أن يقيم له كفيلاً أو يعطيه رهناً بدينه، قال الشافعي - يرحمه الله - : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين، ولم يفرق بين الدين الحال والمؤجل؛ وذلك لأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة، فلم يكن بُدَّ من إقامة الكفيل أو الرهن ليستوفي صاحب الدين دينه منه، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والحنابلة.

الثاني: لا يلزمه ذلك؛ لأن الشافعي - يرحمه الله - قال: وإذا أراد الذي عليه دين إلى أجل السفر، وأراد غريمه منعه لبعده سفره، وقرب أجله لم يكن له منعه، ولم يفرق بين سفر الجهاد وغيره؛ لأنه لم يحل الدين، فلم يملك المطالبة بذلك، كما لو كان السفر لغير الجهاد.

الترجيح: مما سبق نرى رجحان الرأي الأول القائل: بأن للغريم منع المدين من السفر بالتفصيل المتقدم؛ وذلك لأنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله، فملك منعه منه إن لم يوثقه بكفيل أو رهن، كالسفر بعد حلول الحق، ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله، وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله، فلم يملكه كجحوده للدين.

وأما الشرط الثالث - وهو أن يزيد الدين على مال المدين - : فمن شروط التفليس أن يكون الدين يزيد على ما بيد المدين من المال، أو يكون ما بيده يزيد على الدين لكن الحال، ولا يفي بالدين المؤجل عند من يرى حله بالتفليس كما مر.

وهذا الشرط عند المالكية والشافعية والحنابلة، فلو كانت مساوية والرجل كسوب - أي: يكتسب - فلا حجر، أما الصاحبان فعندهما سبب الحجر هو الدين الحال قل أو كثر.

الأحكام المترتبة على الحجر، حكم تصرفات المدين بعد التفليس

١. الأحكام المترتبة على الحجر:

الأحكام المترتبة على الحجر، إذا حكم على المدين بالإفلاس ثبت بذلك أربعة أحكام:

الحكم الأول: تعلق حقوق الغرماء بمال المدين.

الحكم الثاني: منعه من التصرف بماله.

الحكم الثالث: بيع مال المدين وإيقاؤه الغرماء.

الحكم الرابع: استرداد الدائن عين ماله الذي وجدته في مال المفلس.

أما الحكم الأول: وهو تعلق حقوق الغرماء بمال المدين، فيتربط على تفليس المدين أن يتعلق حق الدائن بعين ماله، وإن كانوا غرماء فليس لبعضهم

الاختصاص بشيء منه، ولو قضى لبعضهم وحده لم يصح؛ لأنهم شركاؤه فلم يجز اختصاصه دونهم، وتعلق الدين بمال المدين، يعني: أنه لا ينفذ له فيه تصرف يضر بالغرماء.

وبناءً على ذلك، فإن تعلق حقوق الغرماء بمال المدين، يترتب عليه الأحكام التالية:

١. إذا وهب المدين هبة بعوض لزمه قبول العوض؛ لأنه عوض على مال فلنزم قبوله كتمن المبيع.

٢. إذا جني على المدين جناية، فإن وجبت له مالاً كأرش جنائية الخطأ، تعلق حق الغرماء به؛ لأن الأرش مال، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله، وكذلك لو ورث المدين مالاً تعلق حقوق الغرماء به، أما إن وجبت الجنائية عليه قصاصاً فليس للغرماء إجباره على العفو على مال، بل إن المفلس بالخيار بين أن يقتص، وبين أن يعفو؛ وذلك لما يلي:

١. أن في ذلك اكتساباً للمال بالجبر وهذا لا يلزمه.

٢. أن لو ألزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجنائية عليه مرة بعد أخرى فلم يلزمه.

٣. أن في إجباره على العفو على مال ضرراً بتفويت القصاص الواجب لحكمة الإحياء للنفس أو الأعضاء، فإذا اختار المفلس العفو على مال بدلاً عن القصاص تعلق به حق الغرماء، وإن عفاً على غير مال: فإن كان موجب العمد الحادث للقود لا غير صح عفو، ولم يجب المال، وإن كان موجب أحد أمرين القود أو العفو على مال فلا يصح عفو، ويثبت المال ويتعلق به حق الغرماء.

٤. ولا يجبر المدين على قبول العطايا، فلا يجبر على قبول هبة، ولا صدقة، ولا قرض عرض عليه، ولا المرأة على التزوج؛ لأن في ذلك ضرراً بلحوق المنة، والتزود من غير رغبة، ولو باع بشرط الخيار لم يجبر على ما فيه الحظ من الرد - رد العقد - أو إمضاؤه؛ لأن المفلس يمنعه إحداث العقود لا إمضاؤها، وليس للغرماء الخيار؛ لأن الخيار لم يشترط لهم.

٥. ولا يملك المدين بعد تفليسه إسقاط ثمن بيع ولا أجره، ولا أخذه رديئاً، ولا قبض المسلم فيه دون صفته إلا بإذن الغرماء؛ لأن كل ذلك أموال له تعلق بها حقوقهم.

٦. توجه دعاوى المفلس لصالح الغرماء ما أمكن، فإذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه، فإن أقام المفلس شاهداً فإن حلف معه استحق ما ادعاه، وقسم على الغرماء، وإن لم يحلف وحلف الغرماء، فهل يثبت المال للمفلس بحلفهم؟ وبالتالي تتعلق بهذا المال حقوقهم؟

وفي هذا حكمان:

الحكم الأول: اختلف الفقهاء في ذلك فذهب الشافعية في قول، والحنابلة إلى: أن الغرماء لا يحلفون إن أبى المفلس الحلف، وهو الصحيح؛ لأنهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لغيرهم تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته، وهذا لا يجوز، ولأن دعواهم لهذا المال غير مسموعة، كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها، وإن كان إذا ثبت تعلقت به نفقتها، وكذلك الحكم في غرماء الميت إذا لم يحلف الميت لم يحلفوا؛ لأنهم يثبتون ملكاً لأنفسهم بأيمانهم.

وذهب المالكية والشافعية في القول الآخر إلى: أن الغرماء يحلفون؛ لأن حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس، فكان لهم أن يحلفوا كالورثة، ولأن الإنسان قد يحلف

ليثبت مالاً لغيره، كما نقول في الوكيل إذا أحلفه العاقد له: فإن الوكيل يحلف، ويثبت المال للموكل، كذلك هذه مثلها.

وأجيب: بأن الوكيل إنما حلف؛ لأن اليمين متعلقة بالعقد، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين إليه، أما إن لم يقيم المفلس شاهداً فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف صدق، وإن نكل ردت اليمين على المفلس، فإن حلف ثبت المال، وقسم على الغرماء، وإن لم يحلف ففي حلف الغرماء القولان السابقان في اليمين مع الشاهد.

الحكم الثاني: وهو منع المفلس من التصرف في ماله، والمراد بمنع المفلس من تصرفاته: عدم صحتها ونفاذها، فتبطل تصرفاته حتى لا يضر بالغرماء، وتصرفات المدين: إما أن تصدر قبل الحجر عليه، وإما بعده.

١. حكم تصرفات المدين قبل التفليس:

اختلف الفقهاء في صحة تصرفات المدين قبل الحكم بتفليسه، وذلك على رأيين: **الرأي الأول:** جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة يرون: صحة تصرفاته ونفاذها كسائر الناس، فيصح بيعه، وهبته وإقراره، ويصح قضاء ديونه لبعض الغرماء.

الرأي الثاني: للمالكية يرون أن تصرفات المدين قبل التفليس إن كان فيها إتلاف شيء من ماله إذا كان مما لا يلزمه، ومما لا تجري العادة بفعله كالبهية بغير عوض، فلا تصح، وإن كانت بعوض ماله كبيعته وشرائه فصحيحة ما لم تكن فيها محاباة، ويصح إقراره بالدين لمن يتهم عليه كزوجته وابنه.

أدلة الرأي الأول:

وهم الجمهور، استدل الفقهاء على صحة تصرفات المدين قبل الحجر عليه بما يلي:

الدليل الأول: لأنه رشيد غير محذور عليه وقت التصرف فنفذ تصرفه قياساً على غيره.

الدليل الثاني: أن سبب المنع من الحجر لا يتقدم على الحجر.

أدلة الرأي الثاني:

استدل الإمام مالك على عدم صحة تصرف المدين قبل التفليس، إن كان فيه إتلاف شيء من ماله، بشرط أن يكون التصرف لا يلزمه، ولا تجري العادة بفعله، وذلك لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع، وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء الموسرين أو الأبناء، ولأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد، والصدقة اليسيرة.

وسبب الخلاف يتضح مما سبق: أن الخلاف بين الفقهاء إنما يرجع إلى أن الجمهور اعتبروا أن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر، بينما اعتبر الإمام مالك المعنى نفسه، وهو إحاطة الدين بماله، لكن لم يعتبره في كل حال؛ لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن محاباة ولا يجوز للمحجور عليه.

الترجيح:

مما سبق نرى رجحان رأي جمهور الفقهاء وهو نفاذ تصرفات المدين قبل الحجر عليه كسائر الناس بدون قيد، وذلك لقوة أدلتهم، ولعدم وجود سبب المنع، فيبقى على أصل الأهلية بالتصرف.

٢. حكم تصرفات المدين بعد التفليس :

يختلف حكم تصرف المدين بعد الحجر عليه تبعاً لنوع التصرف ؛ وذلك أن التصرفات إما أن تكون إنشاءات - عقود - وإما أن تكون إقرارات.

والعقود منها: ما يكون بغير معاوضة مالية وهي التبرعات كالهبة، والوصية، ومنها: ما يكون بمعاوضة مالية كالبيع، والشراء، والهبة بعوض، ونحو ذلك.

أما تبرعات المفلس فلا تصح هبته بغير عوض ؛ لأن فيه تفويتاً للمال يضر بالغرماء، وإن تعلق التصرف بما بعد الموت كالوصية صح ؛ لأنه لا تأثير لذلك إلا بعد الموت، وخروجه من ثلث التركة.

وأما معاوضات المفلس فمنها: ما يتعلق بالذمة، ومنها: ما يتعلق بأعيان ماله، فحكم تصرف المدين الذي يرد على الذمة بأن اشترى بثمن في الذمة، أو باع طعاماً بيع سلم فيصح ويثبت ذلك في ذمته ؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فيعتبر كما لو التزم شيئاً لغير رب الدين، ولأنه أهل للتصرف، وإنما وجد في حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته.

وحكم تصرف المدين الذي يرد على أعيان ماله كالبيع، والشراء، والهبة بعوض، والرهن، ونحو ذلك ما يكون مورده عين المال فهذا محل اختلاف بين الفقهاء على النحو التالي :

المذهب الأول: يرى الشافعية - في الأظهر عندهم - والحنابلة أنه يبطل بيعه، وشراؤه، ونحوهما من المعاوضات المالية.

المذهب الثاني: وهذا للصاحبين - أبي يوسف، ومحمد بن الحسن - يريان صحة بيعه، ونحوه، إذا كان بثمن المثل أو بمثل القيمة، وهو القصد من منعه من التصرف ؛ لثلا يبيع بأقل من ثمن المثل، وأما إن كان يُغيب في المعاوضات كالبيع ونحوه، فيكون موقوفاً على إجازة الدائنين.

المذهب الثالث: وهو المالكية يرون منعه من التصرفات المالية كبقية الفقهاء، فإن تصرف المفلس في أعيان ماله لا يبطل، ويكون موقوفاً على نظر القاضي، والغرماء، وهذا قولٌ للشافعية أيضاً، إن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون ببطلان تصرف المفلس بالبيع والشراء ونحوهما بما يلي:

الدليل الأول: أنه حظر ثبت بالحاكم فمُنِع من التصرف كالحجر على السفية.

الدليل الثاني: أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان مالهم، فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدل الصاحبان على أن المراد بمنعه من البيع ونحوه أن يكون بأقل من ثمن المثل؛ لأن البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يُمنع منه.

أدلة أصحاب الرأي الثالث:

استدل أصحاب الرأي الثالث القائلون بأن تصرفه موقوف بأن من صح ابتياعه في ذمته صح بيعه لأعيان ماله كغير المفلس، ولأنه حُجر عليه لحق الغير، فكان تصرفه موقوفاً كالحجر على المريض، ورد المخالفون بأن ذلك يخالف الحجر على المريض؛ لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت، وها هنا حقوق الغرماء تعلقت بماله في الحال، فلم يصح تصرفه فيه، كالرهن لا يصح تصرف الراهن به.

الترجيح :

مما سبق ، وبعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم أرى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون ببطلان تصرفات المفلس بعد تفليسه ؛ لتعلق حق الغير بأمواله ، واتفاقهم جميعاً على منعه من التصرف في ماله .

ثمرة الخلاف :

يترتب على الخلاف السابق ما يلي :

١ . على القول بأن تصرفه باطل في أعيان ماله رد جميع ما باع ووهب ونحوهما ، وقسم بين الغرماء ، فإن وفى ماله بدينه بأن زادت قيمته ، أو أبرئ من بعض دينه .

٢ . على القول بأن تصرفه صحيح موقوف ، قسم ماله ، فإن وفى ماله بدينه غير الذي تصرف فيه نفذ تصرفه ، وإن لم يف ماله إلا أن ينقض جميع ما تصرف فيه نُقض ، وأبطل جميعه ، وإن لم يف بدينه إلا بعض الأعيان التي تصرف فيها نُقض منها شيء بعد شيء ، وذكر بعض الفقهاء الشافعية أنه يُنقض الأضعف فالأضعف وإن كان متقدماً في التصرف ، فعلى هذا ينقض الهبة أولاً ؛ لأنها أضعف ؛ لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع بعدها ؛ لأنه يلحقه الفسخ .

حكم تصرف المدين في غير الأعيان المالية :

مالا يصادف المال من تصرفات المدين فإنه يصح منه : كالنكاح ، والطلاق ، والخلع ، واستيفاء القصاص ، والعفو عنه ، واستلحاق النسب ، ونفيه للنسب باللعان ؛ وذلك لأن هذه الأشياء لا يتعلق بها عين ماله فلا يضر بالغرماء ، أما

نكاحه وطلاقه فلأن مهر زوجته ثابت في ذمته ولها المحاصة ، ومعنى المحاصة يعني لها المقاسمة أو لها حصتها ، وأما خلعه فيجوز ؛ لأنه قد يأخذ منها مالاً ، أو يُحط عنه دين مهرها ، وكذلك يصح خلعه بدون مهر المثل ؛ لأن له في الطلاق مجاناً فبالأولى أن يخالغ بدون مهر المثل ، كأن يخالغ زوجته على نقد سواء أخذه من مالها ، أم من مال غيرها إن كانت محجوراً عليها ؛ لأن العوض عائد إليه .

خُلع المرأة المفلسة :

أما المرأة المفلسة فإن اختلعت على عين من أعيان مالها لم يصح ؛ لتعلق حق الغرماء بأعيان مالها ، وإن خالعت على دين في ذمتها صح ، ولا تشارك به مع الغرماء إن حدث بعد الحجر .

وأما جنابة المفلس فإذا جنى المحجور عليه على غيره ، أو أتلف مال غيره شارك المجني عليه ، والمتلف عليه الغرماء ؛ لأن ذلك ثبت بغير رضئ من له الحق .
وبالجملة فكل تصرف للمفلس لا يتعلق بشيء من أعيان ماله صح منه .

إقرار الدين

الأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة على نفس المقر لا يتعداه إلى غيره ، فإذا أقر المحجور عليه بدين لزمه هذا الدين ، سواء لزمه قبل الحجر أو بعده ، فقد اتفق الفقهاء على أن المدين إذا أقر بدين وصادقه المقر له ، وكذبه الغرماء تعلق الدين بذمته ، واختلف الفقهاء في قبول إقرار المفلس بدين عليه في حق الغرماء ، وذلك على رأيين :

الرأي الأول : جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في قول ، والحنابلة ، يرون : أنه لا يُقبل إقرار المفلس في حق الغرماء ، ولا يشاركهم المقر له

في قسمة مال المدين ، وإنما يلزمه بعد قضاء ديون الغرماء ، ما لم يثبت هذا الدين بالبينة .

الرأي الثاني : وهو الشافعية في القول الآخر ، يرون قبول إقرار المفلس في حق الغرماء ، فيشاركهم المقر له ، وهو الصحيح عندهم .

أدلة الرأي الأول :

استدل جمهور الفقهاء القائلون بعدم قبول إقرار المفلس بدين في حق الغرماء بما يلي :

الدليل الأول : أن هذا المال تعلق به حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم .

الدليل الثاني : ولأنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حُجر عليه فيه ، كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن .

الدليل الثالث : ولأنه لا يؤمن أن يواطئ المفلس من يقر له بالدين ؛ ليشركه الغرماء ، ثم يسلمه إلى المفلس .

الدليل الرابع : أنه لو صح إقراره في الحال لما كان في الحجر عليه فائدة .

أدلة الرأي الثاني :

استدل الشافعية - في القول الثاني عندهم وهو الصحيح - القائلون بقبول إقراره في الدين في حق الغرماء مما يترتب عليه مشاركة المقر له الغرماء في مال المدين الحال بما يأتي :

الدليل الأول: أنه حق ثبت بسبب منسوب إلى ما قبل الحجر، فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء، كما لو ثبت حقه بالبينة.

الدليل الثاني: أن المريض لو أقر لرجل بدين لزمه في حال الصحة لشارك من أقر له في حال المرض، كذلك المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء - كذلك - إذا أقر به بعد الحجر، وأضافه إلى ما قبله يكون كما لو أقر به قبل الحجر، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر.

المناقشة:

ناقش جمهور الفقهاء ما استدل به الشافعية في القول الثاني، وهو قبول إقرار المفلس بدين في حق الغرماء فيشاركهم، كما لو ثبت بينة، بأن المقر هنا متهم في إقراره، فهو كالإقرار على غيره لم يصح، وفارق البينة فإنها لا تهمة في حقها.

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم قبول إقرار المفلس بدين في حق الغرماء؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأن الإقرار يبطل ثبوته في حق غير المقر، فلم يُقبل على الغرماء، كما أن في قبول إقراره بمال تعلق به حق الغرماء يبطل فائدة الحجر عليه.

الإقرار بالمال المستفاد بعد الحجر:

يرى جمهور الفقهاء: أن المدين لو استفاد مالاً آخر بعد الحجر بهبة أو وصية ونحوهما نفذ إقراره فيه؛ لأن الحجر ثابت لصيانة محل قضاء حق الغرماء،

وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر، لا بالمستفاد بعده؛ لعدمه وقت الحجر، ولا يُمنع من التصرف في المال المتجدد إلا أن يُحجر عليه فيه. ويرى الحنابلة أن ما يتجدد للمفلس من مال بعد الحجر فحكمه كالموجود حال الحجر.

إقرار المفلس بعين عنده لآخر:

إذا وُجد في يد المفلس عين، وأراد القاضي أن يبيعها لحق الغرماء، فادعى المدين المفلس أن هذه العين ليست ملكاً له، وإنما هي عارية عنده لفلان، أو أنه غصبها من فلان، أو أن شخصاً أودعها عنده، أو كان المدين صانعاً كالحائك فادعى أن ما لديه من أثواب لأصحابها، اختلف الفقهاء في قبول إقراره بهذه العين لحق الغرماء على رأيين:

الرأي الأول: للشافعية - في قول - والحنابلة، يرون عدم قبول إقراره بها في جميع الصور، وبناءً عليه إن لم يف مال المفلس بدينه إلا ببيع تلك العين بيعت، ووُزع ثمنها على الغرماء، وكان هذا الثمن ديناً على المفلس في ذمته.

الرأي الثاني: للمالكية، والشافعية - في القول الراجح عندهم - يرون أنه يُقبل إقراره فيها، ومن ثم فإنها لا تباع لحق الغرماء، وإنما تسلّم إلى المقر له.

واشترط المالكية لقبول إقراره أن يعين ما يدعيه، وإلا لم يقبل إقراره به، ومفهوم تعيينه أنه إن لم يعين بأن قال: لفلان عندي قراض أو وديعة، أما إذا قال: هذا المال قراض تحت يدي، أو وديعة لفلان، وقامت بينة بأصل ما ذكره، بأن شهدت بأن عنده قراضاً أو وديعة لفلان، فإنه يقبل.

الترجيح:

- مما سبق يتضح لنا رجحان مذهب المالكية في هذه المسألة، وهو القول الصحيح عند الشافعية بأنه يُقبل إقرار المدين بما وُجد في يده لغيره، وذلك لما يلي:
١. أن التهمة في الإقرار منفية هنا، إذا عين جهة مآلها إليه، أو أثبتته بالبينة.
 ٢. أن الشأن أن ما بيده أمتعة للناس عدم الإشهاد عليها، ولا يعلم صاحبها إلا من وُجدت معه، ويُبتعد أن يقر به لغير صاحبه.
 ٣. هو ما قاله الإمام الشافعي - رحمه الله - على القول الأول، من قال بهذا أدى إلى القصار - الحائك الذي يخيظ الثياب - إذا أفلس وعنده ثياب لقوم، فأقر أن هذا الثوب لفلان، وهذا لفلان، فلا يُقبل منه، وكذلك الصباغ، والصانغ، إذا أفلس فأقر بمتاع لقوم بأعيانهم ألا يقبل، وهذا لا سبيل إليه.

ثمره الخلاف:

وبناء على الخلاف السابق إذا ادّعى رجل على المفلس بدين في ذمته، أو عين في يده فجحده، فإن أقام المدعي بينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين، وإن لم يقيم البينة فالقول قول المفلس المدعى عليه مع يمينه، فإن حلف له انصرف المدعي بالاتفاق، وإن نكل فحكمه حكم الإقرار على القول الراجح: يشارك الغرماء كما لو ثبت بالبينة.

وعلى القول الأول للشافعية، والحنابلة، يلزم في حقه، ولا يأخذ حصته مع الغرماء.

بيع مال المدين، وإيفاءه للغرماء، وما يترك للمفلس من الكسوة، والنفقة، والسكنى

١. بيع مال المدين، وإيفاءه للغرماء:

وأما الحكم الثالث وهو بيع مال المدين وإيفاءه للغرماء:

اتفق الفقهاء على أنه يُحكم على المدين بعد تفليسه ببيع ماله، وقسمة ثمنه بين الدائنين الغرماء بالمحاصة - ومعنى كلمة بالمحاصة أي: كل بحصته بنسبة ديونهم - ويتطلب ذلك مراعاة الأمور التالية:

أولاً: الإشهاد على الحجر، وإذا حجر القاضي فيستحب أن يُشهد على الحجر، ويعمل على نشر نبأ الحجر بوسائل الإعلام المناسبة، كالنشر في الصحف اليومية، أو الإعلان بنشرة في أقسام الشرطة، أو على حائط المكان الذي يقيم فيه المحجور عليه، وغير ذلك من الوسائل المستحدثة بحسب كل زمان ومكان، وقد كان يقوم في الماضي مناد من قبل الحاكم ينادي في الأسواق؛ وذلك ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة من أمره، ولأن هذا الإعلام تسجيل وإشهار لحكم صدر من القاضي يأخذ صورة النفاذ، فإذا تقلد أمر القضاء قاضٍ آخر كان حكم سلفاً معروفاً له، توفرت له أسباب العلانية التي تحول بينه وبين الغموض في أمر المحجور عليه، فيباشر تنفيذ الحكم الذي صدر من سلفه، ولا يحتاج إلى ابتداء الحجر من جديد.

ثانياً: المبادرة بالبيع: إذا حجر القاضي على المفلس يستحب أن يبادر ببيع ماله، وقسمته؛ لئلا يطول زمن الحجر عليه؛ لأن المفلس يتضرر بطول الحجر، والغريم يتضرر بتأخر الحق، ولا يفرط في الاستعجال لئلا يُباع بثمن بخس.

ثالثاً: حضور المفلس، والغرماء، مجلس البيع: يستحب أن يبيع القاضي مال المفلس بحضوره أو وكيله، كما يستحب إحضار الغرماء؛ وذلك لتحقيق فوائد عديدة.

أما حضور المفلس فيحقق الفوائد التالية:

الفائدة الأولى: ليحصى متاعه ويضبطه.

الفائدة الثانية: أنه أعرف بثمن متاعه، وجيده وورثته، فإذا أحضر تكلم عليه، وعرف الغبن من غيره.

الفائدة الثالثة: تكثير الرغبة في شرائه؛ لأن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتري.

الفائدة الرابعة: تطيب نفسه، وإسكان قلبه.

وأما حضور الغرماء فيحقق الفوائد التالية:

الفائدة الأولى: أن المال يباع لهم، وربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه، فيكون أصلح لهم، وللمفلس.

الفائدة الثانية: أنه أطيب لقلوبهم، وأبعد عن التهمة.

الفائدة الثالثة: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها. فإن باع القاضي بغير حضورهم جاز؛ لأن ذلك موكل إليه ومفوض إلى اجتهاده، وربما أداه اجتهاده إلى خلاف ذلك، وبانت له المصلحة في المبادرة إلى البيع قبل إحضارهم.

رابعاً: ما يبدأ ببيعه: يقدم القاضي في البيع أولاً ما يخاف فساده من الطعام الرطب؛ لأن بقاءه يتلفه بيقين، فتباع الفواكه والبقول ونحوهما أولاً، ثم ما يتعلق به حق كالمرهون، فيدفع إلى المرتهن قدر دينه، وما فضل من ثمنه رده إلى

الغرماء، وإن بقيت من دينه بقية ضُرب بها مع الغرماء، وقيل: يبدأ ببيع المرهون؛ ليتعجل حق المرتهن، وهو قول للشافعية، والحنابلة، ثم ببيع الحيوان؛ لأنه معرض للتلف، ويحتاج إلى مؤنة في بقائه، ثم ببيع السلع والأثاث وسائر المنقولات؛ لأنه يخاف عليه وتناوله الأيدي، ثم العقار آخرًا؛ لأنه لا يخاف تلفه، وبقاؤه أشهر له، وأكثر لطلابيه، وبقاؤه أشهر له - يعني: يعطيه شهرة - وأكثر لطلابيه.

خامسًا: بيع كل شيء في سوقه: ويستحب أن يبيع القاضي كل سلعة في سوقها؛ لأنه أحوط وأكثر لطلابيه، ومعرفة قيمته، فإن باع في غير سوقه بثمن مثله جاز؛ لأن الغرض تحصيل الثمن، وربما أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصلح، ولذلك لو قال: بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز.

سادسًا: أن يكون البيع بثمن المثل حالًا، وبنقد البلد؛ وذلك لأن البيع بنقد البلد أوفر، فإن كان في البلد نقود باع بغالب نقودها، فإن تساوت باع بجنس الدين، فإن كانت الديون من غير نقد البلد، ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقهم صرفه إليهم؛ لتبرأ منه الذمة، ويصل إلى المستحق.

سابعًا: القسمة على الغرماء: إذا باع القاضي شيئًا من مال المفلس، وكان الدين لواحد دفعه إليه؛ لأنه لا حاجة إلى تأخيره، وإن كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قُسم ولم يؤخّر، وإن لم يمكن قسمته أُودع المال عند ثقة إلى أن يجتمع ويمكن قسمته، فيقسّم فيما بينهم.

ظهور غريم آخر بعد القسمة:

إذا قسم القاضي مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: للمالكية في قول، والشافعية، والحنابلة، يرون أن يرجع الغريم الذي ظهر على الغرماء بقسطه.

الرأي الثاني: للمالكية في القول الآخر يرون أنه لا يرجع عن الغرماء بنصيبه ولا يشاركونهم؛ لأن ذلك نقض لحكم القاضي.

ورد هذا القول بأنه غريم، لو كان حاضرًا لقاسمهم، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله، وليست قسمة الحاكم ماله حكمًا، وإنما هي قسمة بان الخطأ فيها، فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر، أو قسمت أرضًا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر، أو قسم الميراث بين الورثة ثم ظهر وارث آخر سواها، أو وصية ثم ظهر موصى له آخر.

الترجيح:

نرى رجحان الرأي الأول لقوة ما استدلوا به؛ ولأنه كان موجودًا ومستحقًا وقت القسمة، فاستحق المشاركة بمجرد ظهوره.

ثامنًا: ما يترك للمفلس من متاع: إذا حجر القاضي على المدين ترك له ما لا غنى عنه لأي شخص من الملبس، والمسكن، والنفقة؛ لأنها من حوائجه الأساسية.

٢. ما يترك للمفلس من الكسوة، والنفقة، والسكنى:

أولًا: يترك له من الثياب ما يليق بحاله ويلزمه ضرورة من قميص وسروال ونعل، ويزاد له في الشتاء ما يدفع عنه البرد، ويترك لعياله ولزوجته مثل ذلك، وإن كان يملك ثيابًا لا يلبسها في مثل حاله بيعت، واشترى له بها كسوة مناسبة، ويُرد الفضل على الغرماء، فإن كانت إذا بيعت لا يفضل منها شيء تُركت؛ لأنه لا فائدة من بيعها، وإذا مات يكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته، وقيل:

في ثوب واحد يستره ولا حاجة لزيادة، ولا وجه للقياس على ما يلبسه في حياته؛ لأنه لا بد له منه.

ثانياً: نفقة المحجور عليه للفلس إذا حُجر على المفلس إما أن يكون ذا كسب، وإما ألا يكون له كسب، فإن كان ذا كسب يفى بنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم فنفقته من كسبه؛ لأنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكسبه، وإن كان كسبه لا يفى بالنفقة أخرج له القاضي من ماله ما يفى، وإن لم يكن للمفلس كسب فقد اتفق الفقهاء على وجوب الإنفاق على المفلس، وزوجته، وأولاده، ومن تلزمه نفقته من الأقارب كالوالدين، فيترك لهم ما يحتاجون إليه من نفقة، وكسوة، وطعام؛ لأنهم يجرون مجرى نفسه فينفق في ذلك أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف، ونفقة المفلس مقدمة على نفقة زوجته وأولاده، ونفقتهم مقدمة على نفقة الأقارب ممن تلزمه نفقته، كالوالدين المعسرين، والجميع مقدم على حق الغرماء.

والأصل في ذلك ما يلي:

١. أخرج الإمام أحمد في مسنده، والنسائي، وأبو داود، من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((تصدقوا، قال رجل: عندي دينار، قال: تصدق به على نفسك، قال: عندي دينار آخر، قال: تصدق به على زوجك، قال: عندي دينار آخر، قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي دينار آخر، قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي دينار آخر، قال: أنت أبصرُ به)).

٢. ما أخرجه الإمام مسلم من حديث جابر < أن النبي ﷺ قال: ((ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فأهلك، فإن فضل عن أهلك

شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا، وهكذا))
أي: يميناً وشمالاً، كناية عن التصديق.

فالروايتان دليل على أنه لا يجب على الرجل أن يؤثر زوجته وسائر قرابته بما يحتاج إليه من نفقة نفسه، ثم إذا فضل عن حاجة نفسه شيء عليه إنفاقه على زوجته وذوي قرابته.

ثالثاً: ولأن الحي أكد حرمة من الميت؛ لأنه مضمون بالإتلاف، وقد أئفق على تقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه، فنفته أولى، وكذلك زوجته تقدم نفقتها؛ لأن نفقتها أكد من نفقة الأقارب، ولأنها تجب من طريق المعاوضة، وفيها معنى الإحياء كما في الأقارب.

سكنى المحجور عليه بالإفلاس:

اختلف الفقهاء في جواز بيع دار المفلس التي لا غنى له عن سكنائها لقضاء ديونه من ثمنها، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية، والحنابلة، يرون عدم بيع داره التي لا غنى له عن سكنائها.

الرأي الثاني: للمالكية، والشافعية، يريان جواز بيع دار يسكنها تباع عليه إن كان فيها فضل، ويشتري له دار تناسبه، فإن كان لا فضل فيها فلا تباع.

أدلة أصحاب الرأي الأول: استدلل وهم الحنفية ومن وافقهم:

أصحاب القول الأول القائلون بعدم بيع دار المفلس بما يلي:

وهو أن دار الإنسان مما لا غنى له عنه، فلا غنى للمفلس عن داره، فلا تباع في دينه كثيابه، وقوته، اللذان لا غنى له عنهما.

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بجواز بيع دار المفلس بما يلي :

الدليل الأول : أنه يمكنه أن يستأجر داراً يسكنها، فينسد بها حاجته إلى المسكن، كمن لديه سيارة فأفلس، فإنها تُباع ويصرف ثمنها للغرماء؛ لأنه يمكنه أن يركب المرافق العامة من وسائل المواصلات، التي تنتشر في كل فج وتصل إلى حيث شاء ركبها، وقد جرت عادة الناس بذلك.

الدليل الثاني : أن الدار مال فإن أمكن الاستغناء عنه، بيع كسائر أمواله من العقارات وغيرها.

ورد المخالفون بأن سائر ماله يُستغنى عنه بخلاف دار يسكنها، وأجيب: بأنه لا يباع عليه دار لا يستغنى عنها، بل إن كان فيها فضل على من هو في مثل حاله، ولا يجوز القياس على قوته وثيابه؛ لأن العادة لم تجر باكتراثها، ولذا لا تباع إلا في صورة خاصة، وهي أن تكون غالية جرت العادة أن يلبسها ذو الأقدار.

الترجيح :

مما سبق نرى رجحان ما ذهب إليه المالكية، والشافعية من جواز بيع الدار التي يسكنها المفلس إن كان فيها فضل؛ لأنها مال تعلق به حق الغرماء، ولأنه إذا كان له داران يُستغنى بسكنى إحداهما بيعت الأخرى؛ لأن به غنى عن سكنها بالاتفاق، وكذلك إن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله بيع واشترى له مسكن مثله، ويرد الزائد على الغرماء.

تابع أحكام التفليس: (إذا وجد الدائن ماله عند المفلس)،
والأهلية وعوارضها

عناصر الدرس

- العنصر الأول : استرداد الدائن عين ماله الذي وجده عند
المفلس ٤٣٧
- العنصر الثاني : إذا وجد البائع سلعته وقد حدث بها نقصان ٤٥٠
- العنصر الثالث : إذا وجد البائع سلعته وقد حدث بها زيادة،
وزوال الحجر عن المفلس ٤٥٤
- العنصر الرابع : الأهلية: تعريفها، أقسامها ٤٥٩
- العنصر الخامس : عوارض الأهلية، العوارض المؤثرة في الحجر ٤٦٦

استرداد الدائن عين ماله الذي وجده عند المفلس

والمراد به أن يكون بين الغرماء من باع من المفلس سلعة فوجدها عنده بعد تفليسه، فهل يحق له فسخ البيع وأخذ سلعته، أم أنه يكون أسوة بالغرماء، فلا يكون أحقّ بها منهم؟

للحكم في ذلك لا بد أن تبين من عدة أمور:

أحدها: أن يجد البائع سلعته بعينها بلا زيادة أو نقصان، ويتفرع على ذلك حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون باعها للمفلس قبل تفليسه، ولم يقبض ثمنها، أو قبض بعضه.

الحالة الثانية: أن يكون باعها للمفلس بعد الحكم بتفليسه.

ثانيها: أن يجد البائع سلعته، وقد حدث بها زيادة أو نقصان.

أولاً: إذا وجد البائع سلعته بعينها ففيها حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون باعها للمفلس قبل تفليسه:

فالحكم كالاتي:

أ. فإذا وجدها ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، يرون أن صاحب السلعة أحق بها، إلا أن يتركها ويختار المحاصة، ومعنى يختار المحاصة،

يعني : يختار أن يدخل بحصته مع الغرماء ، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يرجع في عين ماله ، إلا أن الإمام مالكا يرى أن السلعة إذا قومت يوم التفليس فكانت أكثر من ثمنها ، أو مساوية تعين له أخذها ، وإن كانت أقل خُير بين الأخذ والمحاصّة ، ووافقه جماعة من أهل الأثر على تقويم السلعة ، لكنهم عينوا للدائن أخذها إذا كانت مساوية للثمن ، أو أقل ، أما إن كانت أكثر دُفع إليه مقدار ثمنها ، ويتحصّر في الباقي مع الغرماء .

الرأي الثاني : للحنفية يرون أن صاحب السلعة أسوة بالغمراء فيها على كل حال ، وبه قال الحسن البصري ، والنخعي ، وابن شبرمة .

أولاً : أدلة الجمهور :

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بأن صاحب السلعة أحق بها ، وله أن يختار المحاصّة ، وذلك بما يلي :

الدليل الأول : ما روي أن النبي ﷺ قال : ((من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس فهو أحق به من غيره)) والحديث متفق عليه .

الدليل الثاني : رُوي من طريق آخر أن رسول الله ﷺ قال : ((أيا رجل باع متاعه فأفلس الذي ابتاعه ، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيء ، فوجد متاعه بعينه فهو أحق به)).

ووجه الدلالة :

الحديث الأول يُستدل به على أن شرط استحقاق المال دون غيره أن يجد ماله بعينه لم يتغير ولم يتبدل .

والحديث الثاني مفهومه أنه إذا قبض من ثمنه شيئاً كان أسوةً بالغرماء، ونصه صريح في أنه إذا لم يقبض من الثمن شيئاً فهو أحق به، فالحديثان دليلان على أنه إذا وجد البائع متاعه عند من اشتراه منه، وقد أفلس فإنه أحق بمتاعه من سائر الغرماء، فيأخذه إن كان له غرماء.

الدليل الثالث: أن عقد البيع نوع معاوضة يلحقه الفسخ ينتقل به حق المعاوض من عين إلى دين، فجاز له الرجوع إلى العين عند خراب الذمة؛ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر.

الدليل الرابع: أنه إذا شرط في البيع رهن فعجز عن تسليمه استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن، فلعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى.

ثانياً: أدلة الحنفية: الذين يرون أن صاحب السلعة أسوة بالغرماء فيها على كل حال، ولا يحق له الفسخ، استدلو بما يأتي:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾

[البقرة: ٢٨٠] الآية، ووجه الدلالة: أن المفلس استحق النظرة إلى الميسرة بالآية، فليس له أن يطالبه قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن؛ وهذا لأن الدين صار مؤجلاً إلى ميسرة بتأجيل الشارع، وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما؟

الدليل الثاني: أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالغد وهو الثمن، وإنما المستحق به وصف في الذمة؛ لأن العقد يوجب ملك الثمن للبائع بذمة المشتري وهو الدين، وذلك وصف لا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقدة أبداً؛ لأن بقاء ذلك ببقاء محله - وهو الذمة - فصار كما إذا كان ملياً

- أي: غنيًا - فهو إذا عجز إنما يعجز عن الإيفاء، والإيفاء يقع بعين بدلًا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزًا عن غير ما وقع عليه العقد، ومن ثم فإنه لا يوجب الفسخ، وحق البائع في ذمة المفلس كسائر الغرماء.

المناقشات:

ناقش الحنفية ما استدل به جمهور الفقهاء بما يلي:

١. أن ما رُوِيَ لا حجة فيه؛ لأن المبيع ليس بعين مال البائع ولا متاعًا له، وإنما هو مال المشتري إذ هو خرج عن ملكه، وعن ضمانه بالمبيع والقبض، وإنما ماله بعينه يقع على المقصود، والودائع، والإجارة، والرهن، والعارية مثلًا، فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء، والحديث ورد فيه وبه نقول، وإنما يكون هذا الحديث حجة لهم لو قالوا: فأصاب رجل عين مال قد كانت، له فباعه من الذي وجدته في يده ولم يقبض ثمنه، فهو أحق به من سائر الغرماء، وهو نظير ما رُوِيَ أنه ﷺ قال: ((من سُرِق له مال، أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق بعينه، ويرجع المشتري على البائع بالثمن)) فهذا الحديث يفيد أن جميع ما وُجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين، فإذا ظهر له مالك معين كان هو أولى به من سائر الغرماء، والبائع بعد البيع لم يصير مالكًا.

ورد الجمهور هذه المناقشة التي وردت على ما استدلوا به من قبل الحنفية، فقالوا: إن حمل الحديث على صورة ما إذا كان المتاع وديعة أو عارية تأويل غير صحيح؛ لأنه لو كان كذلك لم يقيّد بالفلس، ولا جعل أحق به؛ لما يقتضيه صيغة "أفعل" من الاشتراك.

٢. أن ما ذكره ينتقد بالشفعة.

٣. أنه قد ورد التنصيص في حديث الباب على أنه في صورة البيع، وذلك فيما رواه سفيان الثوري: "إذا ابتاع الرجل سلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فهو أحق بها من الغرماء"، وفي رواية: "إذا وجد عنده المتاع أنه لصاحبه الذي باعه" هذا بجانب الرواية المستدل بها: ((أيما رجل باع متاعه)) فظهر أن الحديث وارد في صورة البيع، ويلحق به القرض، وسائر ما ذكر من باب أولى.

وأجاب الحنفية على ما استدل به الجمهور من أنه إذا تعذر العوض في البيع لخراب الذمة جاز الرجوع إلى العين كالمسلم فيه؛ لأنه قياس مع الفارق؛ لأن المسلم فيه بيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكماً للضرورة؛ لأن المبيع لا يجوز استبداله قبل القبض، ولا ضرورة هنا، فكان المقبوض غير الواجب حقيقة، فلا يكون العجز عنه عجزاً عن موجب العقد، ومن ثم فلا يثبت له خيار الفسخ.

ورد الجمهور على الحنفية: أن الثمن بدل العين فإذا تعذر استيفاءه رجع إلى المبدل، وإذا كان يستحق الفسخ بالعجز عن تسليم الرهن وهو مجرد وثيقة بالثمن فبالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى، ويفارق المبيع الرهن؛ فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل، وأما قولهم: بأنهم تساوا في سبب الاستحقاق، فأجيب: بأنهم اختلفوا في الشرط، فإن بقاء العين شرط للملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده.

الترجيح:

وبعد ذكر أقوال الفقهاء، وأدلتهم، ومناقشة ما يحتمل منها للمناقشة، فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن أحد الغرماء إذا وجد ما باعه

للمشتري عنده بعد تفليسه فهو أحق به من سائر الغرماء ؛ وذلك لقوة أدلتهم ؛ ولأن تأويل الحنفية للحديث لا يقوم على أساس.

قال النووي: تأوله بتأويلات ضعيفة مردودة، ومن ثم فإنه إذا ثبت هذا فإن البائع بالخيار: إن شاء رجع في السلعة، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة بالغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر؛ لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجهه كالعيب والخيار.

وإذا ما اختار الفسخ فهل يُفتقر الفسخ إلى حكم القاضي؟ يعني: إذا اختار البائع الفسخ ورجوعه في المبيع إليه، أي: ورجوع المبيع إليه فهل يحتاج ذلك لحكم قضائي؟ في ذلك قولان:

القول الأول: لبعض فقهاء الشافعية: وهو أن الفسخ لا يكون إلا بإذن القاضي؛ لأنه مختلف فيه، فلم يصح بغير إذن الحاكم، كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة.

القول الثاني: للبعض الآخر من فقهاء الشافعية، والحنابلة: وهو أن الفسخ لا يحتاج إلى حكم القاضي؛ لأنه فسخ ثبت بنص السنة ومن ثم فإنه لا يحتاج إلى حاكم، فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت العبد، وهذا قول للمالكية أيضاً إذا لم ينازعه الغرماء، وهو الصحيح.

ولكن هل يشترط أن يكون اختيار الفسخ على الفور أو لا يشترط؟

في المسألة وجهان حكاهما فقهاء الشافعية والحنابلة:

أحدهما: يجوز الفسخ على التراخي؛ لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فجاز على التراخي، كرجوع الأب فيما وهبه لابنه، وفيه احتراز من الرد بالعين؛ لأنه قد سقط إلى بدل وهو العرش.

الثاني: يشترط أن يكون خيار الفسخ على الفور؛ لأنه خيار لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعين، وفيه احتراز من رجوع الأب في هبته لابنه. ونرى رجحان هذا الوجه؛ لأن جواز التأخير يفضي إلى الضرر بالغمراء؛ لإفضائه إلى تأخير حقوقهم، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة.

بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لتركها:

إذا بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لتركها فهل يلزمه قبول الثمن، وبالتالي يبطل حقه في الرجوع والفسخ أو لا؟
اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: للشافعية والحنابلة: وهو أن البائع لا يلزمه قبول الثمن ولا الرجوع.

الرأي الثاني: للمالكية: وهو أن البائع يلزمه قبول الثمن وليس له الرجوع.

أدلة الرأي الأول:

١. روي أن النبي ﷺ قال: ((مَنْ أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره)) والحديث متفق عليه، ووجه الدلالة أن الحديث أثبت أحقية صاحب السلعة في أخذها إذا وجدها بعينها عند المفلس ولم يفرق بين ما إذا عوّض الثمن أو لم يعوّض.
٢. أنه تبرع بالحق غير من عليه الحق، فلم يلزم من ثبت له الفسخ إسقاط حقه من الفسخ كالزوج إذا أعسر بالنفقة فبذلها غيره لتترك زوجته الفسخ فإنه لا يلزمها، ذلك.

أدلة الرأي الثاني :

استدل المالكية على أن البائع يلزمه قبول الثمن من الغرماء ويبطل حقه في الرجوع بأن الرجوع إنما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن ، فإذا بذله الغرماء بكماله لم يكن له الرجوع.

الترجيح :

مما تقدم يتبين لنا رجحان الرأي الأول القائل بعدم إلزام البائع بقبول الثمن من الغرماء نظير رجوعه عن الفسخ ؛ وذلك لقوة ما تعللوا به ، ولأن في لزوم ذلك عليه إلحاقاً للضرر به ؛ لأنه ربما يظهر مزاحم آخر في الدين فيرجع عليه ، كما أن فيه منة عليه.

متى يسقط حق البائع في الفسخ؟

إن البائع لا يكون له الحق في فسخ البيع في الحالات التالية :

الأول : إذا دفع الغرماء للمفلس ثمن السلعة فبذله للبائع ؛ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن.

الثاني : إذا أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء.

الثالث : إذا وُهبَ للمفلس مالٌ فأمكنه الأداء منه ، أو ظلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء ، بحيث يمكنه أداء الثمن كله لزوال سبب الفسخ ؛ ولأنه أمكن الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس.

فهذه هي الأحكام التي تتعلق بإذا وجد البائع سلعته عند من أفلس ، ولم يكن قد قبض ثمنها من المشتري.

إذا وجد البائع السلعة عند من أفلس وكان قد قبض بعض ثمنها :

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : للإمام الشافعي - في القديم - والإمام أحمد بن حنبل : يريان أنه يسقط حق البائع في الرجوع إلى العين إن كان قد قبض بعض ثمنها ، ويدخل مع الغرماء بحصته بباقي الثمن.

الرأي الثاني : وهو للإمام الشافعي في الجديد ، وهو الصحيح في المذهب ، وهو أن له حق الرجوع إلى العين فيأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن.

الرأي الثالث : وهو للإمام مالك : يرى أن البائع مخير بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع في العين المبيعة كلها ، وبين ألا يرجع في العين ويدخل مع الغرماء بحصته فيما بقي من الثمن ، كما اختار الشافعي في القديم ، والإمام أحمد بن حنبل.

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بأن قبض البائع شيئاً من ثمن المبيع يسقط حقه في الرجوع في البيع وأخذ المبيع ، بما يلي :

١. رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سَلْعَةً فَأَدْرَكَ سَلْعَتَهُ بَعِينَهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ مِنْ ثَمْنِهَا شَيْئاً فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ

قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة بالغماء)) والحديث أخرجه أبو داود في سننه والبيهقي في (السنن).

٢. أن في الرجوع فيما بقي تبعيضاً للسلعة على المشتري وإضراراً به، وليس ذلك للبائع.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بأن للبائع أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن بما يلي:

أنه سبب يرجع به إلى العاقد إلى جميع العين، فجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق وهو ما إذا ارتدت، أو وجد أحدهما بالآخر عيباً، وتارة بالنصف وهو ما إذا طلقها.

أدلة أصحاب الرأي الثالث:

وهم المالكية، فلم يذكر المالكية وجهة التخيير إلا أنني وجدت أن الخطاب رجح أدلة أصحاب الرأي الأول، مما يشير إلى أن وجهة التخيير مراعاة مصلحة المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه، وكذلك مصلحة البائع برجوع سلعته إليه.

المناقشة:

ناقش أصحاب الرأي الثاني ما استدل به أصحاب الرأي الأول بما يلي:

١. أن الحديث رواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسلًا، ولا حجة في المراسيل غالبًا.

وأجيب بأن الحديث رواه مالك عن أبي بكر عن أبي هريرة، وذكره ابن عبد البر، وأخرجه أبو داود، وابن ماجه، والدارقطني في سننهم متصلًا، فلا يضر إرسال من أرسله؛ فإن راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها، وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله.

٢. أنه لا ضررَ على المشتري في الرجوع فيما بقي له؛ لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر.

وأجيب: بأن الضرر لا ينتفع بالبيع؛ فإن قيمته تنقص بالتشقيص، ولا يُرغَب فيه مشقَّصًا - أي: مناصفةً - فيتضرر المفلس، والغرماء بنقص القيمة، ولأنه سبب يُفسخُ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب، والخيار.

أما قياس البيع على النكاح، فإن قياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح.

الترجيح:

وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشاتهم، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل بأن قبض البائع شيئًا من ثمن المبيع يسقط حقه في الرجوع، ويكون أسوة للغرماء بباقي الثمن؛ وذلك لقوة أدلتهم، ولما فيه من مراعاة مصلحة جميع الأطراف: البائع؛ لأنه رضي بالثمن الأول ومصلحة المشتري المفلس والغرماء، بالألا يجعل البائع حقه معلقًا برغبته بحسب ما يراه من زيادة ثمن السلعة، أو نقصانها عن وقت البيع، دون النظر إلى مصلحة المشتري، والغرماء.

الحالة الثانية: أن يكون باعها للمفلس بعد تفليسه:

إذا اشترى المفلس بثمن في ذمته هل للبائع الرجوع إلى عين ماله؟

ذكرنا فيما سبق أن المفلس إذا اشترى شيئاً بثمن في ذمته صح شراؤه وثبت الثمن في ذمته؛ لأن الحر يتعلق بماله لا بذمته، ولكن هل يثبت للبائع الحق في الرجوع إلى عين ماله؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: للحنفية، والمالكية، والشافعية في رواية، والحنابلة في رواية: يرى هؤلاء أنه لا يثبت للبائع حق الرجوع إلى العين التي باعها للمشتري بعد تفليسه.

الرأي الثاني: وهو لبعض فقهاء الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة: أن للبائع حق الرجوع.

الرأي الثالث: لبعض فقهاء الحنابلة: وهو إن باعه عالماً بتفليسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم فله الحق في الرجوع، والفسخ.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدلوا بأنه إذا تعدر الاستيفاء تعذر الفسخ، ويشراء المفلس السلعة بثمن في الذمة لم يكن البائع مستحقاً للمطالبة بثمنها، كما لو كان ثمنها مؤجلاً، ولأنه باعه للمفلس مع علمه بخراب ذمته، ومن ثم فلا يثبت له الفسخ، كما لو اشترى سلعة معينة مع العلم بعيبها، وإن لم يكن عالماً بإفلاسه فهو مقصر لعدم التحري والاستقصاء.

واستدل أصحاب الرأي الثاني بما يلي :

الدليل الأول: قوله عليه السلام: ((مَن أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس، فهو أحق به من غيره)) ووجه الدلالة أن قوله: ((أحق به)) عام يشمل المبيع قبل الإفلاس والمبيع بعده بدون فرق.

الدليل الثاني: لأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه عن الفسخ، كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله، فإن لها أن تفسخ النكاح إذا أعسر بالنفقة. واستدل الحنابلة في الرأي الثالث القائل بالتفرقة بين حال علم البائع بإفلاسه، فلا حق له في الفسخ، وبين عدم علمه بإفلاسه بأن جهل حال المشتري ولم يكن يعلم إفلاسه؛ لأن البائع قد يكون غريباً عن البلد، أو قد يكون دلس عليه المشتري، فاعتُبر عذره بالجهل مؤثراً في عدم ثبوت الحق في الرجوع دون حالة العلم.

ورد أصحاب الرأي الثالث على ما استدل به المخالفون بما يلي :

أولاً: أن البائع إن لم يعلم بإفلاس المشتري كان له الفسخ كمشتري المبيع.

ثانياً: أن هذا يفارق المعسر بالنفقة؛ لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم، فكان الرضا بالمعسر بها رضا بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا، وإنما يشبه هذا إذا تزوجته معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه، ثم أرادت الفسخ.

الترجيح:

نرى رجحان الرأي الثالث، حيث فرّق بين مَن باع للمفلس مع علمه بإفلاسه فلا عذر له، فلا يحق له الفسخ؛ لأنه رضي بالتعامل معه مع علمه بحاله، بخلاف من جهل حاله فيعذر لذلك.

إذا وجد البائع سلعته وقد حدث بها نقصان

إذا وجد البائع سلعته عند المفلس وبها نقص، فلا يخلو إما أن يكون نقص جزء ينقسم عليه الثمن ويصح إفراده بالبيع، أو نقص جزء لا ينقسم عليه الثمن ولا يصح إفراده بالبيع، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كأن باعه ثوبين فتلف أحدهما، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: للمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية: أن البائع بالخيار بين أن يترك ما بقي من المبيع ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء، وبين أن يرجع بما بقي من المبيع بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن، سواء تلف بأفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي فالحكم واحد في رجوع البائع.

الرأي الثاني: للإمام أحمد في الرواية الأخرى: يرى أن البائع لا يرجع ببقية العين، ويكون أسوة بالغرماء.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

أ. أن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن، كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن، ثم المشتري إذا وجد بعض المبيع في يد البائع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن، فكذلك هذا مثله.

ب. أن السالم من البيع وجد البائع بعينه فيدخل في عموم قوله ﷺ: ((من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس، فهو أحق به)) وهذا مبيع وجده بعينه، فكان له الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع.

واستدل أصحاب الرأي الثاني على أن البائع ليس له الرجوع ببقية العين ويدخل بحصته مع الغرماء أسوة بهم ؛ وذلك لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبهه ما لو كان عيناً واحدة.

الترجيح :

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم يتبين لنا رجحان الرأي الأول القائل بأن البائع بالخيار بين الرجوع فيما بقي من المبيع ، وبين عدم الرجوع ؛ وذلك لقوة أدلتهم ، ولأن ما لم يتلف من المبيع فقد وجدته بعينه ، فدخل في عموم قوله ﷺ : ((من أدرك متاعه بعينه...)).

نقصان المبيع عند المفلس نقصاناً لا ينقسم عليه الثمن :

وإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن ولا يصح إفراده بالمبيع ، كأن كان المبيع ثوباً صحيحاً فوجده البائع محروقاً ، أو داراً انهدم بعضها ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : للحنابلة ، وإسحاق : وهو أن البائع ليس له الرجوع بالمبيع وإنما يدخل بحصته مع الغرماء بثمن السلعة.

الرأي الثاني : وهو للمالكية ، والشافعية ، والأوزاعي : وهو أن البائع له أن يختار الدخول بحصته مع الغرماء بالثمن ، وإما أن يختار الرجوع بالمبيع ، وهو في هذه الحالة من النقص ، فإن اختار الرجوع بالمبيع وهو في هذه الحال من النقص فينظر في ذلك ، فإن لم يجب في مقابلة ما تلف من السلعة أرش ، بأن ذهب ذلك بأفة سماوية أو بفعل المشتري فإن البائع يرجع في المبيع ناقصاً بجميع الثمن ، وإن وجب النقصان بأرش بأن أتلّفها أجنبي فإن البائع له أن يرجع في المبيع بحصته من

التمن ، ويدخل مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من التمن ، أما المشتري فيرجع على الأجنبي بالأرش بما أتلف.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

الدليل الأول: قوله ﷺ: ((مَنْ أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس ، فهو أحق به)) ووجه الدلالة: أن الحديث شرط لرجوع البائع في سلعته أن يجدها بعينها ، فإذا تلف بعضها لم يجدها بعينها ، فلم يكن له الرجوع وكان أسوة بالغرماء.

الدليل الثاني: أن البائع إذا أدرك المبيع بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة ، بخلاف ما إذا وجد بعضه ؛ لأن فيه تبعيضاً للصفقة على المشتري ، وإضراراً له.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

الدليل الأول: أن البائع إن اختار الدخول بحصته مع الغرماء بالتمن فلا كلام في ذلك ؛ لأن هذا حقه ، فقد وجد سلعته ناقصة فلا يجبر على أخذها بذلك ، فيكون من حقه طلب التمن فيدخل بحصته مع الغرماء به.

الدليل الثاني: أن البائع إن اختار الرجوع بعين ماله بنقص لم يجب في مقابلته أرش ، جاز أن يرجع بجميع التمن ، كمن اشترى دابة فذهبت عينها بأفة سماوية في يد البائع ، فإن المشتري إذا اختار إجازة البيع أخذه بجميع التمن فكذا هنا.

الدليل الثالث: أنه إن وجب النقصان بأرش كان للبائع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين ، مع رجوعه في المبيع بحصته من التمن ؛ وذلك لأن

الأرش الذي يأخذه المشتري من الأجنبي بدل عن الجزء الفائت من المبيع، ولو كان ذلك الجزء موجوداً لرجع به البائع، فإذا كان معدوماً رجع بما قبله من الثمن.

ورد أصحاب الرأي الأول بقولهم: إن شرط الرجوع وهو وجود العين بعينها قد فات، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن، أو يأخذه بقسطه من الثمن مع فوات شرط الرجوع.

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا رجحان الرأي الأول القائل بأن المبيع إذا تلف بعضه لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوة بالغماء؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأن نص الحديث شرط للرجوع وجود المبيع بعينه، وما ذكره المخالفون اجتهاد منهم مقبول إذا لم يقابله نص.

ما يعتبر تلفاً وما لا يعتبر:

كل ما يحدث في المبيع لا يدرك به البائع سلعته بعينها فهو تلف يأخذ الحكم السابق، حتى إن باع المفلس بعض المبيع، أو وهبه، أو وقف، فهو بمنزلة تلفه، أما نقصان مالية المبيع لذهاب صفته مع بقاء العين، كأن كان ثوباً فبلي فلم يمنع الرجوع؛ لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله، كما أن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من السمن، والهزل، ونحوه؛ لذلك يخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه، وبين الدخول بحصته مع الغرماء بكمال ثمنه.

إذا وجد البائع سلعته وقد حدث بها زيادة، وزوال الحجر عن المفلس

١. إذا وجد البائع سلعته وقد حدث بها زيادة:

إذا وجد البائع سلعته عند المفلس وبها زيادة، لا يخلو الحال إما أن تكون الزيادة طارئة على المبيع متصلة به، وإما أن تكون منفصلة عنه، فإن كانت الزيادة متصلة بالمبيع كالسمن، والكبر، في الطيور، والحيوانات، ونحو ذلك من كل زيادة يتعذر فصلها عن الأصل، فلقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: لبعض فقهاء الحنابلة: ويظهر أنه الراجح عندهم؛ لاتفاق كتبهم عليه وهو أن الزيادة المتصلة في المبيع تمنع رجوع البائع، ويكون أسوة بالغرماء بالثمن.

الرأي الثاني: في المالكية، والشافعية، والرواية الأخرى عند الحنابلة: يرون أن الزيادة المتصلة لا تمنع رجوع البائع في المبيع.

الأدلة أصحاب الرأي الأول:

ذلك لأنه فسخ حادث، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة، كفسخ النكاح بالإعسار، أو الرضاعة؛ ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة، وكالحاصلة بفعله.

الأدلة أصحاب الرأي الثاني:

الدليل الأول: بأن الزيادة المتصلة في المبيع لا تمنع رجوع البائع بقوله ﷺ: ((مَنْ أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره)) ووجه الدلالة:

أن العين المبيعة إذا زادت زيادة متصلة فقد وجدها البائع بعينها، فيكون للبائع الرجوع بنص الحديث.

الدليل الثاني: أن الرجوع فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة، كالرد بالعين، وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل في حقه تماماً، وهاهنا لا يمكنه الرجوع بالثمن.

المناقشة:

ناقش أصحاب الرأي الأول ما استدل به أصحاب الرأي الثاني بما يلي:

١. أما الحديث فمحمول على مَنْ وجد متاعه على صفته ليس بزائد، ولم يتعلق به حق الغير، وها هنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة؛ ولما ذكرنا من الدليل بحقه أنه إن كان تلف بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغماء، فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه، وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج منه فكان بالمنع أحق.

٢. أن الفسخ يفارق الرد بالعيب على وجهين:

أحدهما: أن الفسخ في الرد من المشتري، فهو راضٍ بإسقاط حقه من الزيادة، وتركها للبائع.

الثاني: أن الفسخ في الرد بالعيب كان لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم، والفسخ ها هنا لسبب حادث، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة.

ثالثاً: إن قولهم: إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح؛ فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنع من أخذ حقه من العين، ولو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين الزائدة لكون الزيادة مستحقة، فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة، وأنه لا يمكن فصلها، كذلك هنا بل أولى؛ فإن الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء.

الترجيح:

مما سبق وبعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشاتهم يتضح لنا رجحان الرأي الأول القائل: بأن زيادة المبيع زيادة متصلة تمنع البائع من الرجوع ويكون أسوة بالغرماء؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا الرأي، ولأن منع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم، فهذا الرأي يراعي مصلحة الغرماء، كما يراعي مصلحة المفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته.

وإن كانت الزيادة منفصلة عن المبيع كنتاج الدابة والثمرة، فقد اتفق المالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن الزيادة المنفصلة الحادثة في يد المشتري لا تمنع رجوع البائع في المبيع، ولكنهم اختلفوا إلى من تكون الزيادة، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للإمام الشافعي، والرواية الراجحة عند الحنابلة: وهو أن الزيادة المنفصلة عن المبيع تكون للمفلس، فلا يحق للبائع الرجوع بها وإنما بالمبيع فقط.

الرأي الثاني: للإمام مالك، والرواية الأخرى عند الحنابلة: وهو أن الزيادة المنفصلة تكون للبائع.

أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول بما يلي:

الدليل الأول: أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب.

الدليل الثاني: أنه فسخ استُحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة، كفسخ البيع بالعيب أو الخيار، وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ.

أدلة الرأي الثاني:

واستدل أصحاب الرأي الثاني بما يلي: وهو أن الزيادة المنفصلة في المبيع تكون للبائع كالزيادة المتصلة لوجدانها عين ماله لم تنقص ولم يتغير اسمها.

الترجيح:

يتبين لنا مما سبق رجحان الرأي الأول؛ لقوة ما استدل به أصحابه، ولأنه إذا لم يكن للبائع الرجوع مع الزيادة المتصلة بالمبيع - كما مر في الراجح من آراء الفقهاء - فلأن يمنع رجوعه مع المنفصلة أولى؛ لأن في ذلك مصلحة للمفلس والغرماء، ولا ضرر بالبائع؛ لأن حقه سيعود إليه لكن دون زيادة.

حكم الزيادة في الأرض التي اشتراها المفلس:

إذا أفلس المشتري لأرض فوجد البائع أرضه، وقد أحدث المشتري فيها زيادة ببناء، أو بغرس شجر، فقد اختلف الفقهاء في حكم رجوع البائع في أرضه، ولذلك على رأيين:

الرأي الأول: للمالكية، والأرجح عن الشافعية، والحنابلة: وهو أنه ليس للبائع رجوع في الأرض، ويدخل بحصته مع الغرماء في ثمن الأرض؛ وذلك لأن في رجوع الأرض إلحاق ضرر بالمفلس المشتري، وبالغرماء، والضرر لا يزال بالضرر، ورجوعه إنما شرع لدفع الضرر، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس، والغرماء.

الرأي الثاني: للشافعية، والحنابلة في الرواية الأخرى: هو أن للبائع رجوعاً في الأرض، إذا اتفق الغرماء والمفلس على تفرغها، فإذا تم التفرغ للبائع الرجوع في أرضه؛ لأنه وجدها بعينها، وغرامة التفرغ يتحملها المفلس.

الترجيح:

بعد ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل: بأنه ليس للبائع رجوع في الأرض، ويدخل بحصته مع الغرماء في ثمن الأرض، وذلك لقوة ما تعلله به؛ ولأن القول بذلك يراعي مصلحة جميع الأطراف؛ ولأن البناء والشجر متصلان بالأرض اتصالاً قراراً، فكان قلعهما إضراراً بالمالك دون حاجة إلى ذلك، إذ إن البديل موجود، وهو الدخول بحصته مع الغرماء في ثمن الأرض، لهذا يرى الشافعية أن الزيادة لو كانت زرعاً يحصد فينقل، جاز رجوع البائع في الأرض.

٢. زوال الحجر عن المفلس:

وننتقل بعد ذلك كله؛ لتعرف على زوال الحجر عن المفلس.

إذا قُسم مال المفلس بين غرمائه، فهل ينفك عنه الحجر بذلك، أم يفترق زوال الحجر عن المدين إلى حكم القاضي؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول: للمالكية، ورواية عند الشافعية، والحنابلة يرون: أن الحجر على المدين يزول بمجرد قسمة ماله، ولا يحتاج إلى حكم القاضي، واحتجوا بأن الحجر كان لأجل الدين، وقد زال الدين بتقسيم المال على الغرماء كما يزول عن المجنونين بزوال الجنون.

الرأي الثاني: للشافعية، والحنابلة في الرواية الأخرى، يرونا أن الحجر لا يزول عن المفلس إلا بحكم حاكم، واحتجوا بأن الحجر قد ثبت عليهم بحكم حاكم، فلا يزول إلا بحكمه كالمحجور عليه للسفه.

الترجيح:

نرى رجحان الرأي الثاني القائل: بأن الحجر على المدين يحتاج إلى حكم القاضي كما ثبت به، وهذا يفارق الجنون؛ لأن الجنون يثبت بنفسه، فكذلك يزول بزواله، وكما احتج المدين في تفليسه إلى حكم حاكم، فإنه يحتاج كذلك ليثبت فراغ ماله من الديون، إلا أننا نرى أن الحاكم إذا حدد عند تفليس المدين غاية ينتهي عندها الحجر عليه، وهي حتى يتم تقسيم ماله، وتخليصه من حقوق الغرماء، فإنه ينفك تلقائياً بمجرد تحقق تلك الغاية.

الأهلية: تعريفها، أقسامها

١. الأهلية: تعريفها:

نتنقل للحديث عن الحجر، وأنواعه، وتحليل محل الخلاف فيه، والآثار المترتبة عليه، والمراد بالرشد.

من الأهمية بمكان قبل أن نتحدث عن الحجر، وأنواعه يجب علينا أن نتعرف أولاً عن الأهلية وعوارضها؛ لأن بانتفائها يكون الحجر، وعند وجودها ينتفي الحجر. **الأهلية في اللغة:** الأهلية للأمر الصلاحية له، أهله لذلك الأمر تأهيلاً، وأهله، أي: رآه له أهلاً، وفلان أهل لكذا، وأهله الله للخير تأهيلاً، ومنه قول الله تعالى: ﴿هُوَ أَهْلُ النَّقْوَى وَأَهْلُ الْخَيْرَةِ﴾ [المذثر: ٥٦] أي: أهل أن يتقيه عباده.

الأهلية في الاصطلاح: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له، أو عليه، بمعنى: أن يكون صالحاً؛ لأن تُثبت له حقوق على الغير، وأن تُثبت عليه حقوقاً للغير، والإنسان من يوم وجوده في الحياة تُثبت له أهلية، فتجب له، وعليه الحقوق، ويتدرج في هذه الأهلية في مراحلها المختلفة حتى يكون صالحاً لصدور تصرفه منه على وجه يعتد به، ويكون أهلاً للإلزام والالتزام.

الفرق بين الإلزام، والالتزام:

المراد بالإلزام: ثبوت الحقوق له، وذلك كاستحقاقه قيمة الملفات من أمواله على من يتلفها، وانتقال الملكية له فيما يشتره، وما يقترضه، وكوجوب نفقته على غيره أن كان فقيراً.

والمراد بالالتزام: ثبوت الحقوق عليه، إذا الإلزام ثبوت الحقوق له، والالتزام ثبوت الحقوق عليه، كالتزامه بأداء ثمن المبيع، وبدل القرض من ماله، وكالتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم، هذا هو الفرق بين الإلزام والالتزام؛ ولذلك قسم العلماء أهلية الإنسان تبعاً لتدرج حياته، من مرحلة الجنين إلى مرحلة الرشد.

٢. أقسامها:

أقسام الأهلية: قسم الفقهاء وعلماء الأصول الأهلية إلى قسمين:

القسم الأول: أهلية الوجوب.

القسم الثاني: أهلية الأداء.

القسم الأول: أهلية الوجوب:

ويقصد بها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه، أو هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لأن تثبت له حقوق، وتجب عليه واجبات.

وأساس هذه الأهلية هو الإنسانية فكل إنسان تثبت له أهلية وجوب كاملة بمجرد ولادته سواء أن كان ذكراً أو أنثى، ويستمر ثبوت أهلية الوجوب للإنسان على أي صورة كان صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، رشيداً أو سفيهاً - إلى مماته؛ لذلك سميت بأهلية الوجوب؛ لأنها تتعرض لِمَا يجب للشخص، وما يجب عليه من ناحية أصل الحق والالتزام، وهي ملازمة لوجود الروح في الجسد.

ويرى كثير من الأصوليين أن أهلية الوجوب لا تثبت للشخص إلا بعد أن يثبت فيه وصف شرعي يطلقون عليه الذمة، وتلك الذمة هي محل الوجوب، فهي بمثابة مقر اعتبار في الشخص لاستقرار الديون والالتزامات التي عليه؛ أي: هي السبب لكون الشخص أهلاً للوجوب له أو عليه؛ لذلك فهي من خصوصيات الإنسان.

فالذمة وأهلية الوجوب الحقيقيتان اللتان تنشآن عن العهد والعقد لا تثبتان إلا للشخص نفسه، ولا تثبتان لسواه، كما لا تثبتان له قبل ولادته ولا بعد وفاته.

أما لغير الإنسان المعين فتثبت له ذمة وأهلية وجوب حكميتين، كما في كثير من الأحكام الفقهية، فإنها تقوم على أساس وجود شخص اعتباري؛ من هذه الأحكام ثبوت الإرث للجنين متى تحقق، أو غلب على الظن وجوده في الرحم، عند موت مورثه، ومنها بقاء ذمة للميت مشغولة بالدين إذا كان له مال، ومنها

جواز الوصية والوقف على الجهات، والفقراء، والمساجد، والمستشفيات، وكل ما يعود نفعه على العامة، أو جماعات المسلمين، وما يجب لهم من نفقات من بيت المال على الطرق، والمنشآت، ونحوها، وهم ليسوا أفراداً بعينهم.

لذلك فإن الفقهاء لا ينفون الذمة وأهلية الوجوب الاعتباريتين، بل ويعتبرون الجهات في الوجوب لها وعليها كما يقولون للشخص الاعتباري.

إلا أنهم إذا أطلقوا الذمة فإنهم يريدون بها الحقيقة التي تنشأ عن العهد، أي: التي تستوعب الحقوق والالتزامات، وما أهلية الوجوب إلا أثر من آثار هذه الذمة.

ولأن أهلية الوجوب ملازمة لوجود الروح في الجسد، فإنها تثبت بمجرد وجود الحياة في الشخص والجنين داخل الرحم فيه حياة، وخارجها فيه حياة؛ لذلك كانت أهلية الوجوب قسمين؛ لأنها تارة تكون ناقصة، وتارة تكون كاملة.

وأهلية الوجوب قسمان:

الأول: أهلية الوجوب الناقصة.

الثانية: أهلية الوجوب الكاملة.

الأول: أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لثبوت بعض الحقوق له فقط دون أن يكون عليه، واجبات لغيره، وتكون هذه الأهلية للجنين قبل ولادته، فإنه ليس بأهل لترتب الالتزامات عليه، وإنما كان ذا أهلية وجوب ناقصة؛ لأنه يحتمل الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، كما أن الجنين ليس له وجود مستقل من كل وجه، بل يشبه أن يكون جزءاً من أمه، وهو من وجه آخر يمكن أن يعتبر مستقلاً عن أمه؛ لأن له حياة خاصة يتهيأ لها بلا انفصالٍ عن أمه؛ لذلك يثبت له في فترة الاجتنان

- منذ العلق إلى الولادة - الحقوق الضرورية له ؛ لأنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حياً ، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً تكون عرضة للانتقاد إذا لم يولد حياً .
والحقوق الضرورية التي تثبت للجنين هي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول ، وهي ثبوت نسبه من أبيه وأمه ، ومن يتصل بهم بواسطة الوصية ، وثبوت الوصية ، والوقف له ؛ لأن كلاً من الوصية ، والوقف يجوز شرعاً لمن سيوجب ، فيجوز للحمل الموجود بطريق الأولوية ، كما يثبت له الإرث ممن يموت من مورثيه ؛ لأنه متفرع عن النسب ، ويقدر له نصيب الذكر ، ولا أهلية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة الضرورية له .

الثاني : أهلية الوجوب الكاملة :

وتكتمل أهلية الوجوب للإنسان عند انفصاله من بطن أمه حياً ، فإنه يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة ، وهي صلاحيته لأن تثبت له الحقوق ، والواجبات إما حق التعاقد والالتزام بنفسه ، فإن هذه الأهلية رغم كمالها لا تجعل صاحبها صالحاً للتعامل ، فأهلية الوجوب لا تتعلق بالتعامل مطلقاً ، إذ الذي يجعل الشخص أهلاً للتعامل ، والتعاقد هي أهلية الأداء ، أم أهلية الوجوب الكاملة ، فتجعله فقط صالحاً للاكتساب الحقوق ، وتحمل الواجبات التي يجز للولي أن يؤديها عنه بالنيابة ، كضمان المتلفات المالية ، وكتملك ما يشتري له ، أو يوهب له ، وتثبت هذه الأهلية للمجنون ، والطفل غير المميز ، وهو ما دون سن السابعة في الغالب ، فكل تصرف منهما حتى لو كان نافعاً نفعاً محضاً لهما ، كقبول الهبة يعد باطلاً ؛ لأن عبارتهما ملغاة ، ولا يترتب على تصرفاتهما آثار شرعية ؛ لذلك كانت عقودهما باطلة إلا أنهما يؤخذان مالياً بالجناية عن نفس الغير ، أو ماله ، ويقوم الولي - الأب ، أو الجد ، أو الوصي - بمباشرة العقود والتصرفات التي يحتاجها كل من المجنون ، أو الطفل غير المميز .

القسم الثاني: أهلية الأداء:

وأما أهلية الأداء، فيقصد بها صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجهها يعتد به شرعاً، أي: صلاحيته للالتزام بعبارته، وآثارها، وسميت بذلك؛ لأنها تتعرض بأداء الحقوق، والالتزامات، وهي أثر من آثار العقل، والتمييز الذي يجعل الشخص مدرجاً لعباراته، فاهماً ما يقصد منها، وما ينتج عنها، وأساس أهلية الأداء هو العقل، والتمييز فهي مناط التكليف، والمسئولية، ولا بد لاعتبارها في الإنسان من أن يتوافر لديه أدنى حد من الفهم، والإدراك للتصرفات حتى تصح منه، وتثبت أهلية الأداء للإنسان من سن التمييز، وهو السابعة إلى بلوغ الحلم، ثم تتم، وتكتمل بالرشد.

وللإنسان مع أهلية الأداء أطواراً مختلفة، تختلف تبعاً لتطور عمره، الذي جعل مقياساً لتمييزه، وسلامة عقله، أو قصوره؛ لذلك كانت أهلية الأداء قسمين؛ لأنها مع العقل القاصر تكون ناقصة، وبكمال عقله يثبت له أهلية أداء كاملة. وأهلية الأداء قسمان:

الأول: أهلية الأداء الناقصة.

الثاني: أهلية الأداء الكاملة.

الأول: أهلية الأداء الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض، أو صدورها متوقفة على قبول الغير، وتثبت للطفل عند سن السابعة، بشرط أن يكون مميزاً، أي: لديه أدنى حد من الفهم، والإدراك للتصرفات، بأن يفهم معاني الألفاظ، ومدلولاتها مثل البيع، وأنه سبب من أسباب الملك والشراء، وأنه جالب للسلعة، ويعلم الغبن الفاحش من الغبن اليسير؛ ولأن الطفل من سن التمييز له

أهلية تعامل بعقله، وقدرة قاصرة، فقد حدد له الفقهاء قواعد لصحة التصرفات منه، فلا بد تصح منه إلا التصرفات النافعة نفعاً محضاً محققاً مثل قبول الهبة، والوقف، والوصية، فتصح منه دون التوقف على إذن الولي، كما تصح منه العبادات ولا تجب عليه.

الثاني: أهلية الأداء الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات من على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على قبول غيره، وتثبت للإنسان عند بلوغه الحلم عاقلاً، فيلزمه بالبلوغ والعقل التكاليف الشرعية، وتصح تصرفاته، ويسأل عن أقواله وأفعاله، متى أتاها قاصداً مختاراً، أم إدارة أمواله بنفسه؟ فإنها شرط لها مع البلوغ، والعقل الرشد، لقول الله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلِيَنكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

فبينت الآية الكريمة أن بلوغ النكاح هو تمام العقل، وإنما اشترط الرشد؛ لإدارة الأموال، لأن التعامل المالي يحتاج إلى خبرة خاصة.

الخلاصة:

يتبين لنا مما سلف أن أهلية الإنسان ترافق حياته كلها، فتمر بمراحل في طريقها إلى التكامل بحسب أطوار حياته منذ أن كان جنيناً في رحم أمه إلى احتلامه، إلى رشده، وتنتقل الأهلية من طور إلى طور دون النظر إلى الطور الحادث في النمو الجسمي؛ لأنه لو نظر إليه كسبب لتطور الأهلية؛ لترتب على ذلك التنقل والتبدل السريع في الأهلية من حد، وطور إلى حد، وطور آخر يختلف عنه في الخصائص، مما يحدث اضطراب في المعاملات، ومن ثم قُسمت نشأة الإنسان إلى خمسة أطواراً أساسية هي:

- أولاً:** طور الأجنة، ويثبت له أهلية، وجوب ناقصة.
- ثانياً:** طور الطفولة، ويثبت له أهلية، وجوب كاملة.
- ثالثاً:** طور التمييز، ويثبت له أهلية أداء ناقصة.
- رابعاً:** طور البلوغ، ويثبت له أهلية أداء كاملة.
- خامساً:** طور الرشد، ويثبت له أهلية أداء أكمل مما ثبت للبالغ غير الرشيد، فتلزمه التكاليف الشرعية، ويزيد على الأولى بصحة إدارة أمواله بنفسه.

عوارض الأهلية، العوارض المؤثرة في العَجْر

١. عوارض الأهلية:

بعد أن يتم للشخص أهلية الأداء الكاملة، قد يطرأ عليه ما يؤثر في أهليته فيزيلها، أو ينقصها، أو يعرض له ما يحد من تصرفاته من غير تعرض لأهلية، فيجعلها شبيهة بتصرفات نقص الأهلية، أو لا تحد من تصرفاته إلا بما فيه المحافظة على حقوق الغير، وتسمى هذه الحالات بـ"عوارض الأهلية"، وهذه العوارض ينحصر تكثيرها في أهلية الأداء دون أهلية الوجوب؛ لأن هذه العوارض مهما كان لها في حالة الشخص وفي ملكاته العقلية من تأثير، لا تسلبه عنه الصفة الإنسانية، ولا تجعله أدنى حالة من الطفل الوليد.

العارض في اللغة: الحائل والمانع، يقال: "عرض له عارض" والجمع: عوارض، والعارض: ما يطرأ ويزول من مرض ونحوه، عرض له كذا، يعرض: ظهر عليه وبدًا، والعارض أعم من العرض.

العارض في الاصطلاح: أمور ليست من الصفات الذاتية، أي: ليست لازمة لمهية الإنسان فهي عوارض، ولكل عارض من عوارض الأهلية تأثير خاص، تنشأ عنه أحكام استثنائية لتصرفات الأشخاص الذين يعتريهم العارض، تستثنى من الأحكام الشرعية العامة التي تسري على سواهم.

فبعض هذه العوارض يزيل أهلية الأداء بتأثراً كالجنون، وبعضها ينتقص منها، ويتركها قاصرة الحدود كمرض الموت، والمبدأ العام في كل من هذين النوعين من عوارض الأهلية المزيل والمنقص هو أن المزيل للأهلية يرد الشخص إلى نظير طور الطفولة السابق، وأن العارض المنقص، يرد الشخص إلى نظير طور التمييز، فتثبت له أحكام المميز.

أقسام عوارض الأهلية:

قسم علماء الأصول الأمور المعترضة على الأهلية إلى قسمين:

القسم الأول: عوارض سماوية، وهي التي ليس للإنسان فيها مدخل باختيار، أو اكتساب، وهي: الصغر، والجنون، والعتة، والمرض، والنسيان، والنوم، والإغماء، والحيض، والنفاس، والموت، والرّق. وما يعيننا من هذه العوارض هو ما كان منها مؤثراً في وجوب الحد على من عرض له عارض منها، وهي الصغر، والجنون، والعتة، ومرض الموت.

القسم الثاني: عوارض مكتسبة: وهي التي للإنسان فيها دخل واختيار باكتسابها، ومباشرة أسبابها: كسكر، وهي إما مكتسبة من نفسه كالجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والسفر، والخطأ، وإما مكتسبة من غيره كالإكراه، والذي يعيننا هو ما كان مؤثراً في وجوب الحجر، وهو السفه، والدين، والعوارض السماوية أكثر تغييراً، وأشد تأثيراً.

٢. العوارض المؤثرة في الحجر:

وهو كل عارض ينافي أهلية الخطاب بالإزالة، أو النقص، وهي الصغر، والجنون، والعتة. ويعتبر مرض الموت من العوارض السماوية، أما السفه، والغفلة، والدين، أو الإفلاس فهو من العوارض المكتسبة.

أولاً: الصغر:

الصغر ضد الكبر، وهي المرحلة التي تبدأ من الولادة إلى البلوغ، لكن كيف يكون الصغر من العوارض؟

إنما جعل الصغر من العوارض من أنه حالة أصلية للإنسان في مبدأ الفطرة؛ لأن الصغر ليس لازماً لماهية الإنسان، إذ ماهيته لا تقتضي الصغر، فنعني بالعوارض على الأهلية هذا المعنى، وهو حالة لا تكون لازمة للإنسان، وتكون منافية للأهلية؛ ولأن الله تعالى خلق الإنسان لمعرفة الله تعالى، ولتحمل أعباء التكاليف، فالأصل أن يخلقه على صفة تكون وسيلة إلى حصول ما قصده الله تعالى من خلقه، وهو أن يكون من مبدأ الفطرة وافر العقل، تام القدرة، كامل القوى، والصغر حالة منافية لهذه الأمور، فتكون إذًا من العوارض.

وحكمه قبل أن يعقل كالمجنون - أي: يكون فاقداً للأهلية - إما بعده، أي: بعد أن يعقل، ويصل إلى حد التمييز، فيحدث له ضرب من أهلية الأداء، أي: يكون ناقص الأهلية، فلا تصح منه إلا التصرفات النافعة نفعاً محضاً.

ثانياً: الجنون:

وهو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً، أو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة، والقيحة المدركة للعواقب بالأل

يظهر آثارها، وتتعلل أفعاله، وحكمه يزيل أهلية الأداء بنوعها الكاملة والناقصة، فهو كالطفل غير المميز.

ثالثاً: العته:

وهو اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه، فيشبهه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين؛ وذلك لأن الطفل في أول حاله عديم العقل، فألحق به المجنون، وفي الآخر ناقص العقل، فألحق به المعتوه، وحكمه يزيل أهلية الأداء الكاملة فقط، وله أهلية أداء ناقصة كالطفل المميز، فالعته قد يكون معه تمييز، فيكون المعتوه مميزاً، وقد يكون غير مميز، أما المجنون فإنه لا يكون مميزاً.

والفرق بين الجنون والعته: أن الجنون مرض يستر العقل، ويحول بينه وبين الإدراك الصحيح، ويصحبه هيجان، واضطراب، والعته: مرض يستر العقل، ويمنعه من الإدراك الصحيح، ويصحبه هدوء، وتسقط عنه جميع التكاليف البدنية من صلاة، وحج، وصيام، لأن التكاليف مبنية على القدرة، والعقل، ولما أثر نقصان العقل في سقوط الخطاب في الطفل أثر كذلك في المعتوه الذي يشبه؛ لذلك تصح منه التصرفات النافعة نفعاً محضاً إذا كان مميزاً، ويثبت في ماله المغارم المالية؛ فيضمن من ماله ما يتلفه.

رابعاً: مرض الموت:

المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك، ويصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حالة واحدة من غير ازدياد، فإنه عندئذٍ يعتبر حالة مزمنة حكمها كحكم الصحة.

إما إذا كان يتزايد - ولو تزايداً بطيئاً خفيفاً - فإنه يعتبر مرضاً موات من أوله ولو دام سنين، وكذلك إذا استمر سنة فأكثر دون ازدياد ثم تزايد، واتصل به الموت اعتبر مرض موات من تاريخ ازدياده، ويعتبر مرض الموت تمهيداً لزوال أهلية المريض، وملكيته، ومقدمة لثبوت حقوق الغير في أمواله من الذين ستنقل إليه هذه الأموال بعد موته، وهم الدائنون والورثة، فحكمه عند الفقهاء لا يزيل الأهلية الكاملة للوجوب، والأداء فيما لا يمس حقوق الدائنين، أو الورثة؛ صيانة لحقوقهم المثبتة لهم من قبل الشرع، بذلك اعتبر المريض مرض الموت محجوراً عليه لصالحه.

خامساً: السفه، والغفلة:

فالسفه: خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل باختياره على خلاف موجب العقل والشرع، مع قيام العقل حقيقة، وهو أحد أسباب الحجر عند جمهور الفقهاء.

والتبذير أي: صرف المال في غير ما يراد له شرعاً، وأصله الخفة والطيش.

أما الغفلة: فهي ضعف في الإدراك، يجعل الشخص لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة بسبب البساطة وسلامة القلب، مما يؤدي إلى غيبته في المعاملات المالية، والفرق بين السفه وذي الغفلة أن السفه كامل الإدراك مكابر مندفع في إتلاف المال، مما يجعله ضعيف الإرادة.

أما ذو الغفلة فهو ضعيف الإدراك، ويرجع سوء تصرفه المالي إلى ضعف عقله، وإدراكه للخير والشر، والأول يقصد إتلاف المال غير عابد، ولا مهتم، والثاني لا يقصد إلى الإتلاف، بل هو راجع إلى فساد تقديره، وسوء تدبيره.

حكم السفية، وذي الغفلة:

لا فرق بينهما في الحكم، وجمهور الفقهاء جعل لهم حكم الصبي المميز في العقود، والتصرفات، واعتبروا لهما أهلية أداء ناقصة، والسفيه وإن كان بالغاً عاقلاً إلا أن جمهور الفقهاء يرون الحجر عليه بحكم القاضي لمصلحته، والتي يترتب عليه رفع الضرر عن غيره أيضاً، ولم يخالف في ذلك إلا الإمام أبو حنيفة، وزفر - كما سنعرفه إن شاء الله - حيث منع الحجر عليه.

وسياتي تفصيل هذا الخلاف - إن شاء الله تعالى - في أحكام الحجر على السفية.

سادساً: الدين:

إذا كان الشخص مديناً لآخر بدين مستغرق محيطاً بكل ماله، فإن هذه المديونية تعتبر عارضاً من عوارض أهلية الأداء، فتنقص من أهلية التصرف في المدين، وتجعله محجوراً حجراً عفوياً كالصبي المميز - على رأي جمهور الفقهاء - إذا طلب الدائنون ذلك لتعلق حقهم بجميع ماله، ويطلق عليه الفقهاء المفلس، فلا تنفذ تصرفاته بل تكون موقوفة على رضا الدائنين؛ صيانةً لحقوقهم فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجزوه بطل.

وحقيقة الدين هي كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقضاً، والآخر في ذمة نسيئة.

الحجر: (أسبابه، تقسيماته، ماهيته، حكمه، مشروعيته)،
والسفيه وأثر الحجر على تصرفاته

عناصر الدرس

- العنصر الأول : الحجر: (أسبابه، تقسيماته، ماهيته، حكمه،
مشروعيته) ٤٧٥
- العنصر الثاني : حكم الحجر على السفيه، والسفه الطارئ على
الرشد ٤٨٣
- العنصر الثالث : تفسير الرشد المقابل للسفه، وآراء الفقهاء فيه ٥٠٠
- العنصر الرابع : أثر الحجر على تصرفات السفيه، وحكم إقراره ٥٠٧

الحجر: (أسبابه، تقسيماته، ماهيته، حكمه، مشروعيته)

الحجر في اللغة: مطلق المنع، وأصل الحَجْر في اللغة ما حجرت عليه، أي: منعه من أن يوصل إليه، وكل ما منعت منه، فقد حجرت عليه حجر عليه القاضي حجراً، منعه شرعاً من التصرف في ماله، وحجر عليه الأمر منعه منه، وحجر الحكام على الأيتام منعه، والحجر العقل؛ لأنه يحجر صاحبه، ويمنعه مما تدعو إليه نفسه الإمارة، ومنه قول الله تعالى: ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ [الفجر: ٥٥].

وحجر محجوراً أي: حرام محرماً، أو حاجزاً مانعاً، وممنوعاً أن يجتاز، ومنه قول الله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي مَرَجَ الْبَحْرَيْنِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ وَجَعَلَ بَيْنَهُمَا بَرْزَخًا وَحِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾ [الفرقان: ٥٣].

والحجر بكسر الحاء، وضمها، وفتحها الحرام، والكسر أفصح.

الحجر في الاصطلاح: عرف الفقهاء الحجر بعدة تعريفات أذكر منها ما يلي:

تعريف الحنفية: عرف الفقهاء الحنفية الحجر بأنه منع من نفاذ تصرف قولي.

تعريف المالكية: عرفه المالكية بأنه صفة حكمية توجب منع موصفها من نفوذ تصرفه الزاد على قوته، أو تبرعه بماله.

تعريف الشافعية: عرفوه بقولهم المنع من التصرفات المالية، وعرفه الحنفية بقولهم منع إنسان من تصرفه في ماله.

مقارنة بين التعريفات: بالمقارنة بين تعريف الحجر عند الفقهاء؛ يتبين لنا أنهم قد اتفقوا على أن موضوع الحجر هو التصرفات المالية، وأن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يتصور الحجر عنه، أما

الأقوال فيمكن ردها بمنع وقوع حكمها، وما يترتب عليها، فالحجر لا يمنع نفس التصرف القولي، وإنما يمنع صحته ونفاذه، فهو حجر حكمي، يجعل تصرف المحجور عليه غير مفيد، حتى إذا باع وقبض؛ لا يفيد الملك؛ لذلك كان تعريف الحنفية والمالكية أضبط في تعريف الحجر؛ لأنهم خصوا المنع بالنفاذ، لأن المقصود ليس المعنى الحسي، وإنما منع نفاذ التصرف حتى لو وقع بالفعل، فإنه لا ينفذ، ولا يترتب عليه آثار الشرع.

ثانياً: حكم الحجر ودليله:

المراد بالحكم الصفة الشرعية، وليس المراد به الحكم عند الأصوليين الذي هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين إلى آخره، وقد أجمع العلماء على مشروعية الحجر، ووجوبه على ما كان به سبباً من أسباب الحجر.

وثبتت مشروعية الحجر بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أدلة مشروعية الحجر من الكتاب:

ورد فيه ثلاث آيات كريمات هي:

أولاً: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ووجه الدلالة: أن الله تعالى بين أن من كان عليه دين، إذا لم يكن إقراره بالدين معتبراً؛ لاتصافه بإحدى هذه الصفات الثلاث، وهي السفه لضعف رأيه، ونقص عقله، وسوء تدبيره مع أنه بالغ، أو الضعف لفقدته العقل لصغر، أو جنون، أو عدم استطاعة الإملاء لضعف اللسان، أو لخرس، أو جهل فكل هؤلاء لا يصح منه الإملاء والإقرار، فلا بد أن يقوم غيرهم مقامهم، وهو المراد من قوله تعالى: ﴿فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ﴾

بِالْعَدْلِ ﴿٥٥﴾ أي: ولي كل واحد من هؤلاء الثلاث ينوب عنه وليه في الإقرار بالدين؛ لعدم صلاحيتهم لذلك، وهذا هو معنى الحجر.

ثانياً: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء: ٥] وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى الأولياء عن أن يؤتوا السفهاء الذين يكونون تحت ولايتهم أموالهم؛ مخافة أن يضيعوها؛ ذلك لأن الله تعالى في الآية التي قبلها أمرهم بإيتاء اليتامى أموالهم إذا بلوغ عاقلين، متمكنين من حفظ أموالهم، فأما إذا كانوا غير بالغين، أو غير عقلاء، أو إن كانوا بالغين عقلاء إلا أنهم سفهاء مسرفون، فلا تُدفع إليهم أموالهم إلا أن يزول عنهم السفه فدلّت الآية على جواز الحجر على السفه، وإنما أضيفت الأموال إلى الأولياء، وهي لغيرهم؛ لأنهم يملكون التصرف فيها فنسبت إليهم اتساعاً، ويكفي في حسن الإضافة أدنى سبب، وهو من قبيل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنْتُمْ هَؤُلَاءَ تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ومعلوم: أن الرجل منهم ما كان يقتل نفسه، ولكن كان بعضهم يقتل بعض، فكان أموالهم عين أموالهم لما بينهم، وبينه من الاتحاد الجنسي؛ مبالغة في حملهم على المحافظة عليها.

ثالثاً: قوله ﷻ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] ووجه الدلالة: أن الله تعالى قد أمر الأولياء بأن يختبر اليتامى في معاملاتهم، وحفظهم لأموالهم إذا اقتربوا من سن البلوغ قبل تسليمهم أموالهم حتى لا يضيعوها إذا بلغوا، وفيهم سفه، فدل ذلك على أن هذا الاختبار قد سبقه حجر عليهم لمصلحة أنفسهم، ولا يزول عنهم هذا الحجر إلا بالبلوغ، والعلم برشدهم فإذا رأى الولي في الصغير بعد بلوغه إنه مصلح ماله

حتى لا يقع منه أصراف ، ولا يكون بحيث يقدر الغير على خديعته فقد ظهر
رشده ، فيدفع إليه ماله .

أما أدلة مشروعية الحجر من السنة ، فمنها :

الدليل الأول : ما أخرجه البيهقي في كتاب التفليس باب "الحجر على المفلس ،
وبيع ماله" عن كعب بن مالك أن النبي ﷺ : ((حجر على معاذ ماله ، وباعه في
دين كان عليه)).

ووجه الدلالة : أن حجر النبي ﷺ على معاذ بسبب الدين ، الذي كان عليه ، فيه
دليل على أنه يجوز الحجر على كل مديون ، وعلى أنه يجوز للحاكم بيع مال
المديون لقضاء دينه .

وأخرجه البيهقي أيضاً في سننه كتاب التفليس عن عبد الرحمن بن كعب قال :
((كان معاذ بن جبل شاباً سخياً ، وكان لا يمك شيئا ، فلم يزل يدان حتى أغرق
ماله كله في الدين ، فأتى النبي ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه ، فلو تركوا لأحد لتركوا
لمعاذ لأجل رسول الله ﷺ فباع رسول الله ﷺ لهم ماله ، حتى قام معاذ بغير
شيء)).

الدليل الثاني : عن أنس بن مالك : ((أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان
يبتاع وفي عقده ضعف ، فأتى أهله نبي الله ﷺ فقالوا : يا نبي الله أحجر على
فلان فإنه يبتاع ، وفي عقده ضعف ، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع فقال : يا
نبي الله إني لا أصبر على البيع ، فقال له الرسول ﷺ : إن كنت غير تارك للبيع
فقل : هاء وهاء ، ولا خلافة)) والحديث أخرجه الترمذي في جامعه .

ووجه الدلالة: الحديثُ دليلٌ على صحة الحجر على السفية؛ لأنهم سألوه إياه، وطلبوه منه، وأقرَّهم عليه، ولو لم يكن معروفاً عنده لما طلبوه، ولما أنكرَ عليهم، ولقد لقنه النبي ﷺ أن يقول عند البيع: هاء، وهاء أي: هاء فيعطيه ما فيه يده، أو هاك، وهات أي خذ، وأعطي، ولا خلافة أي: لا خديعة، ولذلك ليطلعه على أنه ليس من ذوي البصائر في معرفة السلع، ومقادير القيمة، ويرى له ما يرى لنفسه، فإن في عقده يعنى: في عقله ضعف أي: في رأيه، ونظره في مصالح نفسه، وقيل: هي العقدة في اللسان فإنه كان أثلغاً.

أسباب الأهلية المختلف فيها:

دليل مشروعية الحجر من الإجماع: أجمع العلماء على مشروعية الحجر على من وجد به سبب من الأسباب الموجبة للحجر، كما ثبت أن الصحابة - رضوان الله عليهم - قد رأوا الحجر على من لا يحسن التصرف المالي، ولم يثبتوا أن أحداً منهم كره ذلك.

فعن عروة بن الزبير قال: ابتاع عبد الله بن جعفر بيعاً، فقال علي < : لأتينا عثمان فلاحجرن عليه، فعلم ذلك ابن جعفر الزبير قال: أنا شريك في بيعتك، فأتى عثمان } قال: تعال احجر على هذا، فقال الزبير: أنا شريك. فقال عثمان: أحجر على رجل شريكه الزبير.

ففي هذا الأثر: دليلٌ على جواز الحجر على من كان سيئ التصرف؛ إذ الظاهر من هذه الواقعة أن الحجر على من كان في تصرفه سفه، كان أمراً معروفاً عند الصحابة مألوفة بينهم، ولو كان غير جائز لأنكره بعض من أطلعه على هذه القصة، ولكان الجواب من عثمان < عن علي - كرم الله وجهه - بأن ذلك غير جائز، وكذلك الزبير، وعبد الله بن جعفر.

فجمهور الفقهاء، والصحابة، والتابعين قالوا بجواز الحجر على الكبير.

حكمة مشروعية الحجر:

إن في الحجر رحمةً بالمحجور عليه، وصوناً لماله من العبث به، وإنفاقه في وجوه غير صحيحة، وفي الحجر شفقة على خلق الله ﷻ حيث خلقهم ﷻ متفاوتين، فمنهم مكتمل العقل والإدراك، وحسن التصرف، فخول له حرية التصرف في ماله، ورتب عليه آثاره، ومنهم ناقص العقل والإدراك، فقيد تصرفه في ماله، حفاظاً له من الضياع، وكذلك من كان منه عديم العقل، جعلت تصرفاته كالعدم صوناً لماله، وتوفيراً له لحين اكتمال عقله؛ ليقدر على مواجهة أعباء الحياة.

وكذلك الحال بالنسبة لكل إنسان لا يحسن التصرف في ماله، فقد شرع الحجر عليه للمحافظة على أمواله من الضياع، وليس في ذلك إهدار لكرامته، وإنما فيه صونٌ له من أن يصبح بسفه في التصرف عالةً على المجتمع بعد تبدد أمواله في غير الوجوه النافعة؛ لذا كان الحجر محققاً لمصلحة المحجور عليه نفسه بحفظه ماله وحقوقه، ولمصلحة المجتمع أيضاً من أن يسوده العوز والفقر نتيجة للإسراف والتبذير، يقول ربنا - جل جلاله - : ﴿ إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ ۗ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ۗ ﴾ [الإسراء: ٢٧].

أسباب الحجر، وتقسيماته:

للحجر عند الفقهاء عدة أسباب، بعضها متفق عليه والبعض آخر مختلف فيه: أما الأسباب المتفق عليها فهي: الصغر، والجنون، والعتة، فيحجر على الصغير غير المميز والجنون؛ لفقدتهما أهلية الإفتاء، ويحجر على الصغير المميز والمعتوه؛ لنقصان أهليتهما.

والفرق بين فقدان الأهلية ونقصانها في الحجر: أن فاقد الأهلية لا ينعقد منه تصرف قطّ، وعبارته تكون ملغاة لا اعتبار لها أم ناقص الأهلية، فعبارته معتبرة، وتصرفاته القابلة للنفع والضرر تكون موقوفة على أجازة من له الولاية المالية عليه، بخلاف التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فهي باطلة غير قابلة للأجازة. فالأولى مثل البيع، والشراء، والإجارة، والثانية مثل التبرعات، وهناك نوع ثالث، وهو التصرف الذي به نفع محض كقبول الهبات بغير عوض، فتقبل منه من غير حاجة إلى إثم.

وأما الأسباب المختلف فيها فهي السفه، والغفلة، والدين، ومرض الموت، والزوجية، فالحجر بسبب السفه، والغفلة، قال به المالكية، والشافعية، والحنابلة، والصاحبان أبو يوسف ومحمد - من الحنفية - خلافاً للإمام أبي حنيفة، والحجر بسبب الدين، وبيع مال المدين لسداد دينه قال به أيضاً المالكية، والشافعية، والحنابلة، والصاحبان أبو يوسف ومحمد - من الحنفية - خلافاً للإمام أبي الحنيفة، والحجر بسبب مرض الموت قال به الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، خلافاً للظاهرية.

والحجر على الزوجة قال به الإمام مالك، ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل خلافاً للحنفية، والشافعية، وابن المنذر، والرواية الثانية عن الإمام أحمد، وابن حزم، ويلاحظ أن سبب اختلاف الفقهاء في الحجر بهذه الأسباب أنها قائمة، فيمن هم في الأصل عقلاء.

تقسيمات الحجر عند الفقهاء:

قسم الفقهاء الحجر تبعاً لتوجه المصلحة فيه، وذلك إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما كان الحجر فيه لمصلحة المحجور عليه نفسه، وهو الحجر على الصغير، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، وذو الغفلة، وموضع الحجر في الصبي، والمجنون، والمعتوه، والتصرفات القولية جميعها أم الأفعال، فيضمن ما أتلفه من ماله، وموضع الحجر على السفيه، وذو الغفلة هو التصرفات المالية الخالصة، أم فيما عداه فهم كالرشداء إلا فيما يمسّ جانب المال، فإنه يكون مقيداً.

القسم الثاني: ما كان الحجر فيه لمصلحة غير المحجور عليه، وهو الحجر على المدين لمصلحة الدائن، والحجر على المريض مرض الموت لمصلحة الورثة، والحجر على الزوجة فيما زاد على ثلث مالها لمصلحة الزوج.

القسم الثالث: ما كان الحجر فيه لمصلحة العامة، وهذا القسم قال به الإمام أبو حنيفة < ويرى الحجر على ثلاثة للمصلحة العامة للمسلمين، وهم الطيب الجاهل، والمفتي الماجن، ومجن فلان مجوناً، ومجانة قلّ حياؤه، وخلط الجد بالهزل، فهو ماجن، والجمع مجان، والماجن من لا يبالي بما يقول، ويفعل، وتكون أفعاله على نهج أفعال الفساق، فهذه هي معنى كلمة ماجن، والثالث: المكاري المفلس، ولكن من هو المكاري؟ المكاري مكري الدواء، ويغلب هذه الوصف المكاري على الحمار، والبغال، أكرى الدار، أو الدابة أجرها كارها مكراً، وكراء أجرة فهو مكارٍ، وأكثرى الدار، وغيرها: استأجرها.

والمكاري المفلس هو الذي يكاري الدابة، ويأخذ الكرى فإذا جاء أوان السفر، ظهر لا دابة له، وليس المراد هنا الحجر بمعنى التصرف القولي، بل المراد المنع الحسي، بأن يحاول، ولي الأمر بينه، وبين الناس، فيظلوهم أن يتلفوا أموالهم، أو أبدانهم.

فالمراد بالحجر عليهم أن يمنعوا من عملهم حساً؛ لأن المفتي الماجن يفسد الديانة المسلم، والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم، والمكاري المفلس يفسد أموالهم، فكان دفع الضرر العام واجباً، وإن كان فيه ألحاق الضرر بالخاص.

ويلاحظ أن ابن حزم الظاهري لم يوجب الحجر، إلا بسببين هما الصغر، والجنون فقط، الحجر على ذوي العاهات لم يذكر الفقهاء في كتبهم حجراً على ذوي العاهات، لكن قانون تنظيم الولاية على المال شرع لهم ما سماه المساعدة القضائية، وهو حجر، وأن لم يكن كاملاً؛ وذلك لأنه جعل تصرفات هؤلاء تكون بالاشتراك مع إقامته المحكمة مساعدة لهم، وذو العاهات الذين تقرر لهم هذه المساعدة هم من اجتمع في الواحد منهم عاهتان، من: الصمم، والعمى، والخرس. فمن كان أصم أخرس، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه التعبير عن إرادته؛ جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً، ومثل هؤلاء من يكون في عجز جسيمي شديد، والقانون بهذا ينظر إلى المصلحة الخاصة لذوي العاهة للمحافظة على أمواله.

حكم الحجر على السفية، والسفّه الطارئ على الرشد

الحجر على السفية عند الفقهاء:

تعريف السفية:

عرّف الحنفية السفية: بأنه المفسد للمال الذي يصرفه في وجوه باطلية، فالسفه تبذير للمال، وتضييع له على خلاف مقتضى الشرع أو العقل.

الفقه المقارن [١]

وعرّف المالكية السفية : بأنه البالغ الذي لا يحسن التصرف في المال. فقال ابن جزى : المبذر لماله إما لإنفاقه باتباع شهواته ، وإما لعدم معرفته بمصالحه ، وإن كان صالحاً في دينه.

وعرفه الشافعية : بأنه المبذر الذي يضيع ماله باحتمال غبنٍ فاحشٍ في معاملة ، أو رميه في بحر ، أو صرفه في محرم.

وعرف الحنابلة : السفية بأنه الذي يعجز عن التصرف في ماله على وجه المصلحة فيصرفه فيما لا فائدة فيه ، أو في حرام كقمار ، أو غناء.

وبهذا يتبين لنا من تعريفات الفقهاء للسفية بأنها اتّفقت على أنه كل من لا يحسن القيام بشئون ماله وتدييره ، وينفق في غير موضع الإنفاق ، ويقابله الرشد ، الذي هو البصيرة المالية التي يكون به الشخص حسن التصرف بالمال ، وذو الغفلة ، وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة ، يتشابه مع السفية في تصرفاته ؛ لذلك تشابها في الأحكام.

حد الإنفاق المقتضي للتسفيه :

قد ينفق الشخص على نفسه من ماله بما يراه البعض إسرافاً كصرفه على ملذاته الحلال من مأكّل ، وملبس ، ومسكن ، أو صرفه في الخير كبناء المساجد ، والمدارس ، والمستشفيات ، ونحو ذلك بدون مقابل.

فهل يعد الإنفاق بإسراف في وجوه الخير ، والكرب والمباحات سفهاً ، أم أن السفه مقصوراً على الصرف في المعاصي؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول للحنفية ، والمالكية : يرون أن الإنفاق في عمل الخير ، والبر مندوب إليه شرعاً إلى أن الإسراف فيه يعتبر من السفه ، وكذلك الإسراف في المباحات ،

كأكل من يشتهي من الأطعمة، ولبس النفيس من الملابس، والسكن الفاخر... ونحو ذلك من كل ما هو على خلاف عادة مثله.

الرأي الثاني للشافعية، والحنابلة: يرون أن الإسراف في ملذات الشخص من مطعم، وملبس... ونحوهما من المباحات، ليس بتبذير، حتى لو كان بصورة لا تليق بحاله؛ لأن الإسراف ما صرف في المحرمات، وكذلك الإسراف في الصدقة، ووجوه الخير ليس بتبذير إلا إذا أضر بعياله.

الرأي الثالث للظاهرية: يرون التفريق في الإسراف في المباحات، ووجوه الخير، والبر بين الغني، والفقير، فالغني الذي يؤدي أصرافه في ملذاته إلى تغيير حاله من غنى إلى فقر، فهذه إسراف محرم إما إذا كان يبقى غناه بعد إسرافه على مأكله، ومشربه، وملبسه، ونحو ذلك فهذا جائز.

وكذلك الفقير إذا أدى إسرافه في المباحات إلى استدانتة، فهذا إسراف محرم.

الأدلة:

استدل الحنفية والمالكية: على أن الإسراف في المباحات، وأوجه البر يعتبر سفهًا؛ لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة بينت أدب الشرع في النفقة في المباحات، إلا يفرط الإنسان، وإلا يضيق أيضًا.

والحسن في ذلك هو القوام أي: العدل، وروي عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: ((إن من السرف أن تأكل كل ما اشتهيت)) والحديث أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الأطعمة، فدل ذلك على أن الإسراف في الإنفاق، ولو في المباحات يكون تبذيرًا محرّمًا، لا ينبغي أن يكون من عباد الرحمن.

واستدل الشافعية والحنابلة: على أن الإنفاق على المباحات، ووجوه الخير لا يُعدُّ من قبيل الإسراف، والسفه المحذور؛ لقول الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نَفَصَلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ٣٢]، ووجه الدلالة: أن الله تعالى بيّن أن الإنفاق على الطيبات من المأكل، والملبس، والمسكن، مهما كثر لا يُعدُّ محرماً، بل هو من قبيل المباح؛ لأن المال إنما يتخذ ليتنعم به الإنسان، فما ينفقه من المباحات، والخيرات لا يعدُّ إسرافاً، أو سفهاً.

واستدل الظاهرية: على أن الإسراف المحرم هو كل ما لا يبقى غني، أو يؤدي إلى الفقر، واستدانة، والعوز لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ [الإسراء: ٢٩]، ووجه الدلالة: أن الآية تُبيّن أن الحلال غير التبذير، والإسراف، وبسط اليد كل البسط، وكل ما لا يبقى معه غنى من النفقات، فهو بسط لليد كل البسط، وهو المحرم فقط.

الترجيح:

أرى أن ما ذهب إليه الظاهرية يعتبر مسلماً، وسطاً لا تشديد فيه، ولا تهاون؛ حيث إنهم قالوا: بجواز إنفاق الشخص ماله على ملذّاته المباحة، وفي الصدقة، وباقي وجوه الخير بشرط إلا يؤدي ذلك إلى ضياع أمواله، وتغيير حاله من الغنى إلى الفقر، أو الاستدانة، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن الله تعالى بين لعباده أن قدر الإنفاق على أن تصرف إليه النفقة هو العفو يقول عز وجل: ﴿وَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوُ﴾ [البقرة: ٢١٩].

والعفو كل ما سهل وتيسر وفضل، ولم يشق على القلب إخراجه، والمعنى: أنفقوا ما فضل عن حوائجكم، ولم تؤنوا فيه أنفسكم فتكونوا عالة، وهذا أولى

ما قيل في تأويل الآية، وقال به كثير من الفقهاء والصحابة؛ أن العفو ما فضل عن العيال.

السبب الثاني: أن الله - جل وعلا - بين أن الإسراف في الإنفاق، ولو كان في البر، وصلة الرحم يعتبر تبذيراً منها عنه؛ لأنه يجعل صاحبه في حكم الشيطان، إذ المبذر ساعٍ في الإفساد كالشياطين يقول تعالى: ﴿وَأَتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا يَبْذِرْ بَذِيرًا﴾ (٦٦) **إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كُنُوزَ أَخْوَانِ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا** ﴿٦٧﴾ [الإسراء: ٢٦، ٢٧].

قال القرطبي: من أنفق ماله في الشهوات زائداً على قدر الحاجات، وعرضه بذلك للنفاد فهو مبذر، ومن أنفق ربح ماله في شهواته، وحفظ الأصل، أو الرقبة فليس بمبذر، ومن أنفق درهماً في حرام؛ فهو مبذر، ويحجر عليه، ولا يحجر عليه إن بذله في الشهوات إلا إذا أخيف عليه النفاذ.

السبب الثالث: أن النبي ﷺ بين أن أفضل الصدقة ما بقي صاحبها بعدها مستغنياً بما بقي معه، فلقد روى حكيم بن حزام < أن رسول الله ﷺ قال: ((خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول))، والحديث أخرجه الإمام مسلم في كتاب الزكاة، والمعنى: أفضل الصدقة ما أبقته بعدها غنياً، يعتمد عليها صاحبها، واستظهر به على مصالحه، وحوادثه، وإنما كانت هذه أفضل الصدقة بالنسبة إلى من تصدق بجميع ماله؛ لأن من تصدق بالجميع يندم غالباً، أو قد يندم إذا احتاج، ويود أنه لم يتصدق بخلاف من بقي بعدها مستغنياً، فإنه لا يندم عليها؛ بل يسر بها.

يقول النووي: قوله ﷺ: ((وابدأ بمن تعول)) فيه تقديم نفقة نفسه، وعياله؛ لأنها منحصرة فيه بخلاف نفقته غيرهم، وفيه الابتلاء بالأهم فالأهم في الأمور

الشرعية، فدلَّ كلُّ ذلك على أن إنفاق الشخص على نفسه، وملذاته المباحة شرعاً، وكذلك إنفاقه في وجوه الخير إذا لم يؤدِّ به إلى العوز والفقير، فإنه لا يعد إسرافاً وسفهاً حتى لو أسرف في الإنفاق.

حكم الحجر على السفه:

السفه أحد العوارض التي تعتري عقل الإنسان، فتؤثر على أهلية الأداء فيه، والشخص قد يصل إلى سن البلوغ دون أن يزول عنه السفه في التصرفات، وقد يبلغ رشيداً ثم يطرأ عليه السفه بعد ذلك، فللسفه حالتان:

إحدهما: السفه المستمر الأصيل، وهو الذي يصاحب البلوغ، ويقترن به، ويستمر بعده.

والثانية: السفه الطارئ، وهو الذي يصيب الشخص بعد أن بلغ رشده.

الحكم إذا بلغ سفيها السفه الأصيل:

اتفق الفقهاء على أن الصبي إذا بلغ سفيهاً، منع عنه ماله كأنه ما زال في حالة الصبا، وذلك عملاً بقول الحق سبحانه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] أي: لا تؤتوا المبدرين أموالهم التي ينفقونها فيما لا ينبغي، وقد تقدم أن إضافة الأموال إلى الأولياء؛ لأنهم متصرفون فيها قائمون عليها، ثم علق إيتاء أموال على إيناسهم الرشده، وصلاح أمرهم حيث قال تعالى: ﴿فَإِنِ اسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآية أي: إن عرفتم، ورأيتم فيهم صلاحاً في العقل، وحفظاً للمال، فادفعوا إليهم أموالهم.

أما صلاح العقل فبزوال الصغر، وأما حفظ المال المصاحب لصلاح العقل فهو بالرشده، واختلف الفقهاء في مدى منع المال عن بلغ سفيهاً على رأيين:

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد من الحنفية، يرى هؤلاء: أن من بلغ سفيهاً استدعى الحجر عليه، ومنع المال عنه حتى يثبت له الرشد، مهما بلغ من العمر، حتى وإن كان شيخاً.

الرأي الثاني: وهو للإمام أبو حنيفة، وزفر، والنخعي: وهو أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة، ولم يثبت رشده - رفع عنه الحجر، ودفع إليه ماله، وأونس منه الرشد، أو لم يؤنس، ووافق الظاهرية الإمام أبو حنيفة في منع الحجر على البالغ، وخالفوهم في هذا التحديد.

أدلة الرأي الأول:

استدل جمهور الفقهاء على أن من بلغ سفيهاً يستمر الحجر عليه حتى يثبت له الرشد بما يلي:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلِيَنَّمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ، ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر أن يدفع إليهم أموالهم إذا جمعوا بلوغاً ورشداً، وإذا أمر بدفع أموالهم إليهم إذا جمعوا أمرين كان في ذلك دلالة على أنهم إن كان فيهم أحد الأمرين دون الآخر - لم يدفع إليهم أموالهم، وإذا لم يدفع إليهم فذلك الحجر عليهم، كما كانوا لو أنس منهم رشداً قبل البلوغ لم يدفع إليهم أموالهم، فكذلك لو بلغوا ولم يؤنس منهم رشداً لم تدفع إليهم أموالهم، ويثبت عليهم الحجر كما كان قبل البلوغ.

الدليل الثاني: قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ الآية يعني: أموالهم كما تقدم، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمَلَّ لَهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ووجه الدلالة في الآيتين: إثبات الولاية على السفية، وقد عمم جل ثناؤه فلم يخص سفيها دون سفية، فغير جائز لأحد أن يؤتي سفيهاً ماله؛ صبيًا صغيراً كان، أو رجلاً كبيراً، ذكراً كان أو أنثى.

والسفيه الذي لا يجوز لوليه أن يؤتیه ماله هو المستحق الحجر لتضييعه ماله، وإفساده، وسوء تدييره.

الدليل الثالث: ولأن الحكم يدور مع علته، وجوداً وعدمًا، والحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيه غالباً، فوجب أن يحجر على من وجد فيه هذا المعنى، وإن لم يكن صغيراً، ثم عدم العقل، ونقصانه بعد البلوغ يساوي عدم العقل، ونقصانه قبل البلوغ في استحقاق الحجرية؛ ولذلك اشترط في رفع الحجر عنه مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد، فدل هذا على أن السبب المقتضي للحجر هو السفه، وهو أمر متحقق ممن بلغ سفيهاً مبذراً فكان أولى بالحجر ممن هو محتمل التبذير، وهو الصبي.

لذلك استديم الحجر عليه؛ لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير؛ فوجب أن يكون الحجر باقياً، ولا يكفي منع المال من يده بدون حجر، فلذلك لا يفيد لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده.

أدلة الرأي الثاني:

استدل الإمام أبو حنيفة، ومن وافقه على أن من بلغ سفيهاً يمنع عنه المال، حتى سن الخمس والعشرين بما يلي:

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا﴾ [النساء: ٦]، ووجه

الدلالة على أن الله تعالى نهى الأولياء على الإسراع في أكل مال اليتيم؛ خشية أن يكبر فيطالبه به حيث كانوا يقولون: ننفق كما نشتهي قبل أن يكبر اليتامى فينتزعوها من أيدينا، وفي ذلك دليل على أنهم إذا كبروا - أي: بلغوا - لزم الأولياء دفع المال إليهم.

الدليل الثاني: قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٢٢]، ووجه الدلالة أن في الآية تنصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ، إذ المراد باليتامى البالغون الذين كانوا أيتامًا، وفي هذه الآية لم يذكر الله تعالى إيناس الرشد.

قال أبو بكر الرازي: لما لم يقيد الرشد في موضع، وقيد في موضع، وجب استعمالهما، فأقول: إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة، وهو سفیه لم يؤنس منه الرشد وجب دفع المال إليه، وإن كان دون ذلك لم يجب عملاً بالآيتين؛ ذلك أن في قول الله تعالى: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ الآية الفاء للوصل والتعقيب، فيكون بين أن دفع المال إليه عقيب البلوغ بشرط إيناس الرشد، وما يقرب من البلوغ في حالة معنى حالة البلوغ، فأما إذا بعد عن أول حالة البلوغ فوجوب دفع المال إليه يكون مطلقاً بقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ غير معلق بشرط إيناس الرشد؛ لأنه بعد أن بلغ خمسًا وعشرين سنة لم يبق أثر للصبأ؛ لتطاول الزمان به منذ بلغ.

الدليل الثالث: أن منع المال عنه كان على سبيل التأديب؛ زجرًا له عن التبذير، والاشتغال بالتأديب يبقى ما لم ينقطع رجاء التأديب، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة، ولم يؤنس رشده فقد انقطع رجاء تأديب؛ لأنه يتوهم أن يصير جادًا في هذه السن، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك إذ المنع للتأديب، وهو لم يبق محلًا لذلك في حق ماله.

ناقش الإمام أبو حنيفة أدلة الجمهور بما يلي :

أولاً: أن الاستدلال بقول الله تعالى: ﴿ فَإِنِ انْتَسَمَ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ الآية، فلا يكون الدفع إلا بعد إيناس الرشد، فرد عليه بالآتي :

وهو أنه بعد تطاول الزمان به لا بد أن يستفيد رشداً، إما بطريق التجربة، أو الامتحان، فإن كان منْعُ المال عنه بطريق العقوبة فقد تمكنت شبهة بإصابة نوع من الرشد، والعقوبة تسقط بالشبهة.

وإن كان هذا حكماً ثابتاً بالنص غير معقول المعنى، فقولته: ﴿ رُشْدًا ﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم، فإذا وجد رُشداً ما فقدَ وجدَ الشرط، فينبغي دفع المال إليه، وقد قيل في معنى ﴿ رُشْدًا ﴾ أي: عقلاً؛ لأنه بالعقل يحصل له رشد ما فقد.

مناقشة الإمام أبي حنيفة :

أولاً: رد الجمهور بأن الحكم بخمس وعشرين سنة لدفع المال إليه - ولو كان سفيهاً - حكماً لا وجه له؛ لا سيما وأن أبا حنيفة - رحمه الله - يرى المقدرات لا تثبت قياساً، وإنما تؤخذ من جهة النص، وليس في المسألة نص، ولا قول من جميع الوجوه، ولا يشهد له المعنى.

ولا شك أن المراد ابتلاؤهم فيما يتعلق بمصالح حفظ المال، فيجب أن يكون المراد ﴿ فَإِنِ انْتَسَمَ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ أي: في حفظ المال، وضبط مصالحه، فإنه إن لم يكن المراد ذلك تفكك النظم، ولم يبقَ للبعض تعلق البعض، وإذا ثبت هذا علمنا أن الشرط المعتبر في الآية هو حصول الرشد، في رعاية مصالح المال، وإذا كان هذا الشرط مفقوداً بعد خمس وعشرين سنة وجب إلا يجوز دفع المال إليه.

ثانياً: وأمّا الآيات فقول: المراد بالسفيه الصغير أو المجنون؛ لأن السفه عبارة عن الخفة، وذلك بانعدام العقل ونقصانه، وعليه يحمل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ أي: صبيّاً أو مجنوناً، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، أما أن يكون المراد الصغار، أو المجانين، أو المراد نهى الأزواج عن دفع المال إلى النساء، وجعل التصرف إليهنّ كما كانت العرب تفعله. وقوله تعالى: ﴿أَمْوَالِكُمْ﴾ يتناول أموال المخاطبين بهذا النهي، لا أموال السفهاء.

ورد الجمهور هذه المناقشة: بأن السفه خفة العقل؛ ولذلك سمي الفاسق سفيهاً؛ لأنه لا وزن له عند أهل الدين والعلم، ويسمي الناقص للعقل سفيهاً لخفة عقله، فيدخل في السفهاء كل من لم يكن له عقل يفي بحفظ المال، والتخصيص بالنساء والصبيان تخصيص بغير دليل فلا يجوز.

والسفيه في الآيتين هو الكبير البالغ؛ لأن السفه اسم ذم، ولا يذم الإنسان على ما لم يكتسبه، والقلم مرفوع عن الضعيف والصغير، فالذم والخرج منفيان عنهما.

أما الكبير: فلأنه لا يحسن النظر لنفسه في ماله، فأشبهه الصبي في وجوب الحجر عليه.

واعترض الظاهرية فقالوا: إن كان السفه في حكم الصبي والمجنون اللذين هما غير مخاطبين ولا مكلفين ولا ولاية لهما - إذًا فيسقطوا عنه الصلاة والصوم.

الترجيح:

بعد ذكر أقوال الفقهاء، وأدلتهم، ومناقشتهم، فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن من بلغ سفيهاً يستمر الحجر عليه حتى يزول السفه عنه، ويثبت له الرشد، وذلك لما يلي:

أولاً: أن القياس الجلي الواضح يقوي الاستدلال بأن المراد من قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ أَسْتَمُّ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية أي: صلاحاً في حفظ المال؛ وذلك لأن الصبي إنما منع منه المال لفقدان العقل الهادي إلى كيفية حفظ المال، وكيفية الانتفاع به، فإذا كان هذا المعنى حاصلًا في الشاب والشيخ كان في حكم الصبي، فثبت أنه لا وجه لقول من يقول: إنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة دُفع إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد؛ لأنه إذا كان هذا الشرط مفقوداً بعد خمس وعشرين سنة وجب ألا يجوز دفع المال إليه، ولأن السفه يُستحكم بمطاوله المدة، وهو في حكم منع المال منه بمنزلة الجنون، والعتة، ولذلك يُمنع دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة، كما كان قبله فكذلك السفه.

ثانياً: لا اعتبار لكونه قد يصير جاداً في هذه السن، فالمجنون يستدام الحجر عليه ما دام مجنوناً وإن كان جاداً، فثبت بذلك أن من وُجد فيه السفه المقتضي للحجر وجب الحجر عليه دون اعتبار للسن، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين سنة يوجبه بعدها؛ لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقياً.

حكم السفه الطارئ على الرشد:

إذا بلغ الشخص رشده، وتولى أمر نفسه ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك: فقد اختلف الفقهاء في إعادة الحجر عليه مرة أخرى بهذا السفه الطارئ، وذلك على رأيين أيضاً - كما تقدم - فيما إذا بلغ سفيهًا، ولكن يلاحظ أن الفرق هنا عند الإمام أبي حنيفة: أن السفه هنا ليس من آثار الصبا، كما في حالة السابقة؛ إذ هناك من يثبت له الرشد مطلقاً، وفيما يلي تفصيل الخلاف:

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية: يرون أن الحجر عليه إذا طرأ عليه السفه بعد الرشد، ولا تعتبر تصرفاته شرعاً.

الرأي الثاني: للإمام أبي حنيفة، وزُفر: يريان عدم الحجر عليه بسفه طارئ بعد بلوغ، ووافقهم الظاهرية؛ لأنهم يمنعون الحجر على البالغ العاقل أصلاً فتصح عندهم جميع تصرفاته، ولا يمنع عنه ماله.

الأدلة:

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل جمهور الفقهاء على وجوب الحجر على السفه مطلقاً - وإن طرأ بعد الرشد - بما يلي:

الدليل الأول: ما ورد في القرآن الكريم من آيات أثبتت الولاية على السفه، وأنه مولى عليه، منها قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِيزَ هُوَ فليَمِلْ وَلِيَّهُ بِالعَدْلِ﴾ وقوله - جل شأنه - : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ الآية، فهذا تنصيب على إثبات الحجر على السفه بطريق النظر له، فإن الولي الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له، قال الإمام الشافعي - رحمه الله - : والسفيه هو المفسد لماله ودينه، والضعيف هو الصبي والشيخ الفاني، والذي لا يستطيع أن يميز هو المجنون، والسفيه اسم لما يتناول المبذر.

الدليل الثاني: ما روي: أن حبان بن منقذ الأنصاري < كان يغيب في البيعات لآفة أصابته في رأسه، فأتى أهله النبي ﷺ فسألوه أن يحجر عليه فقال

له النبي ﷺ: ((لا تبع))، فقال: إني لا أصبر. فقال ﷺ: ((إن كنت غير تارك للبيع فقل هاء، وهاء، ولا خلاصة)) أي: لا خديعة، فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ بسبب التبذير في المال لأنكر النبي ﷺ سؤالهم.

الدليل الثالث: إجماع الصحابة { على جواز الحجر بسبب التبذير، فقد روي: "أن عبد الله بن جعفر < اشترى أرضاً سبخة بستين ألف درهم، وغبن فيها، فلقي عثماناً علياً } فقال له: لم لا تحجر على ابن أخيك؟ ففزع عبد الله بن جعفر من ذلك، ومضى إلى الزبير فأعلمه بذلك، فقال الزبير: أنا شريكك فيها، فأتى علي عثمان } وقال له: احجر على عبد الله بن جعفر، فقال: كيف أحجر على من شريكه الزبير؟" وإنما قال هذا في الزبير؛ لأنه كان معروفًا بجودة التجارة والتبصر فيها، فدل على أن الحجر جائز عندهم، يؤيده أن الزبير احتال بالشركة لدفع الحجر عنه؛ ليبين أنه لا غبن في تصرفه، وهذه قصة اشتهر مثلها، ولم يخالفها أحد في عصرهم فكانت إجماعاً.

الدليل الرابع: "روي أن عائشة > كانت تنفق نفقةً كثيرةً حتى روي أنه كان لها رباغ فهتت ببيع رباغها لتصدق بالثمن، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال: لتنتهين عائشة عن بيع رباغها أو لأحجرن عليها، فبلغها ذلك فحلفت ألا تكلمه، فأتاها ابن الزبير فاعتذر إليها فكفرت عن يمينها وكلمته". ولم ينكر أحدٌ على الزبير ما قاله، وعائشة > بالغة عاقلة.

الدليل الخامس: ولأن كل معنى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال إليه، فإذا طرأ بعد البلوغ اقتضى إعادة الحجر عليه كالمجنون، وهذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيهًا، فإن العلة التي اقتضى الحجر عليه إذا بلغ سفيهًا سفيهه، وهي موجودة هنا، وكما نعلم الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا.

أدلة الرأي الثاني :

استدل الإمام أبو حنيفة على عدم الحجر على من طرأ عليه السفه بعد بلوغه رشده بما يلي :

الدليل الأول: عمومات الآيات القرآنية، كقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبيع السفه ماله تجارة عن تراض فيجوز، وكذلك آيات الكفارات: الظهار، والقتل، وغيرها، ففي هذه العمومات بيان أن هذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعاً؛ سفيهاً كان أو غير سفيه، وارتكاب هذه الأسباب: الظهار، والقتل، نوع من السفه، فدل أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء ما لزمه شرعاً، وبه يتبين لنا أن الحجر عن التصرفات ليس فيه كثير فائدة لتمكنه من إتلاف جميع ماله بهذه الأسباب.

الدليل الثاني: ولأنه حر مخاطب فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد، وفي هذه الوصفية إشارة إلى أهلية التصرف، والمحلية فيه؛ لأنه بكونه مخاطباً تثبت أهلية التصرف؛ فإن التصرف كلام ملزم، وأهلية الكلام بكونه مميّزاً، والكلام المميّز بنفسه لكونه مخاطباً، والمحلية تثبت بكونه خالص ملكه، وذلك يثبت باعتبار حرية المالك، وبعدما صدر تصرف من أهله في محله لا يمتنع نفوذه إلا لمانع، والسفه لا يصلح أن يكون معارضاً للحرية، والخطاب في المنع في نفوذ التصرف؛ لأنه بسبب السفه لا يظهر نقصان عقله، ولكن السفه يكابر عقله، ويتابع هواه، وهذا لا يكون معارضاً في حق التصرف، كما لا يكون معارضاً في توجه الخطاب عليه بحقوق الشرع.

حكم السفه الطارئ على الرشد:

ناقش الإمام أبو حنيفة أدلة الجمهور بما يلي:

أولاً: لو جاز الحَجْرُ عليه بطريق النظر له لكان الأولى أن يحجر عليه عن الإقرار بالأسباب الموجبة للعقوبة؛ لأن الضرر في هذا أكثر؛ فإن الضرر هنا يلحقه في نفسه، والمال تابع للنفس، فإذا لم ينظر في دفع الضرر عن نفسه فعن ماله أولى، أما النظر له باعتبار دينه فهو جائز لا واجب، كما في العفو عن صاحب الكبيرة، وإنما يجوز النظر له بطريق لا يؤدي إلى إلحاق الضرر به وهو أعظم من ذلك النظر، وفي إهدار قوله في التصرفات إلحاق له بالبهائم والمجانين، فيكون الضرر في هذا أعظم من النظر الذي يكون له في الحَجْر من التصرفات.

ورد الجمهور على مناقشة الإمام أبي حنيفة قائلين: إن الحَجْر بطريق النظر له؛ لأن التبذير - وإن كان مذموماً - فهو مستحق النظر باعتبار أصل دينه، ألا ترى أن العفو عن صاحب الكبيرة حسنٌ في الدنيا والآخرة، وذلك يكون نظراً له. والدليل عليه أن في حق منع المال يجعل السفه بعد البلوغ كالسفه قبل البلوغ، بالقياس على عدم العقل ونقصان العقل، وكان منع المال بطريق النظر له فكذلك الحَجْر عليه عن التصرف؛ لأن منع المال غير مقصود لعينه بل لإبقاء ملكه، ولا يحصل هذا المقصود ما لم يقطع لسانه عن ماله تصرفاً، فإذا كان هو مطلق التصرف لا يفيد منع المال شيئاً، وإنما يكون فيه زيادة مؤنة وتكلفة على الولي، في حفظ ماله، إلا أن يتلفه بتصرفه.

ثانياً: ما استدلوا به من روايات هو دليل لنا؛ وذلك لما يأتي:

حديث ابن منقذ الذي يُخدع في البيعات صريح بأن الحَجْر غير مشروع؛ لأنه لو كان مشروعاً لحَجَرَ عليه النبي ﷺ ولما وسع الرجل أن يقول: لا أصبر عن البيع ولا كانت بيعاته تلزم.

ورد الجمهور على هذا بأنه لو كان الحَجْر لا يجوز على البالغ لأنكر النبي ﷺ عليهم سؤالهم، وإنما لم يجبههم إلى الحَجْر عليه؛ لأنه يحتمل أن الذي كان يغبن به مما يتغابن الناس بمثله.

وأما أثر عبد الله بن جعفر فدليلٌ لنا أيضاً؛ لأنَّ عثمان < امتنع من الحَجْر عليه مع سؤال علي < وكلامه كَانَ عَلَى سبيلِ التَخْوِيفِ لَهُ، وَرَدَّ الْجُمْهُورُ عَلَى هَذَا بِأَنَّ عَثْمَانَ < إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الزَّبِيرَ < كَانَ مَعْرُوفًا بِالْكِيَاسَةِ فِي التِّجَارَةِ، فَاسْتَدَلَّ بِرَغْبَتِهِ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى أَنَّهُ لَا غَبْنَ فِي تَصْرِفِهِ، فَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى جَوَازِ الْحَجْرِ بِسَبَبِ التَّبْذِيرِ، فَإِنَّ عَلِيًّا < سَأَلَ وَعَثْمَانَ < اشْتَغَلَ بِبَيَانِ الْعُذْرِ، وَاهْتَمَّ بِذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ < وَاحْتَالَ الزَّبِيرُ لِدَفْعِ الْحَجْرِ عَنْهُ بِالشَّرِكَةِ.

الترجيح:

بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشاتهم: فإني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الحَجْر على من طرأ عليه السفه بعد الرشد؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: أنه إنما صحَّ عبارات العاقل وجوَّزَ تصرفاته؛ ليكون نفعاً له بتحصيل المطالب، فإذا صار ذلك ضرراً عليه كان نفعه في الحَجْر فيجب.

ثانياً: إنه إذا كان سفيهاً مبذراً لأمواله ولم نجحراً عليه؛ لأتلف ماله، ولأبطل ملكه، ولم يبق له من ماله شيء، وإن كان مغفلاً فلا يهتدي إلى التصرفات الراجحة فيتضرر بالغبن الفاحش في التصرفات، فكان في الحَجْر عليهما ومنع نفاذ تصرفهما دفعاً للضرر عنهما، بل وعن المسلمين من حولهما؛ فإن السفيه بإتلافه وإسرافه يصير مطيةً لديون الناس، ومظنةً لوجوب النفقة عليه من بيت المال، فيصير على المسلمين وبألاً، ومثله ذو الغفلة، فيثبت بذلك أهمية الحَجْر على السفيه ومن في معناه من كلِّ مضيعٍ لماله، وليس في الحَجْر إهدارٌ لكرامته، وإتِّمَّما هو رحمةٌ له ومعاونة على صونِ مصالحه، وحفظ ماله، حيث عجز عن التصرف في ماله على وجه المصلحة، وتحقيقاً لهذه المصلحة وجب ألا يُكتَفَى بمنع يديه عن المال فقط دون منع نفاذ تصرفاته؛ لأن منع المال غير مقصود لعينه بل لإبقاء ملكه، ولا يحصل هذا المقصود ما لم يقطع لسانه عن ماله تصرفاً، فإذا كان هو مطلق التصرف لا يفيد منع المال شيئاً؛ إذ يضيع عندئذ أمواله بأقواله، وإن لم تصل إليه يده، فلا يتحقق غرض الشارع في حمايته من سوء تصرفه، ومن المعلوم أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

تفسير الرشد المقابل للسفه، وآراء الفقهاء فيه

تفسير الرشد المقابل للسفه:

تبين لنا مما سبق أن الرشد ليس من لوازم البلوغ، فقد يبلغ الشخص غير الرشيد، على أن نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدل على أنه لا يعتبر رشداً قبل البلوغ، فالبلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور إلى طور

الرشد، وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتخلف عنه، فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ؛ ولذلك جاء نصُّ القرآن الكريم في هذا المقام بمبدأ عام ثابت، وهو ربط كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ - كما تقدم - وهو قول الحق ﷻ: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ فدل ذلك على أن بلوغ الشخص يتحقق بنمو جسمه وعقله، أما رشده فبلوغ هذا العقل، أما بلوغ الجسم فلا يستلزمه؛ لأنه قد يبلغ غير رشيد كما تقدم.

تحديد سن الرشد وثمرته:

أما تحديد سن الرشد فتركته الشريعة لولاية الأمر بحسب مقتضيات الزمن؛ لأن زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص، كما يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة؛ لذلك لم تأت الشريعة بتحديد سن للرشد؛ لأنها شريعة إنما جاءت لتكون مبادؤها خالدة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان؛ ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد، فذهب الإمام أبو حنيفة: إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص، وإطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ولو سفيهاً متلفاً، لكن يؤخّر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب إذا بلغ سفيهاً؛ عملاً بظاهر النص القرآني في عدم تسليمه ماله حتى يرشد، ولكنه لا يُنتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره، فإذا أتمها سلّم إليه ماله ولو ظل سفيهاً، ولا يجوز في نظره الحجز على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون.

ولكن جمهور الفقهاء، وصاحبي أبي حنيفة: قد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد حتى يؤنس منه

الرشد دون تحديد سن معينة للانتظار؛ وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان، وهذا هو الراجح وعليه العمل في المذهب الحنفي.

تحديد سن الرشد في القانون:

اختار القانون المدني سابقاً ثماني عشرة سنة، ثم رُفعت إلى إحدى وعشرين سنة، ومن الواضح: أن رفع سن الرشد إلى حدٍّ معين بعد البلوغ هو اليوم ممّا تقتضيه المصلحة، فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها وتشعبت كثيراً، وتدهورت الأخلاق العامة، وكثرت فنن المحتالين في سلب أموال الناس، فأصبح لا بد من زيادة الاحتياط في حماية الناشئين وصيانة ذمهم وأموالهم بتحديد سن الرشد في حد مرتفع، وهذا لا ينافي الشريعة الإسلامية الحكيمة، بل يوافق مبادئها وفقهها في رعاية المصالح كل الموافقة.

ثمرة تحديد سن الرشد:

المراد بتحديد سن الرشد أن ينصبَّ حد في عمر الشخص ينتهي فيه الحَجْر الطبيعي الذي يفرضه الشرع حكماً على الصغار الناشئين، ولهذا التحديد ثمرتان:

الثمرة الأولى: أنه لا يثبت للشخص الرشد قبل هذا الحد ولو كان بالغاً بالفعل.

الثمرة الثانية: أن الشخص الذي يبلغ سن الرشد المحدد، وهو سليم العقل أي: غير مجنون ولا معتوهٍ - يعتبر عندئذٍ كامل أهلية التصرف حكماً فيرفع عنه الحَجْر الشرعي، ويتحرر من الولاية التي كانت عليه، دون حاجة إلى إثبات رشده كما في تحديد سن البلوغ؛ إذ يعتبر من يتم الخامسة عشرة بالغاً حكماً دون

حاجة إلى إثبات بلوغه فعلاً، والبلوغ يعرف ويعتبر بظهور علاماته الطبيعية، وأهمها في الصبي الإنزال، وفي الفتاة الحيض، أو الحمل، فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون تقييد بسن معينة، فإذا تأخر ظهور علاماته اعتُبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة، فلن البلوغ امتداد بين بداية ونهاية يكون البلوغ الفعلي بينهما بحسب العادة، فبدايتها اثنتا عشرة سنة في الذكور، وتسع سنوات في الإناث؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأقاليم، ففي البيئات الحارة يظهر البلوغ مبكراً، وفي البلاد الباردة يتأخر، فاعتُبر أدنى الحدود الطبيعية فيه، أما نهايتها فقد اختلف فيه الفقهاء، فذهب الإمام أبو حنيفة: إلى أنها ثماني عشرة سنة في الذكور، وسبع عشرة سنة في الإناث، وذهب جمهور الفقهاء، وصاحبها الإمام أبي حنيفة إلى أنها خمس عشرة سنة في الذكور والإناث جميعاً، وهذا هو الرأي الراجح، والمفتى به في المذهب الحنفي.

آراء الفقهاء في الرشد المقابل للسفه:

اتفق الفقهاء القائلون بوجوب الحُجْر على السفه على أن الرشد المقابل للسفه الموجب للحجر هو الصلاح في المال، أي: البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال، بالأل يسرف في الإنفاق بما يؤدي إلى ضياع ماله، وتغير حاله من الغنى إلى الفقر، وقد تقدم بيان ذلك.

واختلفوا في الصلاح في الدين: هل يعتبر للرشد أم لا يعتبر؟ على رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي المالكية، والحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد - من الحنفية -، يرون أن الرشد هو الصلاح في المال؛ أي: تسمير المال وإصلاحه وحفظه بما لديه من البصيرة المالية، ولا يعتبر فيه الصلاح في الدين.

الرأي الثاني: وهو رأي الشافعية، يرون أن الرشد هو الصلاح في الدين والمال، وإصلاح الدين ألا يرتكب من المعاصي ما تسقط به عدالته فيصير فاسقاً، وإصلاح المال أن يكون حافظاً لماله غير مبذر، وإلى هذا الرأي ذهب ابن المنذر، وقد اتفق الشافعية على أنه إذا بلغ الشخصُ مصلحاً لماله ودينه فُيَفَكُّ عنه الحجر، ثم إذا صار مفسداً لدينه وماله، أو لماله فإنه يعاد عليه الحجر، ويرى الظاهرية أن الرشد هو الصلاح في الدين وهو يشمل كل من بلغ عاقلاً مميّزاً مسلماً، وأما إذا عاد مفسداً لدينه وهو مصلح لماله ففيه وجهان:

أحدهما: يعاد عليه الحجر، وهو قول أبي العباس بن سريج.

والثاني: لا يعاد عليه الحجر، وهو قول أبي إسحاق المروزي، والأظهر من مذهب الإمام الشافعي.

أدلة الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول - القائلون: أن الرشد هو الصلاح في المال فقط، فلا يعد الفاسق سفيهاً - بما يلي:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿فَإِنِ اسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوا إِلَيْهِمْ آمَوْهُمْ﴾ قال ابن عباس: يعني صلاحاً في أموالهم، وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً، وإنما حُجِرَ على السفيه للنظر له صيانةً لماله، والفاسق مصلحٌ لماله فيدخل تحت قوله تعالى ﴿رُشْدًا﴾ وهي نكرة في سياق الشرط فتعم، فتتناوله الآية؛ لأن الرشد المذكور في الآية: الإصلاح في المال دون الإصلاح في الدين، بدليل أن الكافر لا يحجر عليه، وأي فسق يكون أعظم من الكفر، ولو كان الفسق موجباً للحجر لحجر النبي ﷺ والخلفاء بعده على الكافر؛ إذ هو أعظم وجوه الفسق، فمن كان مصلحاً لماله فقد وُجد منه الرشد.

الدليل الثاني: ولأن الحَجْرَ شُرْعٌ لدفع الإسراف والتبذير، والمفروض أن الفاسق مصلحٌ لماله فأشبهه العدل، يحقق أن الحَجْرَ عليه إنما كان لحفظ ماله عليه، فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه، والفسق معنى لو طرأ بعد الرشد لم يوجب الحجر، فلم يمنع من الرشد قياساً على المرض.

أدلة الرأي الثاني:

استدل الشافعية على قولهم - إن الرشد هو الصلاح في الدين والمال - بما يلي:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَدَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية، قال ابن عباس: الرشد: العقل، والحلم، والوقار، والحلم والوقار لا يكون إلا لمن كان مصلحاً لماله ودينه، وقال الحسن البصري في تفسيرها: وإصلاح في ماله إصلاح في دينه.

الدليل الثاني: ولأن إفساده لدينه يمنع رشده والثقة في حفظ ماله، كما أن الفسق في الدين يمنع من قبول قوله، وإن عرف منه الصدق في القول.

الدليل الثالث: أن أهل اللغة قالوا: الرشد هو إصابة الخير، والمفسد في دينه لا يكون مصيباً للخير، كما أن الرشد نقيض الغي قال تعالى: ﴿قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦] والغي: هو الضلال والفساد، وقال تعالى: ﴿وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوَى﴾ [طه: ١٢١] فجعل العاصي غاوياً، وهذا يدل على أن الرشد لا يتحقق إلا مع الصلاح في الدين، وردَّ الظاهرية على الشافعية؛ فقالوا: إن تفسيرهم الرشد بالصلاح في المال يعني أن الطوائف من اليهود والنصارى وعباد الأوثان ذوو رُشد، وكان طوائف من المسلمين سفهاء، وحاشا لله من هذا، وما سُمي

الله تعالى قط في القرآن ولا رسوله ﷺ ولا العرب الجاهل بكسب ماله أو المغبون في البيع - سفيهاً، والسفيه الذي ذكر في الآية هو الذي لا عقل له لجنونه.

الترجيح :

أرى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول (المالكية، والحنابلة، وصاحباً أبي حنيفة) من أن الرشد الذي يُرفع به الحَجْر عن السفيه والبالغ - هو الصلاح في المال حتى لو كان فاسقاً، فإن فسقه لا يمنع رشده؛ وذلك لأن الفاسق غير رشيد في دينه، أما في ماله وحفظه فهو رشيد، ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال، ولا يلزم من منع قبول شهادة الفاسق منع دفع المال إليه؛ فإن من يُعرف بكثرة الغلط، أو من يأكل في الأسواق، أو يمد رجله في مجامع الناس، وأشباههم ممن لا تقبل شهاداتهم عند كثير من الفقهاء لما تُمنع عنه أموالهم، ولا يُحجر عليهم، فثبت بذلك أن سبب الحَجْر هو عدم الصلاح في المال.

ونتساءل : هل لهذا الخلاف بين المالكية ومن وافقهم والشافعية ثمرة؟

الجواب : بناءً على الرأي الأول والذي يرى أن ما يزيل الرشد هو ما يتعلق بإفساد المال يترتب ما يلي :

١. أنه لا فرق بين الفسق الأصلي بأن بلغ فاسقاً، أو الفسق الطارئ بعد البلوغ فهما سواء في عدم جواز الحجر.

٢. الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي كسراء الخمر، وآلات اللهو، أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة، وهو معنى السفه الموجب للحجر، فالفهوم من الرشد عرفاً هو

إصلاح المال، والعرف مقدم على اللغة، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دُفع ماله إليه ولم يجبر عليه؛ لأن المقصود بالحجر هو حفظ المال، وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة إليه، لذلك لو طرأ الفسق بعد دفع المال إليه لم يُنزع منه.

أثر الحجر على تصرفات السفيه، وحكم إقراره

أثر الحجر على تصرفات السفيه:

من خلال تتبع الأحكام الحجر على السفيه نتبين أن موضوع الحجر على السفيه هو في التصرفات المالية الخالصة؛ لأن سبب الحجر عليه هو إفساده المال بالإسراف والتبذير، والسفيه الذي نحن بصدده هو في الأصل شخصٌ بالغٌ عاقلٌ، سواءً استصحب بلوغه السفه، أم طرأ السفه عليه بعد أن بلغ الرشد، لذلك كان محور الحجر عليه هو التصرفات المالية، ومثله في ذلك ذو الغفلة، أما فيما عداها من التصرفات فالسفيه وذو الغفلة كالرشيد، إلا ما كان منهما يمس جانب المال فإنهما مقيدان في التصرفات فيها؛ لذلك يلاحظ أنه في حدود الحجر على السفيه وذو الغفلة في الشريعة أنهما مكلفان التكاليف الشرعية كلها من صلاة وصيام وحج وزكاة ولزوم كفارات، وغير ذلك من التكاليف التي كلف الشارع العقلاء القيام بها، كما أنهما مسئولان عن الجنايات التي تقع منهما مسؤولية جنائية كاملة، فتنزل بهما كل العقوبات التي تنزل بغيرهما من العقلاء، فتنقسم بذلك التصرفات إلى الأقسام التالية:

أقسام التصرفات :

قسّم جمهورُ الفقهاء (القائلون بالحجر على السفیه) التصرفات إلى قسمين :

القسم الأول : وهو التصرفات التي تقبل الفسخ، وهي التي يفسدها الهزل كالبيع، والشراء، والإجارة، والهبة... ونحو ذلك، وهذه هي التصرفات المالية التي هي موضع الحجر على السفیه.

القسم الثاني : وهو التصرفات التي لا تقبل الفسخ، وهي التي لا يفسدها الهزل، وهي النكاح، والطلاق، والخلع، فاعتبر الفقهاء عبارة السفیه فيها كعبارة الهازل لضعف إرادته، وهذه قد يكون للحجر فيها أثر إذا مست جانب المال.

وفيما يلي بيان أحكام تصرفات السفیه وأثر الحجر فيها :

١. حكم تصرف السفیه بالبيع والشراء :

إذا تصرف السفیه بالبيع أو الشراء أو الإجارة، ونحو ذلك من التصرفات المالية التي خرجت عن عوض - فإن تصرفه إما أن يكون بإذن وليه أو القيم عليه، وإما أن يكون بدون إذنه، وقد اختلف الفقهاء في صحة بيع وشراء السفیه على رأيين :

الرأي الأول : للإمام أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، والمالكية : يرى هؤلاء أن السفیه إذا تصرف في المال ببيع أو شراء أو نحو ذلك بغير إذن القيم عليه ؛ فإن تصرفه يكون موقوفاً على إجازة وليه، أو رده، تبعاً لما تقتضيه المصلحة، فحكمه وحكم الصبي المميز سواء.

الرأي الثاني: للشافعية، والحنابلة: يرى هؤلاء: أن تصرف السفينة بالبيع والشراء ونحوهما من التصرفات المالية إذا كان بدون إذن ولي فهو باطل كتصرفات الصبي المميز، واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً، واختلفا الشافعية، والحنابلة إذا أذن له وليه على وجهين:

أحدهما وهو الأصح عند الشافعية: أنه لا تصح تصرفاته المالية بعوض حتى وإن أذن له الولي. وثانيهما: أنه يصح إذا أذن له الولي بذلك، وهو الأصح عند الحنابلة.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون: بأن تصرف السفينة في الأموال بعوض من بيع وشراء ونحوهما - يكون موقوفاً على إجازة الولي؛ وذلك لأن إذن الولي علامة أهليته، ولولا أهليته لم يَأْذَن له. والظاهر أن الولي ما أجاز ذلك إلا لمصلحة راجحة نظراً له وإلا لما أجاز له، وإذا حجر القاضي على السفينة صار في حكم الصبي المميز في التصرفات المالية بعوض، وهذا حكمه، بل السفينة أولى؛ لأنه مكلفٌ عاقلٌ ينفذ تصرفه بما يضره كالطلاق، وتصرفه موقوفٌ لاحتمال أن يكون فيه مصلحة، فإذا رأى وليه في مصلحة أجازته وإلا رده، ولأن تلك المعاوضة إن كانت على وجه السداد، ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بد منه وكان فيها مصلحته - فليس هناك ما يمنع نفاذها إذا أجازها من له النظر له.

أدلة الرأي الثاني:

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائلون ببطلان بيع وشراء السفينة بدون إذن وليه؛ وذلك لوجود احتمال الضرر المالي في هذه العقود، واستدلوا على عدم

الصحة فيما لو أذن له الولي بأن الحجّر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا إذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه؛ فلم يصح، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة، ولأن القصد منه المال وهو محجور عليه في المال؛ فلم يصح، واستدلوا على الصحة بأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح، ولأنه عاقل محجور عليه، فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي.

الترجيح:

أرى رجحان القول (صحة التصرف المالي للسفيه إذا كان بإذن وليه) وهو الأصح عند الشافعية؛ وذلك لأن في الإذن له بالتصرف طريقاً لمعرفة رشده أو عدمه، فلا بد أن يخضع للاختبار من حين لآخر حتى يثبت له رشده ابتداءً أو مرةً أخرى، ولأنه إذا صحّ تصرف الصبي المميز بالإذن - والحجر عليه أعلى من الحجّر على السفيه - فلأن يصح تصرف السفيه بالإذن أولى.

فائدة:

يستفاد من اشتراط إذن الولي لصحة تصرفات السفيه المالية أن الحكم عند الفقهاء هو بطلان هذا التصرف، وعلى القاضي استرجاع ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً، فإن لم يكن باقياً بأن أتلفه السفيه أو تلف في يده فبناءً على أنه كان محجوراً عليه وقت التصرف، ولم يؤذن له فيه - فيكون ما تلف من ضمان المشتري ولا شيء على السفيه، وكذلك ما أخذ من أموال الناس يرضاً أصحابها كالذي يأخذه بقرضٍ أو شراءٍ أو غير ذلك رده الحاكم إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه الذي قد سلطه على المال بنفسه، سواء علم بالحجر عليه أو لم يعلم؛ لأنه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حُجر عليه، وإن لم

يعلم فهو مفرط إذ كان في مظنة الشهرة، أما إذا لم يسلطه على المال بل دفع إليه صاحبه على سبيل الوديعة أو العارية فقليل: إنه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه؛ لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه، فأشبهه ما لو كان القبض بغير اختياره، وقيل: إنه لا يضمنه لأنه عرض أمواله للإتلاف وسلطه عليها فأشبهه المبيع، أما إذا أتلفه السفه بالغصب أو الجناية فعليه ضمانه؛ لأنه لا تفريط من المالك، ولأن الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان، فالسفيه أولى.

حكم إقرار السفه:

إقرار الشخص على نفسه بحق للغير إما أن يكون موجباً لعقوبة بدنية، وإما أن يكون موجباً لعقوبة مالية، أو لمال في الذمة، فإذا صدر الإقرار من محجورٍ عليه بالسفه بحق موجبٍ لأحد هذه الأمور فحكمه عند الفقهاء:

اتفق الفقهاء القائلون بالحجر على السفه على أن المحجور عليه للسفه إذا أقرَّ بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا، والسرقة، والشرب، والقذف، والقتل العمد، أو قطع اليد وما أشبهها، فإنه يقبل إقراره ويلزمه حكمه في الحال حداً كان أو قصاصاً؛ ولذلك لأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال، ولأنه من أهل التصرفات لكونه مخاطباً فإذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال فقد اختلف فيه على قولين:

أحدهما: يصح العفو ويجب المال على السفه المقر؛ لأنه عوف عن القصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة.

والثاني: لا يصح؛ لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه للسفه، والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه على مال؛ حيث إن

ماله بالحجر ممنوع عنه، وبناء على هذا القول يسقط وجوب القصاص بالعمو الصادر، ولا يجب المال في الحال، والقولين في مذهب الشافعية، والحنابلة، وأرى أن أصحابهما القول الأول؛ لما ذكر، ولأنه وجوب مال تعلق باختيار غيره لا بإقراره.

حق السفية في المطالبة بالقصاص أو العفو:

ويجوز للسفيه المحجور عليه المطالبة بالقصاص؛ لأنه موضوع للتشفي والانتقام وهو من أهله، ويجوز له العفو على مال؛ لأنه تحصيل للمال لحفظه لا تضييع له.

حق السفية في العفو مجازاً:

فإن كان الواجب القصاص لا غير صح عفو، وإن كان الواجب أحد الأمرين إما القصاص وإما العفو - لم يصح عفو على غير مال، ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين، بخلاف ما إذا تعين القصاص بأنه لم يتضمن تضييع المال.

إقرار السفية بما يوجب عقوبة مالية، أو مال في الذمة:

اتفق الفقهاء (القائلون بالحجر على السفية) على أن السفية إذا أقر بمال كالدين، أو ما يوجب كجناية الخطأ، وشبه العمد، وإتلاف المال، وغصبه، وسرقته، لم يقبل إقراره به؛ لأنه محجور عليه لحظه، فلم يصح إقراره بالمال كالصبي والمجنون، ولأن في قبول إقراره لماله زوال لمعنى الحجر؛ لأنه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له، ولأنه إقرار ربما هو ممنوع من التصرف فيه - فلم يقبل، هذا إذا كان إقراره قبل فك الحجر عنه.

ما يلزم المقرُّ بعد فكِّ الحجرِ:

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم قبول إقرار المحجور عليه بالمال؛ فإنَّهم اختلفوا في قبوله بعد فكِّ الحجرِ عنه، على قولين:

القول الأول: للحنفية، وظاهر قول الحنابلة: وهو أن ما أقر به حال الحجرِ يلزمه بعد فكِّ الحجرِ عنه؛ لأنه مكلفٌ أقرَّ بما لا يلزمه في الحالِ فلزمه بعد فكِّ الحجرِ عنه كإقرار المفلس بالمال.

القول الثاني: للشافعية، ورواية عند الحنابلة: وهو أن إقراره بالمال حال الحجرِ لا يؤاخذ به؛ ومن ثمَّ لا يلزمه حكمه بعد فكِّ الحجرِ عنه، كالصبي والمجنون؛ وذلك لأن المنع من نفوذ إقراره في حال حجره إنما ثبت لحفظ ماله عليه، ودفع الضرر عنه، فلو نفذ بعد فكِّ الحجرِ لم يُفدَّ إلَّا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته.

ويرد على القول الأول: بأن إقرار السفیه يختلفُ عن إقرار المفلس، وهو المحجورُ عليه لحقِّ غيرِه، فإن المانع تعلق حق الغير بماله؛ فيزول المانع بزوال الحق عن ماله، فيثبت مقتضى إقراره، وفي إقرار السفیه انتفاء الحكم لخلل في الإقرار؛ فلم يثبت كونه سبباً، وبزوال الحجرِ لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فكِّ الحجرِ.

الترجيح:

أرى رجحان ما ذهب إليه الشافعية، والحنابلة في الراوية الثانية، وهو عدم لزوم ما أقر به بعد فكِّ الحجر؛ لما ذكروه، ولأن حجر السفیه إنما كان من أجل ضعف

عقله وسوء تصرفه، ولا يندفع الضرر إلا بطلان إقراره بالكلية كالصبي والمجنون.

إقرار السفية بالنسب:

اتفق الفقهاء: على أن السفية المحجور عليه إذا أقرَّ بنسبه يلحقه في الظاهر ثبت النسب؛ وذلك لأن إقراره بالنسب لا يتضمن إتلاف المال؛ لأنه ليس إقراراً بمال، ولا تصرفاً مالياً فقبل منه كإقراره بالحد ونحوه مما لا يوجب المال، أما نفقة المنسوب إلى السفية، وإذا أقر المحجور عليه بسفه بنسب من يلزمه نفقته فقد اختلف الفقهاء فيمن تلزمه نفقته على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء، وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة: يرون أن من أقر له السفية بالنسب فنفقته على المقر، فينفق عليه من ماله من نفقة وغيرها كالسكنى ونحوها؛ وذلك لأن النفقة تثبت ضمناً لما صح منه فأشبهت نفقة الزوجة.

الرأي الثاني: وهو للشافعية، يرون أن نفقة المقر له لا تلزم المقر المحجور عليه بل يُنفق عليه من بيت المال؛ وذلك لأن المقر محجور عليه في المال فلا يُنفق عليه من ماله، والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لقوة ما تعلقوا به.

وصية السفية:

لما كان الأصل في منع تصرفات السفية المالية هو الحفاظ على ماله من الضياع كان القياس أن لا تصح الوصية منه، كما لا تصح منه الهبة بالاتفاق؛ لأنها تبرع محض في حال حياته، إلا أن الفقهاء قالوا بصحة وصيته على خلاف القياس استحساناً، واستثناءً من هذا الأصل، وذلك لما يلي:

الأول: أن في الوصية محض مصلحته، لماذا؟ لأنها قرينة يتقرب بها إلى الله، وهو محتاج إليها، لا سيما في هذه الحالة، والسفاهة لا يجعل كالهزل في جميع التصرفات.

الثاني: أن الحَجْر عليه لمعنى النظر له حتى لا يُتَلَف ماله فيبتلى بالفقر، وهذا المعنى لا يوجد في وصاياه؛ لأن أوان وجوبها بعد موته، وبعدما وقع الاستغناء عن المال في أمر الدنيا، ثبت بذلك أن ما وافق الحق وما يتقرب به إلى الله وما يكون من الوصية للقربات، ولم يأت لذلك صرف ولا أمر يستقبحه المسلمون، فإنه ينفذ من ثلث ماله.

الحَجْرُ عَلَى السَّفِيهِ، وَالْمَرِيضِ، وَالزَّوْجَةِ، وَلِلْمَصْلَحَةِ الْعَامَةِ

عناصر الدرس

- العنصر الأول : نكاح السَّفِيهِ، و لاقه، وخلعه، واجبات السَّفِيهِ
المالية ٥١٩
- العنصر الثاني : بدء الحَجْرِ عَلَى السَّفِيهِ وَالْمَغْفَلِ، ونهايته ٥٢٥
- العنصر الثالث : الحَجْرُ عَلَى الْمَرِيضِ مَرَضِ الْمَوْتِ ٥٣١
- العنصر الرابع : حقوق الدائنين، والموصى له، والورثة ٥٤٩
- العنصر الخامس : الحَجْرُ عَلَى الزَّوْجَةِ لِحَقِّ زَوْجِهَا، وتصديقها من
ماله، والحجر للمصلحة العامة ٥٥٤

نكاح السفیه، وطلاقه، وخلعه، واجبات السفیه المالیة

نكاح السفیه، وطلاقه، وخلعه:

اتفق الفقهاء: على جواز نكاح السفیه؛ وذلك لأنه من الحوائج الأصلية، واختلف الفقهاء في افتقار صحته إلى إذن الولي، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية، والمالكية، والحنابلة: يرون صحة نكاح المحجور عليه بالسفه، أذن له وليه أم لم يأذن له.

الرأي الثاني: للشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة، وأبو ثور: يرون أن نكاحه لا يصح بغير إذن الولي.

أدلة أصحاب الرأي الأول: استدلوا بأن النكاح عقدٌ غير مالي، فصح منه كخلعه وطلاقه؛ ولأنه عقد لا يؤثر فيه الهزل، فلا يؤثر فيه السفه.

أدلة أصحاب الرأي الثاني: استدلوا بأن النكاح تصرف يجب به المال، فإذا صححنا من غير إذن الولي تزوجه من غير حاجة، فيؤدي إلى إتلاف المال، بخلاف ما لو تزوج بإذنه صح؛ لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف ماله.

ويرد على ما استدل به الشافعية: بأن النكاح وإن لزم منه المال فحصوله بطريق الضمان فلا يمنع من العقد، كما لو لزم ذلك من الطلاق، وكلاهما لم يشعرا لقصد المال.

الترجيح:

أرى رجحان الرأي الأول القائل بصحة نكاح السفية بدون إذن الولي ؛ وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية للبالغ العاقل ، وهو ليس تصرفاً محضاً يخشى منه إتلاف المال ، وإن كان يلزم منه المال بطريق التبعية ، إلا أن ذلك يمكن أن يقيّد عليه بما يرى وليّه فيه السداد وإلا رده ، وهو ما قال به السادة المالكية.

ثمرة الخلاف:

وبناءً على الخلاف السابق ؛ فإنّ نظر الفقهاء اختلف كذلك فيما يجب على الزوج من المهر ، إذا تزوّج بغير إذن وليّه ، وذلك على النحو التالي :

أولاً: يرى أصحاب الرأي الأول القائلون بصحة زواج السفية بغير إذن وليّه أنه يتقيّد بالآتي :

١. يُنظر إلى مَنْ تزوّجها وإلى مهر مثلها فيلزمه أقلهما ، ويبطل الفضل عن مهر مثلها مما سمّى ، وهو كذلك كالمريض المديون ، فإنّ التزوّج من حوائجه ، ومن ضرورة صحة النكاح وجوب مقدار مهر المثل ، فأما الزيادة على ذلك فالتزام بالتسمية ، ولا نظره في هذا الالتزام ، فلا تثبت هذه الزيادة ، كالمريض إذا تزوّج امرأة بأكثر من صداق مثلها يلزمه من المسمى مقدار مهر مثلها.

٢. إذا طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله ؛ لأن التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل ، وتنصف المفروض بالطلاق قبل الدخول حكم ثالث بالنص ، وكذلك لو تزوّج أربع نسوة ، أو تزوّج كل يوم واحدة ثم طلقها.

٣. وإن كانت المرأة سفيهة فزوّجت نفسها من كفاءٍ بأقلّ من مهرٍ مثلها -
 جاز، فإن كان أقلّ بما لا يتغابن فيه الناس ولم يدخل بها يقال للزوج: إما
 أن تتم لها أو تفارقها؛ لأن رضاها بالنقصان لم يصحّ، ويخيّر الزوج لأنهما
 رضيا بالزيادة، وإن دخل بها لم يخيّر فوجب مهر مثلها، فلا فائدة في
 التخيير.

ثانياً: ويرى أصحاب الرأي الثاني القائلون ببطلان نكاح السفية بغير إذن الولي
 أنه بناءً على ذلك: إن تزوج السفية بغير إذن الولي ودخل بها، ففي الواجب من
 المهر ثلاثة أقوال:

أحدها: لا يلزمه شيء، كما لو اشترى شيئاً بغير إذن وليّه وأتلفه.

والثاني: يلزمه مهر المثل.

والثالث: يلزمه أقل شيء يستباح به البضع؛ لأن البضع لا يستباح بالإباحة.

طلاق السفية:

اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السفية، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة،
 ويرون صحة طلاق السفية ونفاذه.

الرأي الثاني: لابن أبي ليلى من الحنابلة، والنخعي، ويرون عدم صحة طلاق
 السفية.

الأدلة:

استدل جمهور الفقهاء على صحة طلاق السفية بأدلة ثلاثة:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فوجه الدلالة: أن الآية لم تفرّق بين السفية وغيره.

الدليل الثاني: أن شرط لزوم النكاح البلوغ، وهو موجود في السفية، وهو يملك النكاح، وكل من ملك النكاح وقع طلاقه.

الدليل الثالث: أن يستفيد بالطلاق، فإنه إن كان قبل الدخول رجع إليه نصف المهر، وإن كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة، فالحجر يحفظ المال، والطلاق يوفّره ولا يضيّعه.

أدلة أصحاب الرأي الثاني: استدلوا على عدم صحة طلاق السفية بما يلي: بأنّ البُضْعَ يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمالٍ، ويصحّ أن يزول ملكه عنه بمالٍ، فلم يملك التصرف فيه كالمال.

وَرَدَّ عَلَى ذَلِكَ بَأَن الطلاق ليس بتصريفٍ في المال، ولا يجري مجراه، فلا يمنع منه كالإقرار بالحدّ والقصاص.

الراجع:

أرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: من صحّة طلاق السفية؛ وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولأنه مكلف طلق امرأته باختياره فوق طلاقه.

خلع السفية:

اتفق الفقهاء القائلون بالحجر على السفية على صحّة خلعه ونفاذه؛ وذلك لأنه إذا صحّ طلاقه، ولا يحصل منه مالٌ، فالخلع الذي يحصل به المال أولى، أما ما يمسّ جانب المال في الخلع: فقد اتفقوا على أن المخالعة لا تسلم المال إليه بل

تسلمه إلى وليّه، وبناءً عليه إذا سلّمت المال إلى السفية بعد الخلع، فتلف في يده أو أتلفه؛ وجب عليها ضمانه؛ لأنها سلطته على إتلافه، ولو أذن وليّ السفية للمرأة بتسليم المال إلى السفية فسلمته إليه، قيل: تبرأ من الضمان بهذا الإذن. وقيل: لا تبرأ منه؛ لأنها سلّمت المال لمن هو ليس من أهل القبض.

واجبات السفية المالية:

ما يجب على الشخص من أموال إما أن يجب حقاً لله - تعالى - وإما أن يجب حقاً للعبد، وهذا التقسيم يسري على السفية؛ لأنه في الأصل مكلف.

أ. الأموال التي تجب على السفية لحق الله:

منها ما هو عبادةً محضةً كالزكاة ونفقة الحج عند الاستطاعة، ومنها ما هو عبادة فيها معنى العقوبة ككفارة الحنث في اليمين وكفارة الظهار وغيرهما مما يكون من خصالها التكفير بالمال متمثلاً في الإطعام أو الكسوة، أما الزكاة الواجبة فحكمه فيها كحكم الرشيد من حيث الوجوب، فمتى وجبت الزكاة في مال السفية فإنها تخرج من ماله، إلا أنه لا يفرّق الزكاة بنفسه؛ لأن التفرقة ولاية وتصرف مالي، فيقوم بأدائها عنه القيم على أموال؛ احترازاً أن يصرفها في غير مصرفها، ولو أذن له الولي في التفرقة جاز، ويعين له المدفوع إليه الزكاة، أما نفقة الحج: فإن أراد حجة الإسلام لم يُمنع منها، فإن أحرم بالحجّ صحّ إحرامه؛ لأنه مكلف من أهل العبادات فصحت منه كسائر العبادات، فإن كان فرضاً لم يُمنع من إتمامه، ووجب الإنفاق عليه من ماله إلى أن يفرغ منه؛ لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض، فوجب لئسقط الفرض عن نفسه، وإن كان تطوعاً فنفقته في السفر كنفقته في الحضر تُدفع إليه؛ لأنه لا ضرر في إحرامه، أما إن كانت نفقة السفر

أكثر فقال: أنا أكتسب تمام نفقتي دُفعت إليه أيضاً؛ لأنه لا يضرّ بماله، وإن لم يكن له كسب حلّله الولي من الإحرام، ومعنى حلّله الولي من الإحرام: حلّ الشيء حالاً صار مباحاً فهو حل وحلال، أحل: خرج من إحرامه فجاز له ما كان ممنوعاً منه، ويصير كالمحصر؛ وذلك حفاظاً على ماله من الضياع، ويتحلل بالصوم دون الهدى؛ لأنه محظورٌ عليه في المال، فتحلل بالصوم دون الهدى كالمعسر، ولا يُدفع إليه المال، ولا تُدفع نفقة الحج إلى السفية، وإنما يسلمها القاضي إلى ثقة في الحجّ ينفقها عليه، وأما العمرة فلا يُمنع من عمرة واحدة لوجوبها عند بعض العلماء، ولا يُمنع من الحجّ المقرن؛ لأنه أفضل وأثوب؛ ولأنه لا يمنع من كل واحدة منهما حجّة الإسلام والعمرة على الانفراد فكذا على الاجتماع، بل هو أولى؛ لأنه أفضل.

وأما الكفارات الواجبة على السفية فما كان منها من الأموال لم يكفّر به، وإن فعل لم يجزه؛ لأنه محجورٌ عليه في المال، وما للصوم فيه مدخل فيكفّره بالصوم لا غير، وإن كان جنائياً لا يجزي فيها لصوم، كترك الواجبات في الحجّ فإنه يلزمه الدم، ويؤخر التكفير إلى أن يصير مُصلحاً بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالاً، وإن حنث في يمينه أو عاد في ظهاره كفر بالصيام دون الإطعام أو الكسوة؛ لأنها أموال وهو محجور عليه فيها، على الرغم من أن الرشيد لا يجوز له التكفير بصيام ثلاثة أيام كفارة الحنث إلا بعد العجز عن الإطعام أو الكسوة، فاعتُبر في السفية الحَجْر عليه عجزاً حكماً، فتعين عليه الصوم، وقال بعض الشافعية: إن كان الاعتبار في الكفارة لحال الأداء لم يجزئه الصوم مع اليسار، وكذلك يتعين عليه الصوم في التكفير بالظهار، أو التكفير بالقتل، أو الوطء في نهار رمضان، وكذلك النذر، فإن نذر عبادةً بدنيةً وجب الوفاء بها؛ لأنه لا حَجْر عليه في بدنه، وإن نذر التصدّق بالمال لم يصحّ، ويكفّر بالصيام، ويرى الحنابلة: أنه يلزمه الوفاء بالنذر

بعد فكّ الحَجْر كالإقرار، والأصل عند الشافعية أن ما سقط عن السفية حال الحَجْر من التصرفات لا تلزمه بعد فكّ الحَجْر كالإقرار بالأموال والضمان؛ لأن ذلك يبطل فائدة الحَجْر، لكنهم ذكروا في النذر أنه لم يصحّ منه حال الحَجْر وينعقد في الذمّة، فهذا يعني أنه يبقى في ذمته عندهم إلى ما بعد الحَجْر كما يرى الحنابلة، وكذلك في المذهب قول مثله في التكفير بالحنث.

ب. الأموال التي تجب على السفية من حقوق العباد:

وتجب على السفية من أموال نفقة زوجته وأولاده؛ لأنها من الحوائج الأصلية، والسّفه لا يبطل حقوق العباد، وينفق على من تجب عليه نفقته من ذوي الأرحام؛ لأنه واجب عليه حقاً لقرابته.

أما العبادات فحكم السفية فيها كالرشيد، فتجب عليه، وتصحّ منه جميع العبادات، من صلاة، وصيام، وزكاة، وحج، وعمرة، وجميع النوافل؛ لأنه مخاطب، والحَجْر لا يمسّ جانب العبادات.

بدء الحَجْر على السّفية والغفل، ونهايته

إذا بلغ الشخص، وظهر من تصرفاته أنه غير رشيد، أو بلغ رشيداً ثم صار سفياً: فهل يُكتفى بظهور ما يدل على سفهه من تصرفاته، فيعرف بها أنه سفية، أما لا بد من حكم القضاء ببدء السفه وزواله لثبوت أحكامه؟

اختلف الفقهاء في افتقار الحكم بالسفه وزواله إلى القضاء، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبي يوسف من الحنفية، ويرون أن الحَجْر على السفية يبتدئ من وقت حكم القاضي

بالْحَجْرِ، وكُلُّ تصرفٍ قَبْلَ ذلك نافذ، وكذلك لا بد لإنهاء الْحَجْرِ عليه من حكم القاضي برشده.

الرأي الثاني: لمحمد بن الحسن من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، ويربان أن الْحَجْرَ على السفیه يتدئ من وقت ظهور السّفه، فيحكم بفساد تصرفاته عند ظهور السّفه، وكذلك زوال الْحَجْرِ عليه يزول بزوال السّفه دون حكم قضائيّ بذلك، وقال أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة بقولهما في زوال الْحَجْرِ، وليس في بدايته.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

الدليل الأول: ما ثبت بالأثر أن عليّاً < سأل عثماناً < أن يَحْجُرَ على عبد الله بن جعفر لإسرافه، فدلّ على أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بحكم الحاكم.

الدليل الثاني: أن العلم بالتبذير يختلف ويختلف فيه؛ لذلك احتياج النظر والاجتهاد؛ لأنه ليس بشيء محسوس، وإنما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته، وذلك يحتمل أن يكون للسّفه، أو أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين، فإذا تردّد وافترّد إلى الاجتهاد لا يثبت إلا بحكم القاضي.

الدليل الثالث: أنه حَجْرٌ مختلف فيه بين العلماء، فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء، كالحجر بسبب الدين.

الدليل الرابع: أن الْحَجْرَ عليه نفسه متردّد بين الضرر والنفعة؛ لأن إهدار أهليّته ضررٌ عليه، وإبقاء ملكه نظر له؛ لأن الْحَجْرَ يمنع صحّة بيعه وتصرّفه الماليّ، فبقي ملكه كما كان، ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضي.

الدليل الخامس: أن معرفة الرشد يحتاج إلى تأملٍ واجتهادٍ ونظرٍ وابتلاءٍ، فاحتاج إلى حكم القاضي كابتداء الحَجْرِ عَلَيْهِ، وما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا به.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

تعللوا بقولهم: إن علة الحَجْرِ السَّفَه، وقد تحقَّق في الحال، فيترتب عليه موجهه بغير قضاء كالصَّبَا، والجنون، وكذلك يزول بزوال السفه كما يزول الصبا والجنون، بمجرد البلوغ والعقل.

المناقشة:

ناقش أصحاب الرأي الثاني جمهور الفقهاء بما يلي:

إن حكمَ بالقضاء يكون عند الخصوم، ولا خصومة لأحدٍ هنا، ففارق الحَجْرِ على المدِين؛ حيث إن حجر السفه لمعنى فيه، وهو سوء اختياره، لا لحقَّ الغير، فأشبهه المجنون، وثمة ينحدر بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا، فأما الحَجْرِ بسبب الدين فليس لمعنى فيه، بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضي؛ لأن له ولاية عليه، فيعمل حجه.

وردَّ الجمهور هذه المناقشة بما يلي:

١. إن الجنون لا يشبه السَّفَه؛ لأنه لا يحتاج إلى اجتهادٍ، ولا خلاف في الحَجْرِ عليه فلم يلزمه حكم حاكم، أما السفه والرشد فيفتقران إلى اجتهادٍ وجوداً وزوالاً، والحَجْرِ بالسفه مختلفٌ فيه، فلزم ذلك حكم القاضي.
٢. أننا لو أوقفنا تصرف الناس على الحكم كان أكثر الناس مجبوراً عليهم؛ لذلك اكتفى في الصَّبَا والجنون بظاهر حالهما، وكذلك البلوغ والعقل.

الترجيح:

بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم: فإننا نرى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: من أن السفه بدءاً وزوالاً يحتاج إلى حكم القضاء؛ وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولأن السفه لما كان في الأصل بالغاً عاقلاً فإنه بين سفه ورشد؛ لأنه لا يُكابر في جميع الأحوال، ولكن في حال دون حال فيتوقف على رأي القضاء فيه، ورأي أبي يوسف الموافق لجمهور الفقهاء هو الراجح في المذهب الحنفي.

ثمرة الخلاف:

وتظهر ثمرة الخلاف السابق بين الفقهاء في حكم تصرفات السفه قبل القضاء بسففه، كأن باع من ملكه شيئاً فإنه يصح بيعه وينفذ عند جمهور الفقهاء؛ لأنه تصرف قبل الحكم عليه بالسفه، وعند محمد بن الحسن، ومن وافقه، يكون تصرفه باطلاً؛ لأنه حصل حال السفه.

ما يرفع الحجر عن السفه والمغفل:

يرتفع الحجر عن السفه بزوال سبب الحجر عليه، وذلك بظهور رشده وأمارات حرصه على ماله، كما يُرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، وكل ذلك يعرف عن طريق القضاء وبحكم القاضي على الراجح من أقوال الفقهاء كما مرّ.

الحجر على الشيخ الكبير:

يرى الإمام أحمد: أن الشيخ الكبير إذا اختل عقله حُجِرَ عليه؛ لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة، فأشبهه الصبي والسفيه، وقال المروزي:

أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف في ماله، بأن يضعه في الفساد وشراء المغنيات... ونحوه، ويلاحظ: أن ما نقله المروزي إنما هو مقيّد بإسرافه في أوجه الفساد أو ما يعد إسرافاً فيستفاد من ذلك أمران:

أحدهما: أن الحَجْرَ على الشيخ الكبير، أو حَجْرَ الابن على أبيه ليست العلة فيه الكبر، وإنما فساد تصرفه إن وُجد منه ذلك، وإلا فالكبر في حدّ ذاته هو غاية الاهتداء والخبرة والصلاح في المال، يدل على ذلك أنه ليس كل بالغ رشيد مع أنه ليس كل كبير في السن، كما أنه ليس كل رشيد يستمر على رشده، فقد يعاوده السفه في أي سن.

وثانيهما: أن الحَجْرَ على الشيخ الكبير لما قُيّدَ بالعجز عن التصرف على وجه المصلحة فإن ذلك يقتضي أن الذي يحدّد ذلك هو القاضي، لا الابن ونحوه؛ لأن الحكم بالحجر يحتاج إلى اجتهادٍ لمعرفة سبب الخلل في التصرف، وهذا يؤكد ضرورة وأهمية ألا يحجر على البالغ العاقل إلا بحكم قضائيٍّ - كما يرى جمهور الفقهاء - وحتى لا يتخذ الحَجْرَ ذريعةً لهوى نفس الأبناء في مطمعهم في أموال آبائهم، وهذا منهج الشارع الحكيم حين حرّم الابن القاتل من ميراث أبيه.

الإشهاد على الحَجْر:

إذا حكم القاضي على السفه بالحَجْر يستحب أن يُشهد عليه؛ ليظهر أمره فيجتنب الناس معاملته، ويرى الشافعية، والحنابلة: أن القاضي إن رأى أن يأمر منادياً بذلك ليعلم الناس بحاله حتى لا يغترّ الناس بمعاملته فمن عامله بعد ذلك فقد ضيع ماله، لكن لا يشترط الإشهاد؛ لأنه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به.

حكم التعامل مع السفية :

١. إذا حُجِرَ على السفية فباع واشترى كان ذلك فاسدًا، واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً.

٢. إن أتلّفه السفية أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري، ولا شيء على السفية، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها، كذلك يأخذه بقرضٍ أو شراءٍ أو غير ذلك، رده الحاكم إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فإنه من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم؛ لأنه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حُجِرَ عليه، وإن لم يعلم فهو مفرط إذا كان في مظنة الشهرة، هذا إذا كان صاحبه سلطة عليه، فأما إذا حصل المال في يد السفية باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فأتلفها السفية، ففيها وجهان :

أحدهما: لا يجب عليه ضمانها؛ لأن صاحبها عرضها للإتلاف بتسليمها إليه.
والثاني: يجب عليه الضمان؛ لأن مالها لم يرض بإتلافها فأشبهه إذا غصبه إياها أو أتلفها.

٣. إذا غصب السفية من غيره عيناً فتلفت في يده أو أتلفها في يده، وجب عليه ضمانها؛ لأن السفية أحسن حالاً من الصبي والمجنون؛ لأنه مكلف، ثم ثبت أن الصبي والمجنون إذا أتلف على غيرهما مالاً وجب عليهما الضمان، فكذلك هذا مثله.

الحجر على الشحيح - أي البخيل - :

إذا كان الشخص شحيحاً على نفسه وأهله مع يسار حاله فهل يحجر عليه بذلك؟ فيه وجهان في المذهب الشافعي، أصحهما: أنه لا يحجر عليه.

الحَجْر على المريض مرض الموت

المراد هنا بيان حكم تصرفات المريض في مرضٍ اتصل بموته، وهو ما يطلقُ عليه مرض الموت؛ إذ لا يظهر أنه مرض موت إلا باتصاله بالموت، فإذا اتّصل به يثبت الحَجْر مستنداً إلى أول المرض؛ لأن سبب الحَجْر مرض مميت، وبيان أحكام الحَجْر على المريض مرض الموت يتطلّب منّا أن نتحدّث عن النقاط التالية:

أولاً: تعريف مرض الموت:

المرض في اللغة: السّقم، نقيض الصحة، يكون للإنسان والبعير، وكل ما ضعف فقد مرض، وليلة مريضة: إذا تغيّمت السماء فلا يكون فيها ضوء، ورأى مريض: فيه انحراف عن الصواب، والمرض: الشكّ، ومنه قوله تعالى: ﴿فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ﴾ [البقرة: ١٠] أي: شك ونفاق وضعف يقين. والمرض في القلب يصلح لكلّ ما خرج به الإنسان عن الصحة في الدين. ويقال: قلب مريض: ناقص دين. والمرض في القلب فتور عن الحق، وفي الأبدان فتور الأعضاء، وفي العين فتور النظر، والمرض هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص.

واختلف الفقهاء في تعريف مريض مرض الموت على النحو التالي:

عرّفه الحنفية: بأنه من غلب حاله الهلاك بمرض أو غيره، بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت، وأضناه مرض - أي لازمه - حتى أشرف على الموت.

وعرفه المالكية: بأنه هو الذي يغلب بسببه الموت حسب رأي أهل الطبّ، أو يحدث منه الموت ولو لم يحل الموت به غالباً، أي أن المدار على كثرة الموت من المرض ولو لم يكن غالباً.

وعرفه الشافعية: بأنه كل مرضٍ كان الأغلب منه الموت، أي: يخاف منه الموت، والمراد: ألا يكون الموت به نادراً مثل كل حمى بدأت بصاحبها حتى جهده، ثم تطاولت فكلها مرض مخيف.

وعرفه الحنابلة: بأنه ما كان مخيفاً واتصل به الموت، وقسموا الأمراض إلى أربعة أقسام:

الأول: مرض غير مخيف، حكم صاحبه حكم الصحيح، كوجع العين، أو الصداع اليسير.

الثاني: مرض ممتدّ، وصاحبه صاحب فراش، كالجذام، والسيل... ونحو ذلك.

الثالث: مرض تحقق به تعجيل موته، فينظر فيه: فإن كان عقله قد اختلّ، فهذا لا حكم لكلامه؛ لأنه لا يبقى له عقل ثابت. وإن كان ثابت العقل، كمن اشتدّ به المرض ولم يتغير عقله فليس مرضه مرض موت.

الرابع: مرض مخيف لا يتعجل موت صاحبه يقيناً، لكنه يخاف ذلك كالحمى، والرعاف الدائم، ووجع القلب، والرئة، فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها، وكل ما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء؛ لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين.

وبذلك نجد أن الفقهاء قد تشابهت تعريفاتهم لمرض الموت، وإن اختلفت في بعض التفاصيل، إلا أنني أرى أن تقدير مرض الموت يختلف تبعاً لتقدم الطب في كل عصر.

ثانياً: الحَجْرُ على المريض مرض الموت عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في الحَجْر على المريض مرض الموت، وذلك على رأيين: الرأي الأول لجمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة: يرون وجوب الحَجْر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث في ماله. الثاني للظاهرية: يرى فقهاء الظاهرية: عدم جواز الحَجْر على المريض مرض الموت، فهو كالأصحاء في جميع تصرفاته، فينفذ تصرفه بالهبة، والصدقة، والمحابة في البيع، ويصح إقراره لو ارث أو لغير وارث.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

الدليل الأول: ما ثبت من السنة أن النبي ﷺ نهى المريض أن يتصرف فيما زاد على الثلث من ماله، فقد روي عن سعد بن أبي وقاص < والحديث متفق عليه، قال: ((جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتدَّ بي، فقلت: يا رسول الله، إني قد بلغني بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا. قلت: فالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير؛ إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلةً يتكفّفون الناس)) ووجه الدلالة: أن في الحديث دليلاً على أنه لا

يجوز للمريض مرض الموت أن يتصرّف فيما زاد على ثلث ماله ، وهذا هو معنى الحَجْر عليه .

الدليل الثاني: عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال : ((إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادةً في حسناتكم ؛ ليجعلها لكم زيادةً في أعمالكم)) رواه الدار قطني في سننه ، كتاب الوصايا .

ووجه الدلالة: أن في الحديث دليلاً على أن الإذن لنا في التصرّف في ثلث أموالنا في آخر أعمارنا من الألفاظ الإلهية بنا ، والتكثير لأعمالنا الصالحة ، وقد أباح الله ﷻ للمريض التصرّف فيما لا يزيد عن الثلث ، ولم يوجب الحَجْر عليه في أمواله بالكلية ، ومنعه من التصرّف فيما زاد عن ثلث ماله هو معنى الحَجْر .

الدليل الثالث: أنّ المرض لما كان سبب الموت وهو علة للخلافة كان سبب تعلق الوارث ، والغريم ، فيوجب الحَجْر إذا اتصل بالموت في قدر ما يصاب به حقهما ، وجوز له بقدر الثلث نظراً له ؛ لحاجته إلى تلافي بعض ما فرط منه في حياته ، وما فاته من أعمال البر إما كسلاً أو تهاوؤاً مغروراً بأمله راجياً تدارك ما فاته قبل حلول أجله ، فجاز له ذلك ما لم يتجاوز الثلث كالوصية ، فكان محجوراً عليه في الثلثين لحق الورثة .

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

الدليل الأول: ما ورد من الآثار الدالة على إجازة تصرّف المريض في جميع ماله ، من ذلك ما رُوي عن محمد بن سيرين : أن امرأة رأت في منامها أنها تموت إلى ثلاثة أيام فشذبت مالها وهي صحيحة ، ومعنى شذبت : التشذيب : الطرد

والتفريق ، والتمزيق في المال ، فلما ماتت في اليوم الثالث سأل زوجها أبا موسى الأشعري ، فقال له أبو موسى : أي امرأة كانت امرأتك؟ قال : ما أعلم أحداً أحرى أن يدخل الجنة منها إلا الشهيد ، ولكنها فعلت ما فعلت وهي صحيحة ، فقال أبو موسى : هي كما تقول ، ولم يرد فعلتها ، وعن مسروق : أنه سئل عن من أعتق عبداً له في مرضه ليس له مال غيره ، قال مسروق : أُجيزه ؛ شيء جعله الله تعالى لا أرده ، فدل ذلك على جواز فعل المريض من رأس ماله .

الدليل الثاني : أن الله - تعالى - لم يخص صحيحاً من مريض ، ولو أراد تخصيص شيء من العطايا بالصحة أو المرض ، لبينه الله لنا على لسان رسوله ﷺ .

الترجيح :

يرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء : من وجوب الحَجْر على المريض مرض الموت فيما زاد عن ثلث ماله لما يأتي :

أولاً : قوة ما استدلوا به من الأدلة التي أثبتت أن عطايا المريض جائزة فيما لم تتجاوز ثلث ماله ، فإن تجاوزت الثلث بطلت لعدم الإضرار بحق الورثة ، يؤيد ذلك ما روي ((أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم ، فأقرع بينهم الرسول ﷺ فأعتق اثنين ، وأرق أربعة)) أخرجه مسلم في "كتاب الإيمان" باب "من أعتق شركاً له في عبد" .

فالتصرف في المال في المرض المخوف حكمه حكم الوصية ، وقد ثبت الإجماع على أن الوصية لا تكون بأزيد من الثلث ، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى .

ثانياً: أن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية، فخرجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله، ولا بعده.

ثالثاً: أن الذي يؤخذ من رأس المال هو ما كان بمنزلة المعاوضة أو الدين، والعطية في مرض الموت ليست كذلك، وإنما هي في منزلة الهبة، لذلك كانت من الثلث ولها حكم الوصية في عدة أشياء فوق ما ذكر، منها: أنها لا تصح لو ارثت إلا بإجازة وصية الورثة، ويزاحم بها الوصايا في الثلث، وفضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة، فقد روي أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال: ((أن تتصدق وأنت صحيحٌ شحيحٌ تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا، وفلان كذا، وقد كان لفلان)).

تفارق العطايا في مرض الموت الوصية في عدة أشياء:

أحدها: أنها لازمة في حق المعطي ليست له الرجوع فيها، وإن كثرت؛ لأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه، فلم يملك إجازتها ولا ردّها، وإنما كان له الرجوع في الوصية؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع بخلاف العطية في المرض، فإنها وجدت العطية منه، والقبول من المعطي والقبض، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت.

الثاني: أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي، وكذلك ردّها، والوصايا لا حكم لقبولها، ولا ردّها إلا بعد الموت؛ لأن العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده، والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت.

الثالث: أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العدم، وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر، والوصية بخلاف ذلك.

الرابع: أنها تقدم على الوصية على الراجح عند جمهور العلماء؛ لأن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية، كعطية الصحة.

الخامس: أن الواهب إذا مات قبل تقييضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا، وإن شاءوا منعوا، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم.

تصرفات المريض في مرض الموت:

لما كان مرض الموت مقدماً لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن ستقل هذه الأموال بعد موته من دائنين وورثة، فإن أموال المريض يتعلق بها عدة حقوق هي بحسب وجوب تقديم بعضها على بعض مرتبةً على النحو التالي:

أولاً: حقوق المريض الشخصية، وهي جميع تصرفات المريض التي تعد من الضروريات والحوائج الخاصة بشخصه وبأسرته، وهي:

١. **نفقة المريض:** يثبت للمريض في مرض الموت الحق في الإنفاق من ماله على الضروريات للمريض، للطعام، والسكنى، والكسوة، والإنفاق على من تلزمه نفقته، من الزوجة، والأولاد، والوالدان، كما يحق له الإنفاق على علاجه، ونحوه من الضرورات التي لا غنى لأيٍّ صرف عنها فتصرفه فيها نافذ لا يتوقف على إجازة أحد.

٢. **زواج المريض:** على الرغم من أن الزواج من حوائج الشخص الضرورية إلا أن الفقهاء في حكم زواج المريض مرض الموت، وذلك على رأيين:

الرأي الأول (جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية): يرون صحة نكاح المريض مرض الموت، وهو رأي ابن مسعود، ومعاذ بن جبل، وإبراهيم النخعي.

الرأي الثاني (المالكية في المشهور عندهم): يرون عدم صحة نكاح المريض مرض الموت، وهو رأي عطاء بن أبي رباح، ويحيى بن سعيد، فيفسخ الزواج إن وقع ولو بعد الدخول إلا إن صحَّ المريض قبل الفسخ، وإن لم يدخل الزوج فليس للمرأة صداق، وإن دخل فلها الصداق المسمى، وإن مات قبل الفسخ وبعد الدخول فللزوجة أقلّ من ثلث التركة، ومن المسمى، ومن مهر المثل، ولو مات أحدهما قبل الفسخ، ولو بعد الدخول لا يرثه الآخر.

سبب الخلاف:

يرجع الخلاف بين جمهور الفقهاء وبين المالكية في حكم نكاح المريض إلى عدة أسباب:

أولها: إن خلواً أحد الزوجين من مرض مخوف شرط لصحة النكاح عند المالكية خلافاً للجمهور.

ثانيها: تردّد شبه النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك لأنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث، ويجوز بيعه.

ثالثها: هل يتهم بزواجه في مرض الموت بالإضرار بالورثة، لضم وارث جديد إليهم أم لا؟

أدلة أصحاب الرأي الأول:

الدليل الأول: ما رواه الإمام الشافعي < في مسنده من آثار عن الصحابة والتابعين، تدل على جواز نكاح المريض مرض الموت، منها ما روي عن نافع أن عبد الله بن أبي ربيعة تزوج وهو مريض من بنت حفص بن المغيرة؛ لتشارك مع نسائه في الميراث، وكان بينها وبينه قرابة فجاز ذلك. وروي عن معاذ بن

جبل < قال في مرضه الذي مات فيه: زوجوني؛ حتى لا ألقى الله وأنا عزبٌ. وروي: أن شريحاً قضى في نكاح رجلٍ نكحَ عند موته فجعل الصداق والميراث من ماله.

الدليل الثاني: أنه لم يرد في القرآن الكريم أو في السنة المطهرة ما يدلّ على التفرقة في إباحة وصحة النكاح بين الصحيح وبين المريض، فدلّ ذلك على جواز نكاح المريض والمريضة مرض الموت؛ ولأنه عقد معاوضة ليصحّ في الصحة فيصحّ في المرض كالبيع؛ ولأنه نكاح صدر من أهله في شرط فصح.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

الدليل الأول: روي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله قالا عن تزويج المريض: إن لم يكن مضاراً جاز، وإن كان مضاراً لم يجز، ولها نصف الصداق في ماله. قال: فإن خلا فلها الصداق من الثلث. وروي عن الزهري في نكاح المريض أنه قال: ليس له أن يدخل الإضرار على أهل الميراث، ولا نرى أن ترثه إن فعل ذلك ضراراً.

فهذه الآثار صريحة في النهي عن زواج المريض إذا كان فيه ضرر على بقية الورثة، والجواز فيه إدخال واجه جديد فلا يجوز لوجود علة المنع، وهو الإضرار بالورثة.

الدليل الثاني: أنه كما لا يجوز طلاق المريض مرض الموت إذا كان فيه ضرر، فكذلك لا يجوز نكاحه أن في كليهما ضرر.

المناقشة:

ناقش المالكية ما استدللّ به جمهور الفقهاء، فقالوا:

- أ. إنَّ إطلاق إباحة النكاح دون تخصيصٍ الصحيح من المريض ؛ لأن ذلك محمولٌ على الصحيح لما في نكاح المريض من الضرر اللاحق بالورثة، والقاعدة: أنه "لا ضرر ولا ضرار" كما روي ذلك عن رسول الله ﷺ.
- ب. أن ما روي من الآثار ليس فيها ما يدل على جواز نكاح المريض إن كان فيه ضرر على الورثة.

وناقش جمهور الفقهاء أدلة المالكية فقالوا:

- أ. إن الآثار التي استدلّوا بها عن التابعين معارضة بالآثار المرويّة عن الصحابة، وقول الصحابي مقدّم على قول التابعي، وقد ثبت عن الصحابة { القول بجواز نكاح المريض.
- ب. أما قياسهم نكاح المريض على طلاقه فهو قياس خطأ؛ لأنهم أجازوا طلاق المريض وورثه بعد ذلك، فإن أرادوا إصابة القياس أجازوا نكاحه ومنعوا الميراث مع ذلك.
- ج. أما القول بإدخال الضرر على الورثة لضم وريث جديد إليهم فهو أمر مفترض وغير مسلّم به، وقياس مصلحي، لا يجوز عند أكثر الفقهاء، فمن يدري فقد تمت هي قبله فيرثها فيزيد ذلك نصيب الورثة منه بما يرثه من زوجته.

الترجيح:

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم فإنني أميل إلى ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة نكاح المريض مرض الموت؛ وذلك لقوة ما استدلوا به؛ ولأن قصد الإضرار بالورثة أمر يمكن الوقوف عليه بشواهد الأحوال فلا يمنع من حقه في النكاح، إلا إذا تبين به إيذاء الورثة في حقهم.

طلاق المريض :

اتفق الفقهاء على وقوع طلاق المريض مرض الموت، ويتوارثان في عدة الطلاق الرجعي، وكذلك صحة المخالعة في المرض، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة؛ لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع.

واختلفوا في ميراث المطلقة البائن في مرض الموت، وهو ما يطلق عليه طلاق الفار، أي: الهارب من توريث زوجته منه لتطليقها في مرض موته، أو الغالب من فعله أنه أراد ذلك، ففيه أربعة آراء:

الرأي الأول: وهو للشافعية والظاهرية، ويرون أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت لا ميراث لها من زوجها إن مات في هذا المرض الذي طلقها فيه، وهو رأي علي بن أبي طالب وابن عباس.

الرأي الثاني: للحنفية، والشافعية في القديم، ويرون أنها ترث من زوجها، ما دامت في العدة. وهو رأي الأوزاعي، وإبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب، ومروي عن عائشة > .

الرأي الثالث: للمالكية، ويرون أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ترث زوجها إذا مات، سواء كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت بعده أم لم تتزوج.

الرأي الرابع: للحنابلة، وابن أبي ليلى، ويريان أن المطلقة البائن ترث زوجها إذا طلقها في مرض الموت، وإذا انقضت عدتها ما لم تتزوج بزواج آخر.

سبب الخلاف :

ويرجع الخلاف بين الفقهاء في حكم ميراث المطلقة البائن في مرض الموت إلى اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن

يكون إتما طلق زوجته في مرضه ليقطع حظها من الميراث، فمن يرى العمل بسدّ الذرائع أوجب ميراثها ليردّ عليه قصده اعتباراً بقاتل مورثه، بجامع كونه فعلاً محرماً أو غرضاً فاسداً، ومن لم يرَ العمل بسدّ الذرائع واعتبروا وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراث.

فائدة:

يلاحظ: أن جمهور الفقهاء قد اتفقوا على أنّ المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ترث من زوجها، إلا أنه مختلف في شرط ذلك، ففرقة قالت: لها الميراث ما دامت في العدة - وهم الحنفية والشافعي في القديم - وفرقة اشترطت ألا تتزوج بزوج آخر - وهم الحنابلة - . بينما ورثتها المالكية بدون شرط، وهذا خلافاً للشافعية والظاهرية؛ فقد نفوا ميراثها أصلاً.

الأدلة والمناقشات:

أولاً: أدلة المانع لتوريثها:

استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بعدم توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت بما يلي:

الدليل الأول: ما ثبت من الآثار التي دلت على أنها لا ميراث لها؛ من ذلك ما روي أن عبد الله بن الزبير قال: طلق عبد الرحمن بن عوف تماضر بنت الإصبع الكلبية فبتها، ثم مات عنها وهي في عدتها، فورثها عثمان. قال ابن الزبير: وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة.

وروي عن ابن عباس { في الذي طلق امرأته في مرض موته قبل أن يدخل فيه قال: ليس لها ميراث، ولها نصف الصداق.

ووجه الدلالة: أن الأثرين أثبتا أن رأي كثير من الصحابة هو عدم توريث المطلقة البائن، ولم يعرف لهم مخالف؛ فكان إجماعاً على أن المبتوتة في المرض لا ترث. **الدليل الثاني:** أن القول بتوريثها يجعلها في حكم الزوجة، وهذا غير صحيح من وجوه:

أحدها: أن الطلاق البائن يقطع الزوجية حتى لا يملك الزوج رجعتها، بخلاف الرجعي؛ فإنها في حكم الزوجة حتى تنقضي عدتها، والله تعالى ورث الزوج من الزوجة وورث الزوجة من الزوج ما دام قد كانا زوجين، وهذان ليسا بزوجين.

ثانيها: أن الزوجة تعتد من وفاة الزوج أربعة أشهر وعشرة، والباقي لا تعتد كذلك فليست بزوجة فلا ترثها.

ثالثها: أن سبب الإرث هو ارتفاع النكاح بالموت، والنكاح هنا ارتفع بالبينونة قبل الموت، فلم يوجد سبب الإرث، والحكم لا يثبت بدون سبب.

رابعها: مما يدل على أنها ليست زوجة فلا تأخذ حكم الزوجة أن الزوجة لها أن تغسل زوجها إذا مات، وله أن يغسلها إذا ماتت، وهذه لا يجوز لها أن تغسله، ولا هو كذلك؛ لارتفاع الزوجية قبل الموت؛ فثبت بذلك أن من مات زوجها والزوجية قائمة أو في حكم القائمة، هي فقط التي لها حكم الزوجة. أما المبتوتة قبل الوفاة فلا تعد زوجة؛ فلا ميراث لها.

الدليل الثالث: أن الزوجة إذا ماتت بعد طلاقها لا يرثها زوجها، فكذلك هي لا ترثه، فحكم الطلاق في الصحة والمرض سواء.

وناقش المجوزون لتوريثها أدلة المانعين بما يلي :

١. أن قول ابن الزبير: "إنه ما ورثها" إنما كان لعدم علمه بوجه الاستحسان، والعلة التي ورث عثمانُ بها مطلقاً عبد الرحمن بن عوف، وهُوَ رَفَعُ الضررِ عَنْهَا. وكذلك ما روي عن ابن عباس من "أنَّ المطلقة في المرض لا ترثُ" فالمراد منه المطلقة التي انقضت عدتها، وهذا ما نقول به.
٢. أن هناك فرقاً بين توريث الزوج من زوجته وتوريثها منه في هذه الحالة؛ وذلك لأن الطلاق يقع من جهة الزوج، وهو الذي يملك أمره، وتطليقها في مرضه دليل على قصد الإضرار بها، فيعامل بنقيض قصده، أما الزوجة فلا يقع منها طلاق، ولا ينسب إليها ضرر؛ فوجب أن ترثه لرفع الضرر عنها.

ثانياً: أدلة المجوزين لتوريثها:

- استدل القائلون بتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت ما دام في العدة بالآثار والمعقول، أما الآثار فمنها:
١. ما روي عن السيدة عائشة > أنها قالت في المطلقة وزوجها مريض: "ترثه ما دام في العدة".
 ٢. روي عن عمر بن الخطاب < أنه قال: الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً ورثته ما كانت في العدة.
 ٣. روي عن عثمان < أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف لما طلقها في مرضه، ثم قال: "ما اتهمته، ولكنني أردت السنة" وأخرج هذه الآثار

البيهقي في سنّيه، ووجه الدلالة حيث ثبت عن بعض الصحابة توريث
المبتوتة في المرض.

وناقش المانعون هذه الأدلة بما يلي:

١. أن ما روي عن السيدة عائشة > لا يصلح للاستدلال؛ لأن في الأثر
سعيد بن أبي عروبة وهو لم يسمع من عروة شيئاً، فلا ندري عن من أخذ.

٢. ما روي عن عمر < فيه إبراهيم النخعي، وهو لم يسمع من عمر ولا
من ابن عمر }، وإذا صحّ من طريق إبراهيم عن شريح؛ فإنها رواية
واحدة خالفوا فيها طائفة من الصحابة لا يعرف لهم فيها مخالف، بل إنهم
خالفوا عمر < في هذه الرواية؛ حيث عملوا ببعضها وتركوا البعض
الآخر؛ لأن فيها عن عمر بن الخطاب < : إن جروح الرجال والنساء
سواء، إلا الموضحة والسن فيما جاء فعلى النصف، وإذا طلق امرأته ثلاثاً
ترثه ما دامت في العدة، وهذا باطل بالاتفاق.

٣. أما ما روي عن عثمان بن عفان < فإنه لم يرهُ طلاقاً، وأنه أمر عبد
الرحمن بن عوف بمراجعتها، وهذا خلاف قولكم، ثم إن رواية الثقات
عنه أنه لم يورثها إلا في العدة، فكذلك روي ورثها منه بعد العدة، فلا
يجوز الحكم بقضية قد صحّ الوهم فيها، فلا ندري كيف وقعت.

وأما المعقول فإن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته يكون قصد حرمانها ما
أوجب الله تعالى لها من حق شرعي، فيستحق أن يعامل بنقيض قصده، وذلك
بتوريث زوجته ومنع أثر الطلاق في حقها؛ دفعاً للظلم عنها.

وردّ المخالفون دليل المعقول بأنه حين طلق لم يفكّ من كتاب الله، وما أوجب عليه من الميراث؛ لأنه أخذ بكتاب الله؛ فقد أباح الله تعالى الطلاق وقطع بالثلاث وبالطلاق قبل الوطء - جميع حقوق الزوجية من النفقة وإباحة الوطء والتوارث، فأين ها هنا الفرار من كتاب الله ومن الميراث؟! إنما الفرار لو قال: لا ترث مني شيئاً. دون أن يطلقها، بل الفرار من كتاب الله هو توريث من ليست بزوجة، أو من قد حلت لها زواج غيره، أو من هي زوجة لغيره، هذا هو خلاف كتاب الله حقاً بلا شك.

واستدل القائلون بتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت مطلقاً، سواء كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت بعده أم لم تتزوج - وهم المالكية - بما يلي:

أن الزوج إن قصد بطلاقها في مرض الموت الإضرارَ بها بحرمانها من الميراث، فوجب رفع هذا الضرر اللاحق بها؛ وذلك بمعاملة بنقيض قصده، فترثه.

ورد المخالفون بما مرّ من أنه لا يعتبر فأراً من كتاب الله، وليست هي بزوجة حتى ترثه، وإن كانت ترثه بالزوجية فواجب أن يرثها هو الآخر بالزوجية؛ إذ من الباطل أن تكون هي امرأته ولا يكون هو زوجها، فإن قالوا: ليست امرأته. قلنا: نعم، فلم ورثتموها ميراث الزوجة؟!

واستدل القائلون: بأنها ترثه ما لم تزوج بزواج آخر - وهم الحنابلة - بما يلي:

روي عن أبي بن كعب فيما طلق امرأته ثلاثاً في مرض موته قال: "لا أزال أورثها منه حتى يبرأ، أو تتزوج، أو تمكث سنة".

وروي عن الشعبي في التي يطلقها في المرض قال: ترثه، وإن كان إلى سنين ما لم تزوج، ووجه الدلالة أن هذه الآثار أثبتت ميراث المطلقة في مرض الموت، شريطة

ألا تكون قد تزوجت بعده بزواج آخر، وهذا ثابت عن كثير من الصحابة، وقولهم حجة في ذلك.

ورد المخالفون: بأن الرواية عن أبي بن كعب ساقطة لا تصح، ثم هي مخالفة لهم؛ لأن فيها: "إلا أن تتزوج"، فبطل تعلقهم بما هم أول المخالفين له؛ ولأن الله تعالى إنما ورث الزوجين بعضهما من بعض، ومن حين طلاقها ألبتة لم تعد زوجة، ولا لها حق الزوجة، فكيف يستمر هذا الحق إلى سنين بعد الطلاق؟!

الدليل الثاني: واستدلوا من المعقول بأنها لم تتزوج، فإن عدتها في حق الميراث لا تنتهي، فإذا تزوجت فلا ميراث لها؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها فيه، كما لو سألتها الطلاق في الابتداء، ولإجماع المسلمين على أن المرأة لا ترث زوجين.

ورد المخالفين بعدم صحة هذا الاستدلال؛ لأن الطلاق البائن يقطع حقوق الزوجية ومنها الميراث. والقول بأن عدتها في حق الميراث لا تنتهي تؤدي إلى أن يكون في الشرع نوع طلاق يكون له بعض أحكام الطلاق، وبعض أحكام الزوجية، وهذا غير جائز، فتبين بذلك أنه لا ميراث لها.

الترجيح:

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم؛ فإننا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول - وهم الشافعية والظاهرية - القائلون بعدم توريث المطلقة البائن في مرض الموت؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، وموافقته للعقل والنقل؛ لأنه لا يعقل أن المبتوتة تظل زوجة في حق الميراث من زوجها، ولا يكون هو زوجها ولا يرثها، كما أنه لا يوجد في الشرع نوع طلاق يجمع بين أحكام الطلاق وأحكام الزوجية بعد رفع الزوجية بالبتات.

وقد ثبت: أن أحكام الزوجية تخالف أحكام الطلاق؛ لأن الأولى زوجة والثانية أجنبية، بدليل: أنه لو وطئها بعد البتات رُجمَ، ثم هي يجوز لها أن تتزوج من آخر فكيف يكون لها حقوق الزوجية.

عقود المريض:

اتفق الفقهاء: على أن للمريض مريض الموت مباشرة العقود الواردة على المنافع، سواء أكانت بعوضٍ أو غير عوض، ولو كان العقد بأقل من عوض المثل فله مباشرة عقد الإيجارة، والإعارة، والمساقاة، والمزارعة... ونحوها، ولكنهم اختلفوا في توقف صحة هذه العقود على إجازة من له الحق في مال المريض من الدائنين والورثة على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية، ويرون أن مباشرة المريض لهذه العقود - صحيحة، دون توقف على إجازة أحد من أصحاب الحقوق في ماله.

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء غير الحنفية، ويرون أن العقود الواردة على المريض تكون متوقفة على إجازة الدائنين والورثة.

وسبب الخلاف: يرجع إلى اختلافهم في اعتبار المنافع من الأموال أم لا؟

فعند الحنفية ليست أموالاً فلا يتعلّق بها حقٌّ لأحد الدائنين أو الورثة؛ ولأن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد العاقدين، فلا يكون هناك حاجة لاعتراض الدائنين أو الورثة.

وعند الجمهور: تعد المنافع أموالاً فالتصرف فيها يكون خاضعاً لإجازة أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة، وهو الراجح الذي نميل إلى ترجيحه.

أما العقود المتعلقة بالربح فتصح من المريض ولو بغبن؛ لأن الربح لا حق لأحد فيه؛ ولأن الشركة تقتل بموته، فلا ضرر فيها على أحد؛ لأن حقوق الدائنين أو الورثة تتعلق بأعيان الشركة أو بماليتها، وكل تصرف يضطر إليه المريض أو لا يمسّ حقوق الدائنين أو الورثة هو نافذ، لا يتوقف على إجازة أحد، وتصرفات المريض إذا كانت قابلة للفسخ فإنها في حال حياته صحيحة نافذة؛ لأنه بكامل أهليته، أما بعد وفاته وقد تأكد أن التصرف كان في مرض الموت إذا اتصل به الموت فإنه يكون موقوفاً على إجازة أصحاب الحقوق إذا كان ضاراً بمصلحتهم، كالبيع والهبة، والوقف، وبيع المحاباة، وكالبيع المشتمل على غبن، وإذا كان التصرف لا غبن فيه ومع أجنبي غير وارث نفذ دون توقف على إجازة أحد.

أما تصرفاته التي لا تقبل الفسخ كالزواج إذا زاد الصداق على مهر المثل، والطلاق، والعفو عن القصاص، فإن الجانب المالي فيها يكون معلّقاً حكمه، فينفذ بعد الموت من ثلث التركة كالوصية.

حقوق الدائنين، والموصى له، والورثة

من الحقوق التي تتعلق بأموال المريض مرض الموت حقوق الدائنين، وتأتي في مرتبة تنفيذها بعد حقوق المريض الخاصة، فإذا كان المريض مديناً منع من التصرف الضار بمصلحة الدائنين، وينشأ عن ذلك أن الديون تصبح متعلقةً بمال المريض وذمته جميعاً، بعد أن كانت متعلقةً قبل المرض بذمته فقط؛ وذلك لعجزه عن السعي والاكتساب فتضعف ذمته، فيضم إليها ماله توثيقاً، ومن هنا يعتبر المريض مرض الموت محجوراً بالنسبة إلى الدائنين حجراً عاماً مطلقاً غير مقيد بحدٍّ محدود في ماله، بخلاف الورثة، فالحجر محدود بثلثي ماله، وكما سيأتي.

فإذا كان دَين المريض مستغرقاً - أي: محيط بكل ماله - فإنه يكون محجوراً عن كل تبرع باتفاق الفقهاء، فإذا تبرع بأي صورة كانت، ولو بطريق البيع بمحابة أو بضمن بخس، كان تصرفه غير نافذ، بل يتوقف على إجازة الغرماء، أما إذا كان الدَّين غير مستغرق فينفذ تبرعه، كما تنفذ وصيته من ثلث الباقي بعد وفاء الدين، فإن زاد تبرعه على ثلث الباقي توقّف الزائد على إجازة الورثة؛ لأنّ حقهم في الثلثين.

إقرار المريض بالدين:

إقرار المريض مرض الموت إما أن يكون لوارثٍ أو لأجنبيٍّ، فإن كان إقرار المريض لوارث، فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا الإقرار، على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية والشافعية في قول، والحنابلة: يرون أنه لا يصحّ إقرار إلا بإجازة الورثة، لأنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته، فلا يصحّ بغير رضا بقية ورثته كهفته.

الرأي الثاني: للمالكية والشافعية في القول الآخر: يرون صحة إقرار المريض للوارث إلا أن الإمام مالك اشترط عدم التهمة، كمن له بنت وابن عم، فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل؛ لأنه لا يتهم بأنه يزوج ابنته ويوصل المال لابن عمه.

وسبب الخلاف: يرجع إلى وجود تهمة الإيثار في الإقرار للوارث، فمن رأى أن الإقرار للوارث لا بد فيه من تهمة الإيثار على بقية الورثة منع صحّة إقراره، واشترط لدفع التهمة إيجاز بقية الورثة، وخصّ المالكية المنع بوجود تهمة حقيقية في إقراره - كما تقدم - وإلا فصح.

وَرَدَّ عَلَى المَالِكِيَّةِ: بَأَنَّ التَّهْمَةَ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهَا بِنَفْسِهَا، فَوَجِبَ اعْتِبَارُهَا بِمِظْنَتِهَا وَهِيَ الْإِرْثُ، وَمَنْ رَأَى: عَدَمَ التَّهْمَةِ فِي إِقْرَارِ الْمَرِيضِ قَالَ بِصِحَّةِ إِقْرَارِهِ، وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ: أَنَّ مِنْ صِحِّهِ الْإِقْرَارُ لَهُ فِي الصِّحَّةِ فِي الْمَرَضِ كَالْأَجْنَبِيِّ؛ وَلِأَنَّ الْمُقَرَّرَ ظَاهِرَ حَالِهِ: أَنَّهُ مُحَقٌّ؛ لِأَنَّهُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ انْتَهَى إِلَى حَالَةٍ يَصْدُقُ فِيهَا الْكَاذِبُ وَيَتُوبُ فِيهَا الْفَاجِرُ، فَإِنْ حَالَ الْمَرَضُ أَدْلَى عَلَى الصِّدْقِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ يَتَدَارَكُ فِيهَا الْمَرِيضُ الْحَقُوقَ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَيْهِ الْحَجْرُ فِي الْإِقْرَارِ بِهَا.

الترجيح:

بعد ذكر آراء الفقهاء في صحة إقرار المريض: فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول، القائل بعدمه صحة إقراره إلا إذا أجاز الإقرار بقية الورثة؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال: ((لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين)) والحديث رواه الدارقطني في سننه في كتاب الوصايا، والترمذي في (الجامع) في كتاب الوصايا.

وإن كانت زيادة ((ولا إقرار له بالدين)) غير مشهورة؛ لكنه اشتهر عن ابن عمر } رأيه إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة، وبه استدل الحنفية. وقالوا: إن قول الواحد من الصحابة مقدم على القياس الذي قال فيه الشافعي في القول المخالف له.

وإذا ثبت هذا فإن اشترط الإجازة من بقية الورثة محله فيما إذا كان للمقر وارث آخر غير المقر له؛ بحيث يضره الإقرار، فلو لم يكن له وارث غير المقر له نفذ إقراره لعدم التهمة وانتفاء الضرر، وليس لبيت المال الاعتراض؛ لأنه ليس بوارث.

وقت النظر في صحة الإقرار:

ما ذكر من أن إقرار المريض لوارثه بدين أو عين غير صحيح لا يظهر إلا بعد الوفاة.

وأما في حالة المرض فتعتبر تصرفاته نافذة، ويأمر بتسليم ما أقرب به لوارثه في الحال؛ لأنه من المحتمل صحة الإقرار بشفاء المريض ما لم يكن مرض الموت، وإذا توفي المريض بعد ذلك بمرضه المذكور يجبر المقر له على إعادة المقر به إلى التركة، وهذا في حالة وجود وارث آخر للمتوفى، إلا إذا لم يجزئ الإقرار، وإذا أقر المريض بالمال لأجنبي فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة إقرار المريض في مرضه لغير وارث، فيرى الحنفية صحة إقراره بالدين لأجنبي، وإن أحاط بجميع ماله استحساناً، والقياس عندهم لا يجوز ذلك إلا في الثلث، ويرى المالكية صحة إقراره إذا لم يتهم، وعدم صحته مع التهمة. ويرى الشافعية: صحة إقراره المال، ويكون من رأس مال التركة؛ لأنه غير متهم، وظاهر مذهب الحنابلة: أنه يجوز مطلقاً، وحكي عنهم: أنه لا يقبل إقراره لأجنبي؛ لأنه إقرار في مرض الموت فهو شبيهة بالإقرار للوارث، وفي رواية أخرى: أنه لا يقبل إقراره بزيادة عن الثلث؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي، كما أنه ممنوع من عطية الوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون.

وصية المريض، وحقوق الموصى له:

للمريض في مرض الموت أن يوصي بقدر ثلث التركة؛ فإذا مات مدين بدين مستغرق للتركة بطلت وصيته إلا إذا أجازها الدائنون، وإذا لم يكن مدينًا بدين غير مستغرق فإن كانت الوصية لغير وارث نفذت في حدود ثلث التركة، وإن

كانت الوصية لو ارث فإنها موقوفة على إجازة الورثة، وذلك لقوله ﷺ بعد نزول آية الموارث: ((إلا أن الله قد فرض لكل حق حقه، ألا لا وصية لو ارث)) وذلك تجنباً لاتخاذ الوصية سبيلاً لتفضيل أحد الورثة على الباقين مما يورث العداوة بينهم.

حقوق الورثة:

وتأتي حقوق الورثة في التركة بعد حقوق الدائنين والموصى لهم، وتتعلق حقوقهم بثلاثي تركة المريض، وتصرفات المريض إذا كانت لا تضر بحقوق الورثة فإنها تكون صحيحة ونافذة دون توقف على إجازة لأحد، وإن كان ضاراً بحقوقهم كان لهم مع نفاذها حال الحياة حق إبطالها بعد الموت إذا كان ممن يقبل الفسخ كالتبرعات مثل الوقف والهبة.

الفرق بين تعلق حق الدائن والوارث للتركة:

فرّق الإمام أبو حنيفة بين حق الدائنين وحق الورثة؛ فقال: إن حق الدائنين يتعلق بمال الدين فقط لا بأعيان التركة نفسها، فهو حق شخصي لا عيني، وبناءً عليه: يجوز للمريض مبادلة مال بيعاً أو شراءً دون حاجة لإذن الدائن، ويجوز للورثة إعطاء الدائن دينه نقداً، ثم يتصرفون بعين التركة كما يشاءون، أما حق الورثة: فيتعلق بأعيان التركة وذاتها نفسها؛ فهو حق عيني، وبناءً عليه، إذا تصرف المريض لو ارث ببعض أموال التركة - ولو بقيمته بلا غبن - لا يصح، ويحق لباقي الورثة نقض هذا التصرف لما فيه من الضرر بمصلحتهم؛ لأن حقهم يتعلق بأعيان التركة، وإيثار بعض الورثة على بعض لا يجوز، أما في حال تصرف المريض مع غير وارث فإن حقه تعلق بقيمة التركة أو ماليتها، أما عند الصاحبين

فيتعلق حق الورثة وحق الدائنين من غير الورثة بمالية التركة أي بقيمتها لا بأعيانها.

وبناءً عليه، يصحّ تصرف المريض بمال مطلقاً لو ارث أو لغير وارث، إذا كان بضمن المثل، أي: بدون غبن؛ إذ ليس فيه ضرر لباقي الورثة؛ لأن حقوقهم في التركة متعلقة بناحية أنها مالٌ فقط، فإذا باع المريض لأحد الورثة شيئاً من التركة بقيمته الحقيقية كان التصرف نافذاً عندهم، أما عند الإمام أبي حنيفة: فإنه يكون موقوفاً على إجازة باقي الورثة، وهو الراجح عندي؛ لأن حقّ الورثة حقّ عينيّ أي: علاقة مباشرة بينهم وبين ذات التركة، فلا ينتقل إلى غيرها وهو المالية أو القيمة إلا بإذنهم وموافقتهم.

الحجر على الزوجة لحق زوجها، وتصديقها من ماله، والحجر للمصلحة العامة

الحجر على الزوجة في مالها فيما زاد على الثلث لمصلحة الزوج:

اختلف الفقهاء على ذلك على رأيين:

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الراجح عندهم، والظاهرية، ويرون عدم الحجر على الزوجة في مالها لحق الزوج، فلها التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة، وبه قال ابن المنذر.

الرأي الثاني: للإمام مالك، وهو رواية أخرى عن الإمام أحمد، ويريان الحجر على الزوجة لحق زوجها، فليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها، وللزوج رد جميع ما تبرعت به.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَإِنَّ أَمْسَهُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٢٦].

ووجه الدلالة: أن الآية أثبتت حق تصرف الرشيد في ماله، فثبت أن للزوجة الرشيدة الحق في التصرف في جميع مالها.

وأما السنة: فقوله ﷺ: ((تصدقن يا معشر النساء، ولو من حُلِيِّكُنَّ)) والقصة متفق عليها.

ووجه الدلالة: أن في الحديث الحث على تصدق النساء من أموالهن، وذلك دون ذكر لإذن الزوج واشترائه.

((وروي أن زينب امرأة عبد الله بن مسعود - راوية الحديث - أتت النبي ﷺ ومعها امرأة أخرى فسألته عن الصدقة: هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال: نعم)) ولم يذكر لهن شرط إذن الزوج.

وقد ثبت أن المرأة كانت تلقي القرط والخاتم وبلال يتلقاه بردائه، وهذه عطية بغير إذن الزوجة.

وأما المعقول، فإنها رشيدة يجوز لها التصرف في ماله بغير إذنه كالصبي إذا بلغ رشيداً، والحجر عليها في التصرف يتنافى مع كونها من أهل التصرف، ولأنه لا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف فيه.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدلوا على أن للزوج أن يحجر على الزوجة فيما زاد عن الثلث بغير عوض بالأدلة التالية من السنة والقياس:

أما السنة : فيما روي ((أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها ﷺ : لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟ فقالت : نعم، فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟ قال : نعم. فقبله الرسول ﷺ)).

روي ذلك عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : أن الرسول ﷺ قال : ((لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها)) وفي لفظ : ((لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها)) والحديث رواه الخمسة إلا الترمذي، ورواه ابن ماجه في سننه، والإمام أحمد في مسنده.

ووجه الدلالة : حين دلت هذه الروايات على أنه لا يجوز للمرأة التبرع في مالها، فكذلك أي تصرف بغير عوض لا يكون بغير إذن زوجها، وهذا هو معنى الحجر عليها لحق زوجها.

وأما القياس، فإن تعلق حق الزوج بمالها فمن قبيل تعلق حق الورثة بمال المريض، والعادة أن الزوجة يزيد في مهر زوجته، ويتبسط فيه وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنذرتة فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض؛ ولأن المقصود من مالها التجميل بها لزوجها، والزوج له حق في التجميل بمالها، ثم إنها لما تبرعت بالزائد على الثلث أو حملت على أن قصدها إضرار الزوج فعملت بنقيض قصدها.

ناقش أصحاب الرأي الأول ما استدل به أصحاب الرأي الثاني بما يلي :

١. أن الحديث الذي استدلوا به ضعيف، وعلى فرض صحته فهو محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله هو بغير إذنه، بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلثي من مالها، وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث، فالتحديد بذلك تحكم بدون دليل.

٢. القياس على المريض غير صحيح ؛ لأن من شرط صحة القياس وجود المعنى الثابت للحكم في الأصل والفرع جميعاً، وهذا غير متحقق في قياس المريض على الزوجة ؛ لأن تبرع المريض موقوف ، فإن برئ في مرضه صح تبرعه ، وقد أبطلوه على كل حال من الزوجة ، والفرع لا يزيد على أصله . وكذلك المرأة تنتفع بمال زوجها وتتوسط فيه عادة ولها النفقة منه ، وانتفاعه بماله أكثر من انتفاعها بمالها ، وليس لها الحجر عليه ، فبطل الاستدلال بالقياس .

الترجيح :

بعد ذكر آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يتضح لنا رجحان الرأي الأول ، القائل بعدم الحجر على الزوجة الرشيدة في مالها كله ، فلها التصرف بالتبرع والمعاوضة دون توقف على إذن زوجها ؛ وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة ، بخلاف أدلة المخالفين فإنها لم تسلم من المناقشة ، والأحاديث التي استدلوا بها حملها أكثر أهل العلم على حسن العشرة واستطابة النفس ، وقيل : يمكن حملها على غير الرشيدة ؛ ولأن للمرأة ذمة مالية مستقلة عن الزوج منحها لها الشريعة الإسلامية ، وأعطت لها أهلية كاملة في التملك والتصرف ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُتَّصِدِّقَاتِ ﴾ [الأحزاب : ٣٥] وبقوله - جل شأنه - : ﴿ وَأَنْفِقُوا مِنْ مَّا رَزَقْنَاكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمُ الْمَوْتُ ﴾ [المنافقون : ١٠] ولم يفرق بين الحاض على الصدقة بين رجل وامرأة ، ولا بين ذات أب بكر أو غير ذات أب ثيب ، ولا بين ذات زوج ولا أرملة ، ولم يرد في الشرع ما يفيد منع الزوج زوجته عن التصرف في مالها ؛ طمعاً في أن يحصل هو على مالها بالميراث أباً كان أو زوجاً ،

يقول الله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ [النساء: ١٩] وإذا كان الزوج يرجو ميراث مال زوجته فيمنعها عن التصرف من أجل ذلك فإن الزوجة كذلك فإن لم يكن لها منعه من ماله خوف أن يفتقر كان ذلك أدعى لعدم منعه مالها الذي لا حق له فيه.

تصدق الزوجة من مال زوجها بغير إذنه:

حُكيَ عن الإمام أحمد بن حنبل روايتان في حكم تصدق الزوجة في مال زوجها بالشيء اليسير بدون إذنه، والروايتان تمثلان أهم آراء السلف إجمالاً:

الرواية الأولى: وهي الجواز، واستدلوا عليها بما يأتي:

الدليل الأول: روي أن السيدة عائشة > قالت: قال رسول الله ﷺ: ((ما أنفقت المرأة في بيت زوجها غير مفسدةٍ كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجره بما اكتسب، وللخازن مثل ذلك، لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئاً)) متفق عليه.

الدليل الثاني: روي عن أسماء أنها جاءت للنبي ﷺ فقالت: ((يا رسول الله، ليس لي شيء إلا ما أدخل عليّ الزبير، فهل عليّ جناح أن أرضخ ما يدخل عليّ؟ فقال: أرضخي ما استطعتي، ولا توعي فيوعك عليك)) ومعنى ((أرضخي)) الرضخ: هو العطاء اليسير، ومعنى ((لا توعي)) أي: تجبسي، وتمنعي العطاء، وأنفقي بغير أجحاف.

ووجه الدلالة: أن في الحديثين دليل على جواز تصدق المرأة من مال زوجها، ما دام ليس فيه مفسدة أو إضرار أو إخلال بنفقتهم، ولم يذكر فيها إذناً من الزوج.

الدليل الثالث: أن ما تجرى به العادة لا يحتاج فيه إلى صريح الإذن، والعادة بين الزوجين السماح بتصرف الزوجة من مال زوجها بطيب نفس منه، فجرى مجرى صريح الإذن، أي: أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله، والرواية الثانية: وهي عدم الجواز استدلوها عليها بما يلي:

الدليل الأول: روى أبو أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((لا تنفق المرأة شيئاً من بيت زوجها إلا بإذنه. قيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا)) والحديث رواه الترمذي في كتاب الوصايا.

الدليل الثاني: لأنه تبرع بمال الغير، بغير إذنه، فلم يجز كغير الزوجة.

الترجيح:

الرواية الأولى هي الراجحة المشهورة في المذهب؛ لأن الأحاديث المستدل بها خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام، ويعرف أن المراد بالعام على غير هذه الصورة المخصوصة، والحديث يستدل بها على الرواية الثانية ضعيف، أما قياس المرأة على غيرها في عدم جواز التبرع بمال الغير فلا يصح؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها، وتتسبب فيه كما مر، وتتصدق منه، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها: تصدقي من مالي هذا.

الحجْر للمصلحة العامة:

وصرح به فقهاء الحنفية، قالوا بجوازه للمصلحة العامة؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أو يدفع الضرر الأعلى بالأدنى، والضرر الخاص المقصود هنا هو اللاحق بأصحاب بعض المهن المحجور عليهم، والضرر العام هو

اللاحق بالعامه إثر ممارسة هؤلاء لمهنتهم، والمحجور عليهم للمصلحة العامة في نظر فقهاء الحنفية هم:

١. **الحَجْرُ على الطبيب الجاهل:** وهو الذي يجهل تشخيص الداء في المريض؛ فيصف الدواء المهلك، أو لا يقدر على إزالة ضرر دواءٍ اشتدَّ تأثيرُهُ مع المريض، والمرادُ بالحجر على الطبيب الجاهل هو منعه من ممارسة مهنته؛ لأنه يضر المريض ويفسد أبدانهم، مما يعود على المسلمين بالضرر، ورحم الله فقهاء الحنفية الذين قالوا بالحجر على الطبيب الجاهل وأمثاله في المجتمع، وهذه ظاهرة نشاهدها الآن في المجتمع بكثرة، ظاهرة خطأ الطبيب في التشخيص، وفي وصف الدواء وإجراء الجراحات، ولا يمنع عن ممارسة المهنة منهم إلا القليل.

٢. **الحَجْرُ على المُفتيِّ الماِجن:** وهو الذي يُعَلِّمُ عوامَّ الناسِ الحيلةَ الباطلةَ؛ ليخرج لهم حكماً شرعياً مبنياً على الباطل، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام وتحريم الحلال، أو يفتي عن جهلٍ فهذا يحجر عليه؛ لأنه يفسد على الناس دينهم.

وذكر الحنفية مثلاً لمجون المفتي في فتواه، وهو تعليم الزوجة حيلةً إذا أرادت الطلاق من زوجها وهو ممتنع، فإنها ترتد عن الإسلام فتبين منه، وكذلك من أراد إسقاط الزكاة عنه.

ونرى أيضاً هذه الظاهرة في المجتمع الآن، فظهر في كثيرٍ ممن نصبوا أنفسهم مفتين، فيفتون الناس عن جهل، ويضلونهم ويفسدون عليهم دينهم، وهم يدعون العلم، بل ويدعي بعضهم أن بعض الأحكام الشرعية والتي وردت في كتاب الله لم تعد تواكب تقدّم العصر، ويطلبون تغييرها بما يتفق مع هذا التقدم، كالحجاب، وإثبات ولد الزنا لأبيه... وغير ذلك، ولا يعلم هؤلاء أن للفتوى

شروطاً يجب توافرها، لا يتسع المجال لذكرها، لكنها أساس في قبول الفتوى، وخالق الخلق أجمعين منزل القرآن الكريم هو القدير العالم بتقدم العصور وتطورها بعلمه القديم قبل علم الخلق، وارتضى لعباده الأحكام المدونة لهم، فوجب عليهم اتباعها، وعدم قلبها وتغييرها بجهل يفسد عليهم دينهم؛ لذلك أرى أن القول بالحجر على المفتي الماجن قول سديد؛ لأنه لا يقل أهمية عن الحجر على الصبي والمجنون والسفيه لمصلحة أنفسهم، ولا عن المدين لمصلحة الدائن، ولا المريض لمصلحة الورثة، ولا الطيب لإفساده أبدان المسلمين.

٣. الحجر على المكاري المفلس: وهو الذي يحتال على الناس وينصب عليهم، فيدعي أن لديه وسائل لنقل بضائعهم... ونحو ذلك، وهو لا يملك شيئاً، ولا يملك مالاً يشتريها، فيؤجر لهم هذه الوسائل الوهمية، ويأخذ منهم كراءها، ثم إذا جاء موعد النقل يختفي، فيحجر على هؤلاء وأمثالهم، ممن يضرون الناس ويفسدون المجتمع من خلال مهنتهم ووظائفهم، التي يفترض أنهم يخدمون بها مصالح المجتمع وأفراده.

وهذا الحجر وإن كان يبدو فيه إلحاق الضرر الخاص، ومصادمة الحريات لهؤلاء الأفراد وأمثالهم في المجتمع، إلا أن هذا الضرر يقابله دفع ضررٍ عامٍّ عن المجتمع، وذلك واجبٌ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الصلح: تعريفه، أحكامه

عناصر الدرس

- العنصر الأول : تعريف "الصلح"، ومشروعيته، وأنواعه، وأركانه ٥٦٥
- العنصر الثاني : شروط الصلح ٥٧٠
- العنصر الثالث : أحكام الصلح، مبطلاته، والصلح عن التركة ٥٨٣

تعريف "الصلح"، ومشروعيته، وأنواعه، وأركانه

الصلح في اللغة: قطع النزاع. وشرعاً: عقد وضع لرفع المنازعة. وبعبارة أخرى عند الحنابلة: معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين، ولا يقع غالباً إلا بأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض، والمقصود من الكلام هنا هو الصلح في المعاملات بين الناس لا الصلح بين المسلمين والكفار، ولا الصلح بين الإمام والبيعة ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق.

مشروعية الصلح:

الصلح بين الناس مندوبٌ إليه، ولا بأس بأن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم ولا يجبرهم عليه، ولا يلح فيه إلحاحاً يشبه الإلزام، وإنما يندبهم إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، فإذا تبين له أنفذ الحكم لصاحب الحق، والصلح مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٢٨] الوارد عقب ذكر مشروعية الصلح بين الزوجين، قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٢٨].

أما السنة: فما رواه ابن حبان وصححه ما روي عن النبي ﷺ مرفوعاً وموقوفاً على عمر قال: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً)) مثال ما أحل حراماً الصلح على حلّ الخمر، ومثال ما حرّم حلالاً الصلح على ألا يظأ الزوج الضرة - وهي امرأته الأخرى.

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على مشروعية الصلح؛ لكونه من أكثر العقود فائدة؛ لما فيه من قطع النزاع والشقاق، ولا يقع الصلح في الغالب إلا من رتبة لما هو دونها على سبيل المداراة للوصول إلى بعض الحق.

أنواع الصلح:

النوع الأول: صلح مع إقرار المدعى عليه، وهو أن يدعي شخص على شخص شيئاً فيقرّ به المدعى عليه، ثم يصالح المدعي عنه على عين غير مدّعاة، كدار، أو على منفعةٍ لغير العين المدّعاة، كخدمة في مكان مدّة معينة، أو سكنى دار، أو على بعض العين المدّعاة، كربع الدار مثلاً، وهو جائز بإجماع المسلمين، وهذا الصلح إن وقع عن مال بمال، كثوب بدلاً عن بساط، فهو كالبيع لوجود معنى البيع فيه، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما، فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً، ويرد بالعين، ويثبت فيه خيار الشرط، ويفسده جهالة العوض أو البدل؛ لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالحة عنه؛ لأنه يسقط بالصلح، ويشترط القدرة على تسليم البدل، وإذا وقع هذا الصلح على مال بمنافع كسكنى دار- فله حكم الإجارة لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال، والاعتبار في العقود لمعانيها، فيشترط التوقيت فيها، ويبطل العقد بموت أحد العاقدين في أثناء مدة الإجارة لأنه إجارة.

النوع الثاني: صلح مع إنكار المدعى عليه، وهو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه؛ كأن يدعي شخص على شخصٍ آخر شيئاً فينكره المدعى عليه، ثم يصالح عنه ببعض الحق المدعى به، وهذا هو الغالب في منازعات الناس.

ولقد اختلف الفقهاء في مشروعية هذا النوع من أنواع الصلح على مذهبين:

المذهب الأول: مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، يرون أن هذا الصلح جائز بشرط أن يكون المدعي مُعْتَقِداً أن ما ادَّعاهُ حقٌّ، والمدعى عَلَيْهِ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا حَقَّ عَلَيْهِ فَيُدْفَعُ إِلَى المدعي شيئاً قطعاً للخصومة.

المذهب الثاني: مذهب الشافعية، وابن أبي ليلى، يربوا عدم مشروعية وعدم جواز هذا النوع من الصلح.

وصورة صلح الإنكار عند القائلين بجوازه: صلح فلان فلاناً على جميع الدار الفلانية، التي ادعى المصلح الأول على الثاني استحقاقها من وجه شرعيّ، وأنكر المدعي عليه الاستحقاق، وطلب من المدعي عليه يمينه على استحقاقها، فرأى أن يصلحها على هذه الدعوى بما لفتاءً بيمينه، ودفعاً للخصومة، وقطعاً للمنازعة، فاصطاح عن المدعى به مع الإنكار لصحة الدعوى، واعتقاده بطلانها، وإصراره على الإنكار إلى حين هذا الصلح وبعده، ودفع إليه مبلغ كذا وكذا فقبضه منه قبضاً شرعياً.

أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل الجمهور القائلون بمشروعية وجواز صلح الإنكار بعموم قول الله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وعموم قوله ﷺ: ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)) فدل هذا العموم على أن كل صلح مشروع إلا ما خص بدليل، قال سيدنا عمر رضي الله عنه وأرضاه: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن. وقال أبو حنيفة < : أجوز ما يكون الصلح على الإنكار، أي: أنه يحقق الحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة.

أدلة أصحاب الرأي الثاني:

استدلوا بالقياس على ما لو أنكر الزوج الخلع، ثم تصالح مع زوجته على شيء فلا يصح، ودليلهم أيضاً أن المدعي إن كان كاذباً في دعواه فقد استحلت من المدعى عليه مالاً هو حرام عليه، وإن كان صادقاً في دعواه فقد عاوض ما لم يثبت له؛ فلم تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره؛ ولأن الصلح عقد معاوضة خلي عن العوض في أحد جانبيه، فبطل كالصلح على حد القذف، وفي الملة يكون ما يأخذه المدعي أكلاً للمال بالباطل من غير عَوْضٍ، فدخل هذا الصلح في قوله ﷺ: ((إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا)) ولو بذل المدعى عليه المال لقطع الخصومة يكون البذل رشوة.

المناقشة:

لا نسلم بدخول الصلح مع الإنكار في مفهوم الحديث: ((إِلَّا صَلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا))؛ لأن الممنوع أن يُجَلَّ الصلح شيئاً محرماً مع بقائه على تحريمه، كما لو تم الصلح على استرقاق حرٍّ أو إحلال بُضْعٍ محرّمات، أو تم الصلح بخمرٍ أو خنزيرٍ، ثم إن للمدعي أن يأخذ حقه الثابت له بأيّ طريق، وأما المدعى عليه فإنه يدفع ادعاء المدعي لدفع المسؤولية عنه ولإنهاء النزاع، ولصيانة نفسه من التبذل، وحضور مجلس الحاكم، فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم هذا ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنها ببذل أموالهم، والمدعي يأخذ المبدول عوضاً عن حقه الثابت له، فلا يمنعه الشرع منه أيضاً؛ سواء أكان المأخوذ من جنس حقه أم من غير جنسه، بقدر حقه أو دونه.

الترجيح:

من خلال ما سبق عرضه يتضح لنا رجحان رأي الحنفية ومن وافقهم القائلون بمشروعية، وجواز الصلح مع الإنكار، وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة.

النوع الثالث: الصلح مع سكوت المدعى عليه، وهو ألا يقر المدعى عليه ولا ينكر، كأن يدعي شخص شيئاً على شخص آخر، فيسكت من غير إقرار ولا إنكار، ثم يصالح عنه، وهو جائز عند الجمهور، ومنهم ابن أبي ليلى، وغير جائز عند الشافعية، ودليل كل فريق هو ما ذكرناه في الصلح عن الإنكار، وقد قرر الشافعية أن الساكت منكر حكماً؛ فيعامل معاملة المنكر. والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

والخلاصة: أن الصلح بأنواعه الثلاثة السابقة جائز عند الحنفية، بحيث يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح، ويزول حق المدعى عليه في استرداد شيء؛ لأن الصلح سبب لرفع التنازع المحصور؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْزَعُوا﴾ [الأنفال: ٤٦] فكان مشروعاً، والصلح عن السكوت أو الإنكار عند الحنفية هو في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة؛ لأنه في زعمه أنه مالك لما في يده، وفي حق المدعي بمعنى المعوضة؛ لأنه في زعمه يأخذ عوضاً من حقه، فيعامل كل طرف على حسب معتقده.

ركن الصلح:

ركن الصلح عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، وهو أن يقول المدعى عليه: صالحتك من كذا على كذا، أو من دعواك على كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت

أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه، فإذا أجزى الإيجاب والقبول تم عقد الصلح.

وأركان الصلح عند الجمهور غير الحنفية أربعة: عاقدان متصالخان، وسيطة إيجاب وقبول، ومصطلح عنه محل النزاع، ومصطلح عليه بدل الصلح.

شروط الصلح

يشترط في عقد الصلح شروط تتعلق إما بالمصالح أو بالمصالح عليه أو بالمصالح عنه:

شروط المصالح:

يشترط في المصالح شروط، وهي ما يأتي:

الشرط الأول: أن يكون عاقلاً، فلا يصح صلح المجنون أو الصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل، ولا يشترط البلوغ فيصح صلح الصبي المأذون له في التصرف إذا كان له فيه نفع ظاهر، أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر.

الشرط الثاني: ألا يكون المصالح بالصلح عن الصغير مضرّاً به مضرّة ظاهرة، سواء أكان الصغير مدعى عليه أو كان وليه مدعياً له، فإذا ادّعى إنسان على صبي دَيْناً فصالحاً أبوه لما ادعى به على مال الصغير، فإن كان للمدعي بينة، وكان ما أعطى الأب من المال مثل الحق المدعي به أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها - فالصلح جائز؛ لأن الصلح في هذه الصورة فيه معنى المعاوضة والفرد يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير.

وإن لم تكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح ؛ لأن الصلحَ حينئذٍ يقع تبرعاً بمال الصغير، والتبرع بمال الصغيرٍ ضرر محضٌ فلا يملكه الأب، فإن صالح الأب من مال نفسه جاز ؛ لأنه لم يضر الصغير، وإنما نفعه حيث أنهى أمر الخصومة أو الدعوى عنه، وإذا ادعى أب الصغير عن إنسان دِيناً للصغير فصالح المدعى عليه على أن يحطَّ بعضه عنه ويأخذ الباقي، فإن كان للأب بينة على المدعى به كسند مثلاً فلا يجوز الصلح ؛ لأن الحقَّ منه تبرع من مال الصغير، والأب لا يملك ذلك، وإن صالحه على مثل قيمة الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز الصلح ؛ لأنه في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح.

الشرط الثالث: أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله، كالأب أو الجدُّ أو الوصي ؛ لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه.

الشرط الرابع: ألا يكون المصالح مرتدّاً، وهذا شرط عند أبي حنيفة، بناءً على أن القاعدة عنده في تصرفات المرتد هي أنها موقوفة، أما عند الصاحبين فلا يشترط هذا الشرط، بناءً على القاعدة المقررة عندهما، وهي أن تصرفات المرتد نافذة، وأما المرتدة فصلحها جائز عند الحنفية بلا خلاف عندهم.

شروط المصالح عليه :

يشترط في بدل الصلح الذي يتم عليه العقد شروط :

الشرط الأول: أن يكون المصالحُ عليه مالاً ؛ فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الحرم، ونحوها مما ليس بمال ؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لا يصح عوضاً في البيوع لا يصح بدلاً في الصلح، ولا فرق في المال المصالح عليه بين أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة. لماذا؟

لأن العوض في المعاوضات قد يكون عيناً وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعةً إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون البعض، وهذا الموضوع يحتاج إلى البحث والتفصيل، قال الحنفية: إن المدعى به في الدعوى إما أن يكون عيناً وهو ما يحتمل التعيين جنساً ونوعاً وقدرًا وصفة واستحقاقاً كالعروض؛ أي: الأمتعة من الثياب والعقار من الأرضين والدور والحيوانات من الدواء والمكيل من الخنطة والشعير، والموزون من الحديد والنحاس... ونحوهما.

وإما أن يكون ديناً، وهو ما لا يحتمل التعيين كالنقود والمكيلات والموزونات الموصوفة في الذمة، والثياب والحيوانات الموصوفة في الذمة أيضاً، وإما أن يكون منفعة كسكنى دار معينة، وإما أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة كالقصاص والتعزير.

وبدل الصلح إما أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة، والصلح: إما أن يكون عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته كما عرفنا، وهنا نبين حكم كل على حاله، فإن كان المدعى به عيناً والصلح عن إقرار، فإن هذا الصلح يجوز، سواء أكان بدل الصلح عيناً أو ديناً، إذا كان معلوم القدر والصفة؛ لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين، فكان بدل الصلح في معنى الثمن، وهذه الأشياء تصلح ثمناً في البيوع عيناً كانت أم ديناً، فإن كان بدل الصلح عيناً قائماً معيناً مملوكاً فيجوز الصلح، سواء أكانت العين مكيلة أم موزونة أم غيرهما من العروض والحيوان.

وإن كان بدل الصلح ديناً فإن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر والصفة يجوز الصلح كما في البيع؛ لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً، وإن كان بدل الصلح ثياباً موصوفة في الذمة فلا يجوز الصلح ما لم تتوافر فيه جميع شرائط عقد السلم

التي عرفناها في عقد السلم ، كبيان القدر والوصف والأجل ؛ لأن الثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم ، وهذا بخلاف المكيل والموزون ؛ فإنهما يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضات ، فيصلح كل منهما ثمناً من غير ذكر أجل ولا يشترط قبضهما في المجلس .

وإن كان البدل حيواناً موصوفاً في الذمة فلا يجوز الصلح ؛ لأنه لا يصير أصلاً ديناً ثابتاً في الذمة في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً .

وإن كان المدعى به ديناً ، والصلح عن تكرار ، فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها فلا يخلو الأمر من إحدى حالتين : إما أن يصلح منها على خلاف جنسها أو على جنسها .

ففي الحالة الأولى : إن كان بدل الصلح عين مال معلوم جاز الصلح ، ويكون العقد بمنزلة بيع الدين بالعين ، وإن كان بدل الصلح ديناً غير الدراهم والدنانير لا يجوز الصلح حتى لا يؤدي الاتفاق إلى بيع الدين بالدين .

وفي الحالة الثانية : أي : الصلح عن جنس الدين ؛ كأن صالح من دراهم على دراهم ، فإن صالح على مثل حقه قدرأ وصفة مثل أن يصلح من ألف جياذ على ألف جياذ فلا شك في جواز هذا الصلح ؛ لأن المدعي استوفى عين حقه ، وإن صالح على أقل من حقه قدرأ وصفة مثل أن يصلح من الألف الجياذ على خمسمائة رديئة يجوز الصلح أيضاً ويصير المدعي مستوفياً بعض حقه ومبرئاً المدعى عليه من الباقي .

وإن صالح على أكثر من حقه قدرأ وصفة مثل أن يصلح من الألف الرديئة على ألف وخمسمائة جيدة لا يجوز الصلح ؛ لأنه ربا في هذه الحالة ؛ لأن القاعدة المقررة في هذه الحالات كلها هي أن الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق

بعقد المدائنة يعتبر استيفاء من المدعي لحقه، فإن تعذر جعله استيفاء يعتبر معاوضة فتطبق شروط المعاوضة.

وفي الحالة الأخيرة يعتبر العقد معاوضة؛ لأنه بعكس الحالة التي سبقتها فإنه يتعذر باعتبار المدعي مستوفياً بعض حقه، ومسقطاً البعض الآخر.

وعلى هذا، إذا صالح على أكثر من حقه صفة لا قدرأ، بأن صالح من ألف رديئة على ألف جيدة جاز الصلح، ويشترط تطبيق شروط عقد الصرف حينئذ، ومنها الحلول والتقباض، فإذا وجد التقباض وهما في مجلس واحد جاز؛ لأن الجودة لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها، وإن افترقا ولم يتم القبض في المجلس بطل العقد؛ لأن هذا عقد صرف.

وإذا صالح على أكثر من حقه صفة، وأقل منه قدرأ بأن صالح من ألف درهم رديئة على خمسمائة جيدة لا يجوز الصلح في ظاهر الرواية عند الحنفية؛ لأن الصلح من الرديء على الجيد اعتياض عن صفة الجودة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها للقاعدة الشرعية المروية حديثاً: جيدها ورديتها سواء، والعقد هنا عقد صرف، وليس استيفاء للحق؛ لأن مستحق الرديء لا يستحق الجيد؛ وإذا كان العقد صرفاً فإن من المقرر أن بيع ألف درهم رديئة لا يجوز؛ لأنه ربأ.

والخلاصة: أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حق المدعي من الدراهم والدنانير بعد استيفاء لبعض الحق، وإبراء عن الباقي، ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها، أو وقع على جنس آخر من دين، أو عين يعتبر عقد معاوضة، وبناءً عليه إذا صالح المدعي من الدين الحال على الدين المؤدي، وهما في القدر سواء كأن يصلح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز الصلح، ويكون هذا

تأجيلاً للدين ، ولو كان الصلح على العكس من الحالة السابقة يجوز أيضاً ويكون استيفاء من المدعي لحقه ، وبصير المدعى عليه تاركاً حقه في تأجيل الدين ، ولو كان الدين مؤجلاً فصالحه صاحب الدين على بعضه معجلاً كأن يصلح من الألف المؤجلة على ألف مائة معجلة لا يجوز الصلح ؛ لأن صاحب الدين لا يستحق المعدل فلا يمكن أن يجعل هذا استيفاء للحق ، فصار التعاهد معاوضة عن الأجل فلا يجوز ؛ لأن الأجل ليس بمال وبيع خمسمائة بألف لا يجوز.

أما لو كان الدين مُعَجَّلَ الوفاء فعين الدائن وقت الأداء كأن كان له على المدين ألف جنيه حلّ أداؤها بحكم عقد المداينة ، فقال له : صالحتك على خمسمائة على أن تعطيهما اليوم أو على أن تعجلها اليوم ، فإن أعطاه في نفس اليوم برأ عن خمسمائة باتفاق الحنفية ، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح ، وعادت الألف عليه كما كانت عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف يمضي الصلح ويبرأ عن خمسمائة ويبقى عليه خمسمائة فقط.

ووجهة نظر الإمام أبي يوسف : أن هذا الصلح تضمن تعليق البراءة عن بعض الدين بشرط تعجيل البعض الآخر ، والبراءة لا يصلح تعليقها بالشروط ؛ فإذا لم يوجد الوفاء بالتعديل لم يفسخ العقد بدون شرط الفسخ صراحة ، ولم يوجد شرط الفسخ فبقي الحط عن بعض الدين صحيحاً ، ووجهة نظر الإمام أبي حنيفة ومحمد وهو أن شرط تعجيل بعض الدين هو شرط لانفساخ العقد عند عدم التأكيد ، وهو كأنه نص صريح على شرط الفسخ ، كما قال شخص لغيره : أبيعك هذا المتاع بألف جنيه على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا فالبيع في هذه الصورة جائز ؛ لأن شرط التعجيل شرط في الفسخ لا في العقد ،

هكذا هذا في الصورة المختلف فيها ؛ لأن المفهوم ضمناً أو دلالة كالمفهوم صراحة فصارت الصورة كأن المصالح قال : فإن لم تعجل فلا صلح بيننا.

يفهم منه أن الحنفية متفقون على أن الدائن إذا قال : أصالحك على ألف التي لي عليك على خمسمائة تعجلها اليوم فإن لم تعجلها فالألف عليك ، ولم يعجلها اليوم فالصلح باطل ، وعليه الألف باتفاق الحنفية ؛ لوجود النص الصريح على الفسخ.

ولو صالح على أن يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه خمسمائة في الحال ، فإن لم يعط إلى شهر فعليه الألف فهو صلح صحيح ؛ لأنه إبراء للحال وتعليق لفسخ البراءة بالشرط ، وكذلك لو أخذ الدائن من المدين كفيل بألف جنية وتصالح معه على أن يحط عنه خمسمائة وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه ؛ لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بالألف.

ولو ضمن الكفيل الألف جنية بدون شرط شيء ، ثم قال له الدائن : حطت عنك خمسمائة على أن توفياني رأس الشهر خمسمائة فإن لم توفيني فالألف عليك فهذا صحيح أيضاً ، بل هو شرط أوثق من شرط الحالة الأولى ؛ لأنه جعل عدم التعديل شرطاً لانفساخ الحق لا شرطاً للعقد ، ولو قال الدائن لمن عليه الألف جنية : إن أبديت إلي خمسمائة فأنت بريء من القاضي ، أو قال : متى أدت خمسمائة فأنت بريء من خمسمائة - فإنه لا يصح ، ويبقى عليه الألف.

لماذا؟

لأنه تعليق البراءة بالشرط ولا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه، وإن كان المدعى به ديناً سوى الدراهم والدنانير، فإن كان مكيلاً بأن كان إردباً من القمح مثلاً فصالح منه فله حالتان، إما أن يصالح على جنسه أو على خلاف جنسه:

الحالة الأولى: إن صالح على جنسه فله أحوال: إن صالح على مثل حقه قدرًا وصفة جاز الصلح ولا يشترط القبض؛ لأنه استوفى عين حقه، وإن صالح على أقل من حقه قدرًا وصفة جاز، ويعتبر الصلح حقًا عن الباقي لا معاوضة؛ لأنه يعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي، ولا يشترط القبض، وإن صالح على أقل من حقه صفة لا قدرًا جاز أيضًا ويكون استيفاء العين حقه وإبراء المدعي عليه عن صفة، ولا يشترط القبض.

وإن صالح على أكثر من حقه قدرًا وصفة أو قدرًا لا صفة - لا يجوز الصلح؛ لأنه ربا، وإن صالح على أكثر منه صفة لا قدرًا بأن صالح من أردب قمح رديء على أردب قمح جيد - جاز، ويعتبر معاوضة.

الحالة الثانية: وإن صالح على خلاف جنس حقه، فإن كان بدل الصلح من الدراهم والدنانير جاز الصلح ويشترط القبض حتى لا يتفرق المتعاقدان عن دين بدين، وإن كان بدل الصلح من المكيلات وهو شيء معين بذاته جاز الصلح، ولا يشترط القبض، وإن كان موصوفًا في الذمة جاز الصلح أيضًا ولكن يشترط القبض في المجلس احترازًا من الافتراق عن دين بدين.

وعليه، فإن الصلح عن دين بدين لا يجوز، فلو كان لشخص على آخر إردب قمح فصالحه عليه بدراهم إلى أجل لا يصح؛ لأنهما افترقا عن دين بدين.

حكم الصلح إذا كان المدعى به حيواناً موصوفاً في الذمة :

إن كان المدعى به حيواناً موصوفاً في الذمة، بأن وجب في الذمة عن قتل الخطأ، أو شبه العمد، أو عن المهر، أو بدل الخلع، فصالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير، جاز الصلح، ويكون معاوضة، ويشترط التقابض احترازاً عن افتراق العاقدین عن دين بدين، ولو صالح على قيمة الحيوان أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأن قيمة الحيوان دراهم ودنانير، وهي ليست من جنس الحيوان، فكان الصلح عليها معاوضة، فيجوز، سواء قل أو كثر، ولا يشترط القبض.

وكذا إذا صالح من الحيوان على دراهم في الذمة، وافترق العاقدان من غير قبض جاز الصلح، وإن كان افتراقاً عن دين بدين؛ لأن هذا المعنى ليس بمعاوضة، بل هو استيفاء عين حقه؛ لأن الحيوان الذي وجب في الذمة وإن كان ديناً لكنه ليس بدين لازم، بدليل أن ما عليه الحيوان إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول، بخلاف سائر الديون، فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة.

الشرط الثاني: أن يكون متقوماً، فلا يصح على الخمر والخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه، لكن في هذه الحالة إذا تم الصلح على ما لا يصلح أن يكون عوضاً أصلاً نفذ الصلح، ولم يجب شيء؛ لأنه يدل على أن المتصالحين ما أرادوا المعاوضة، ويكون الصلح عفواً من المصالح.

الشرط الثالث: أن يكون مملوكاً للمصالح، فلو صالح على مال، ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح.

الشرط الرابع: أن يكون معلوماً؛ لأن جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد.

شروط المصالح عنه:

يُشترط في محلِّ عقدِ الصلح شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون حقاً للإنسان لا حقاً لله ﷻ سواء أكان مالاً عينياً أم ديناً، أم حقاً ليس بمال كالقصاص والتعزير، فلا يصح الصلح من حد الزنا، والسرقه، وشرب الخمر، بأن يأخذ رجلاً زانياً أو سارقاً أو شارب الخمر، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال ليركه، فالصلح باطل؛ لأن الحدَّ حقُّ الله تعالى، والاعتياض عن حقِّ الغير لا يجوز، وهو الصلح على تحريم الحلال، أو تحليل الحرام، وكذا لا يصلح الصلح من حد القذف، بأن قذف الإنسان رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه، لماذا؟ لأن هذا الحد وإن كان للإنسان فيه حق، فالمغلب فيه - عند الحنفية - هو حق الله تعالى.

وكذا لا يصح الصلح مع شاهد يريد أن يشهد عليه على مال، على ألا يشهد عليه فهو باطل؛ لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى، والصلح عن حقوق الله ﷻ باطل، ويجب على العاقد رد ما أخذ من المال؛ لأنه أخذ بغير حق، ولو علم القاضي به أبطل شهادته؛ لأنه فسق، إلا أن يتوب، فتقبل توبته.

ويجوز الصلح على التعزير؛ لأنه حق الإنسان، وكذا يجوز الصلح باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة عن القصاص في النفس، وما دون النفس من الأعضاء؛ لأن القصاص حق الإنسان، فالصلح يجوز حينئذٍ، سواء أكان بدل الصلح عيناً أم ديناً، لكن إذا كان البدل ديناً يشترط القبض في المجلس؛ حتى لا يكون افتراقاً

عن دين بدين، وسواء أكان البدل معلوماً أم مجهولاً جهالة غير فاحشة، فإذا صالح مثلاً على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز؛ لأن الثياب والدواب والدور أجناس ذات أنواع مختلفة، وجهالة النوع تعتبر فاحشة، فتمنع الجواز.

والضابط في هذا: أن كل جهالة تمنع صحة تسمية المهر في النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص، وما لا يمنع التسمية فلا يمنع الصحة؛ لأن كلًّا من بدل الصلح والمهر يجب بدلاً عما ليس بمال، وعليه إن كان البدل ممَّا يصلح مهراً في النكاح فيصلح بدلاً في الصلح، وإذا لم يصلح تسمية المهر بسبب الجهالة يجب مهر المثل، وإذا لم يصح تسمية بدل الصلح يسقط القصاص، وتجب دية النفس في القتل، وأرش الجناية فيما دون النفس.

إلا أن بين الصلح والنكاح فرقاً من وجه وهو: أنه إذا صالح عن القصاص على خمر أو خنزير يسقط القصاص، ولا يجب شيء آخر، ويكون الصلح عفواً من صاحب الدم؛ أما في النكاح: فإنه يجب مهر المثل، ووجه الفرق هو: أن لفظ الصلح كناية عن العفو، فإذا لم يذكر مال متقوم في الصلح عن القصاص كان بمثابة السقوط عن ذكر عوض، وإذا لم يذكر العوض كان معناه هو العفو، وبعد العفو لا يجب شيء.

أما في النكاح: فلا يحتمل العفو عن المهر؛ لأنه إذا سكت عنه يجب حكماً، لأنه من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا بالمال، فإن لم يكن المسمى صالحاً للمهر صار كما لو لم يسم العاقد مهراً، وإذا لم يسم مهراً وجب مهر المثل.

وأما الصلح: فليس من ضروراته وجوب المال، فإنه لو عفاً بلا تسمية شيء لم يجب شيء، والصلح عن القصاص جائز، سواء أكان بدل الصلح قدر الدية، أم أقل، أم أكثر؛ لقول الحق ﷻ: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ

﴿ وَأَدِّئْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: ١٧٨] قال حَبْرُ الأُمَّةِ عبد الله بن عباس { : " إنها نزلت في الصلح عن دم العمد" واسم الشيء يتناول القليل والكثير، فَدَلَّتْ الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير، وهذا بخلاف الصلح عن القتل الخطأ وشبه العمد، فإنه إذا صالح على أكثر من الدية والأرش لا يجوز الصلح؛ لأن الأرش والدية مقدران شرعاً بمقدار معلوم لا زيادة فيه، فالزيادة على المقدر تكون ربياً فلا يجوز.

وأما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص، والقصاص ليس بمال حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدر، وليس فيه تقدير شرعي، فلا يتحقق الربا.

شروط المصالح عنه:

الشرط الأول: لا يشترط عند الحنفية والحنابلة: أن يكون المصالح عنه معلوماً، فيصح الصلح عن المجهول، سواء أكان عيناً أم ديناً، فمن ادّعى على آخر حقاً في عين فأقرّ به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط، وهذا إسقاط حق، فصح في المجهول كالعقود والطلاق؛ ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه فلئن صح مع الجهل أولى؛ إذ لو لم يجز الصلح حينئذ أدى إلى ضياع المال، والصلح هنا ليس بيعاً، وإنما هو إبراء؛ وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في موارث دُرست - أي: مضى عليها وقت من الزمان - : ((استهما وتوخيا، وليحلل أحدكم صاحبه)) وهذا صلح على المجهول كما قال ابن قدامة رحمه الله.

وقال المالكية: ينبغي أن يعرف المدعي قدر ما يصلح عنه من الدين، فإن كان مجهولاً لم يجز، وقال الشافعية: لا يصح الصلح على المجهول؛ لأن الصلح بيع، ولا يصح البيع على المجهول.

الشرط الثاني: أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح، فإذا لم يكن حقاً له بطل الصلح.

الشرط الثالث: أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في محل الصلح، فإذا لم يكن حقاً ثابتاً له لا يجوز الصلح عنه، كما يظهر من الحالات الآتية:

الحالة الأولى: لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيّاً في يده أنه ابنه منها، وجحد رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد دعواه، فصالحته على مال بذلته له؛ حتى يترك الرجل، فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي لا حقها، فلا تملك المعاوضة عن حق غيرها.

الحالة الثانية: ولو صالح الشفيع المشتري عن حق الشفعة الذي وجب له على مال معلوم على أن يسلم الدار المبيعة مثلاً للمشتري فالصلح باطل؛ لأنه لا حق للشفيع في محل الصلح، إنما الثابت له حق التملك، وهذا عبارة عن ولاية له، وهي صفة له فليس هذا الحق لمعنى في المحل، فلا يحتمل الصلح عنه، وهو بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن المحل هنا يصير مملوكاً في حق الاستيفاء.

الحالة الثالثة: إذا صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل؛ والكفالة لازمة؛ لأن الثابت للدائن - المكفول له - هو حق مطالبة الكفيل بتسليم المكفول بنفسه، وهو عبارة عن ولاية المطالبة، وهي صفة للدائن فلا يجوز الصلح عنها، فأشبهت الشفعة.

الحالة الرابعة: لو ادعى رجل على آخر مائة جنيه مثلاً فأنكرها المدعى عليه فتصالحا أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء، فحلف المدعى عليه ما لهذا المدعي قليل ولا كثير عندي، فإن الصلح باطل، والمدعي على دعواه، فإن أقام بينة أخذ حقه بها؛ لأن قوله على أنه إن حلف المدعي عليه فهو بريء تعليق البراءة بالشرط، وتعليق البراءة بالشرط باطل، لماذا؟ لأن في الإبراء معنى التمليك، والأصل في التمليك ألا يحتمل التعليق بشرط، وإن لم تكن له بينة وأراد استحلاف المدعى عليه فهناك وجهان:

الوجه الأول: إن كان ذلك الحلف الذي صدر من المدعى عليه عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى؛ لأن تلك اليمين غير معتبرة.

الوجه الثاني: إن كان الحلف عند القاضي فلا يستحلفه مرة أخرى؛ لأن حق المدعي في الاستحلاف صار مستوفى مرة، فلا يجب عليه الإيفاء مرة ثانية.

الحالة الخامسة: ولو تصالح على أنه يحلف المدعي فمتى حلف فالدعوى لازمة للمدعى عليه؛ فحلف المدعي على دعواه فإن الصلح باطل، ولا يلزم المدعى عليه بشيء؛ لأن هذا تعليق وجوب المال بشرط وهو باطل؛ لكونه قماراً.

أحكام الصلح، مبطلاته، والصلح عن التركة

أحكام الصلح:

للصلح أحكام تترتب عليه:

أولاً: انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً، فلا تسمع دعواهما بعدئذ، وهذا حكم ملازم جنس الصلح.

ثانياً: حق الشفعة للشفيع؛ إذا كان المدعى به داراً، وبدل الصلح ليس داراً، وإنما هو نقد أو غيره فإن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه؛ لماذا؟

لأن الصلح حينئذٍ يكون في معنى البيع بالنسبة لطرفي العقد، أما إذا كان الصلح عن إنكار من المدعى عليه فلا يثبت حق الشفعة؛ لأنه ليس في معنى البيع بالنسبة للمدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين، وإن كان بدل الصلح داراً، والصلح عن إقرار المدعى عليه يصبح حق الشفعة للشفيع في الدارين؛ لما عرفنا أن الصلح هن في معنى البيع من الطرفين، وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح، ولا يثبت في الدار المدعاة؛ لأنها لم تعتبر مبيعة، إذ إن الصلح عن إنكار يعتبر معاوضة بالنسبة للمدعي، أما بالنسبة للمدعى عليه فليس بمعاوضة، بل هو إسقاط للخصومة، ودفع اليمين عن نفسه، فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه، فلا يثبت للشفيع حق أخذها بالشفعة.

ثالثاً: حكم الرد بالعين وحكم الاستحقاق؛ فحق الرد بالعين يثبت لطرفي عقد الصلح، إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع، وإن كان عن إنكار يثبت حق الرد بالنسبة للمدعي، ولا يثبت بالنسبة للمدعى عليه؛ لأن هذا الصلح بمنزلة البيع بالنسبة للمدعي، لا بالنسبة للمدعى عليه، وتطبق هذه الأحكام إذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه، فيرجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض المصالح به؛ لأن الصلح مع الإقرار كالبيع، وهذا هو حكم الاستحقاق في البيع.

وإذا كان الصلح عن إنكارٍ أو سكوتٍ فاستحقَّ المتنازع فيه كله رجوع المدعي بالخصومة على المستحق؛ لقيامه مقام المدعى عليه، ورد العوض المصالح به على من أخذه منه؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض للمدعي إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له، فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده، وإن استحق بعض المتنازع فيه رد حصته، ورجع الخصومة فيه على المستحق.

رابعاً: أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إن كان منقولاً في نوعي الصلح، فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحوهما، وإن كان عقاراً يجوز - عند أبي حنيفة وأبي يوسف - وعند - محمد - لا يجوز، كما هو معروف، ويجوز للمصالح في الصلح عن القصاص أن يبيع بدل الصلح، أو يبرأ عنه قبل القبض، كما يجوز البيع ونحوه في المهر والخلع؛ لأن المانع من جواز التصرف في الشيء قبل القبض هو المحافظة على العقد من الانفساخ؛ نتيجة هلاك الشيء، واحتمال الفسخ لا يتأتى في الصلح عن القصاص؛ لأنه مما لا يحتلُّ الفسخ، فلما حَاجَةَ إلى القول بعدم جواز التصرف في بدل الصلح قبل القبض.

خامساً: الردُّ بخيار الرؤية في نوعي الصلح؛ لأن الخيار ثبت للمدعي، فيستدعي كون الصلح معاوضة عن حقه.

سادساً: إن الوكيل بالصلح يلتزم ببذل الصلح دون المدعى عليه، إذا كان الصلح في معنى المعاوضة، كما إذا تم الصلح عن جنس آخر خلاف جنس حق المدعي؛ لأنه يكون حينئذ جارياً مجرى البيع، وحقوق البيع ترجع إلى الوكيل، وإن كان الصلح في معنى استيفاء عين الحق كمن له على آخر ألف جنيه مثلاً، فصالحه على خمسمائة، فيلتزم الوكيل ببذل الصلح إن ضمن، وإن لم يضمه لم

يلزمه ؛ لأنه حينئذٍ يكون سفيراً بمنزلة الرسول، فلا ترجع إليه حقوق العقد ؛ أما إن ضمنه لزم بحكم الكفالة، لا بحكم العقد، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك.

والخلاصة: أن الصلح - كما قال الشافعي - إذا كان عن إقرار، وجرى على عين غير المدعى فهو بيع بلفظ الصلح، تثبت فيه أحكامه كالشفعة، والرد بالعيب، ومنع التصرف قبل القبض، واشتراط التقابض إن اتفق المصالح عنه والمصالح عليه في علة الربا.

مبطلات عقد الصلح، وحكمه بعد البطلان:

يبطل الصلح بأشياء هي ما يأتي:

١. الإقالة في غير حالة الصلح على القصاص: فلو أقال أحد المتصلحين الآخر انفسخ الصلح ؛ لأن فيه معنى معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه ؛ أما القصاص: فالصلح فيه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل ؛ لأنه عفو عن القاتل، فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه.

٢. إلحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة - عند أبي حنيفة - وهذا مبني على القاعدة المقررة عنده وهي: أن تصرفات المرتد موقوفة على العودة إلى الإسلام، أو اللحاق بدار الحرب، أو الموت، فإن أسلم نفذت تصرفاته، وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه أو قتل أو مات على الردة بطلت تصرفاته ؛ وعند الصحابين تعتبر تصرفات المرتد نافذة.

٣. الرد بخيار العيب أو الرؤية ؛ لأن الرد يفسخ العقد.

٤. هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة: لأن في الصلح على المنفعة معنى الإجارة، والإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين، وكذا يبطل الصلح إذا هلك ما وقع الصلح على منفعته.

حكم الصلح بعد بطلانه :

إذا بطل الصلح بواحد من مبطلاته الأربعة - سالفه الذكر - يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار، ويرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لا غيره إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه إذا بطل الصلح جعل كأن لم يكن، فعاد الأمر على ما كان من قبل، لكن في الصلح عن القصاص يرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص، وفي الصلح عن المنفعة إذا بطل بموت أحد المتعاقدين ونحوه من المبطلات في أثناء المدة يرجع المدعي بالمدعى به، بقدر ما لم يستوف من المنفعة إن كان الصلح عن إقرار، وإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعي إلى أصل الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة.

الصلح عن التركة الذي يسميه الفقهاء بالتخارج :

يصح الصلح عن حصة الوارث في التركة، وتطبق أحكام البيع، ويسمى هذا الصلح "مخارجة" والمخارجة هي: عَقْدٌ يَتَّصَلِحُ فِيهِ أَحَدُ الْوَرَثَةِ عَلَى أَنْ يَخْرُجَ مِنَ التَّرَكَةِ، فَلَا يَأْخُذُ نَصِيْبَهُ، نَظِيرَ مَا يَأْخُذُهُ مِنَ التَّرَكَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، وَيَخْتَلِفُ الْحُكْمُ فِيهَا إِذَا كَانَتِ التَّرَكَةُ أَشْيَاءَ مَعِيْنَةً، أَوْ أَشْيَاءَ نَقْدِيَّةً، فَإِنْ كَانَتِ التَّرَكَةُ أَشْيَاءَ عَيْنِيَّةٍ كَعَقَارٍ أَوْ عَرُوضٍ تَجَارَةً صَحَّ الصَّلْحُ، مَهْمَا كَانَ مَقْدَارُ الْعَوْضِ قَلِيْلًا كَانَ أَوْ كَثِيْرًا؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ، وَقَدْ صَالِحَ عَثْمَانُ امْرَأَةً عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ { عَلَى رُبْعِ ثَمْنِهَا عَلَى ثَمَانِينَ أَلْفِ دِيْنَارٍ؛ أَمَا إِنْ كَانَتِ التَّرَكَةُ نَقْدًا - ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ جَنِيْهَاتٍ - فَيَصِحُّ الصَّلْحُ، مَهْمَا كَانَ الْعَوْضُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ غَيْرِ جِنْسِ مَا لِ التَّرَكَةِ كإِعْطَاءِ ذَهَبٍ بِفِضَّةٍ أَوْ بِالْعَكْسِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ، فَلَا يَعْتَبَرُ التَّسَاوِي، وَلَكِنْ بِشَرَطِ قَبْضِ الْعَوْضِيْنِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ صَرَفٌ.

وإن كانت التركة خليطاً من أشياء عينية ونقدية وهو الغالب - فلا بد من أن يكون العوض أكثر من نصيبه في التركة؛ حتى يتساوي نصيبه بمثله، وتغطي الزيادة الأشياء العينية الأخرى مثل: العروض التجارية، والعقارات، ونحوها؛ منعاً من الوقوع في الربا، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب أو الفضة؛ لأن هذا عقد صرف في هذا القدر.

والخلاصة: أنه يشترط عند الحنفية كون التركة معلومة، ولا يشترط أن يكون المتخارج بمقدار الحصة تماماً؛ لأن هذا العقد بيع، والعلم بالمبيع شرط في إمكان التسليم، ولا يلزم كون الثمن مساوياً لقيمة المبيع، لكن يشترط أن يكون المتخارج عالماً بنصيبه من التركة؛ خشية الغرر، ويشترط أيضاً: التقابض فيما هو عقد صرف؛ لعدم الوقوع في الربا.

قائمة المراجع العامة

١. (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل)
علي بن سليمان المرادوي، المكتبة السلفية، ١٩٦٥م.
٢. (البحر الرائق شرح كنز الدقائق)
ابن نجيم الحنفي، دار الفكر العربي، ١٩٩٨م.
٣. (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)
علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م.
٤. (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)
محمد بن أحمد بن رشد، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٥م.
٥. (حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار مع تقارير الرافعي)
محمد أمين بن عابدين، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.
٦. (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير)
محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، ١٩٩٨م.
٧. (الروض المربع شرح زاد المستقنع)
منصور بن يونس البهوتي، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، ٢٠٠٣م.
٨. (روضة الطالبين)
أبوزكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المكتب الإسلامي، ١٩٩١م.
٩. (شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي)
ابن همام الحنفي، تعليق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.
١٠. (شرح منتهى الإرادات)
منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٥م.

١١. (المجموع في شرح المذهب)
محيي الدين النووي، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٦م.
١٢. (مغني المحتاج إلى معرفة أفاض المنهاج)
الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠.
١٣. (المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل)
موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٥هـ.
١٤. (مواهب الجليل)
محمد بن محمد المغربي الخطاب، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.
١٥. (الموسوعة الفقهية الكويتية)
وزارة الشؤون والأوقاف الكويتية، مطبعة دار السلاسل، ١٩٩٠م.

