

مجلة كلية الشريعة والقانون بدمهور

للبحوث الفقهية والأصولية والقانونية



١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

لجنة الرابعة - العدد الرابع

قواعد الصرف بين الشريعة الإسلامية
والقانون الوضعي
د/ محمد مصطفى ناصف

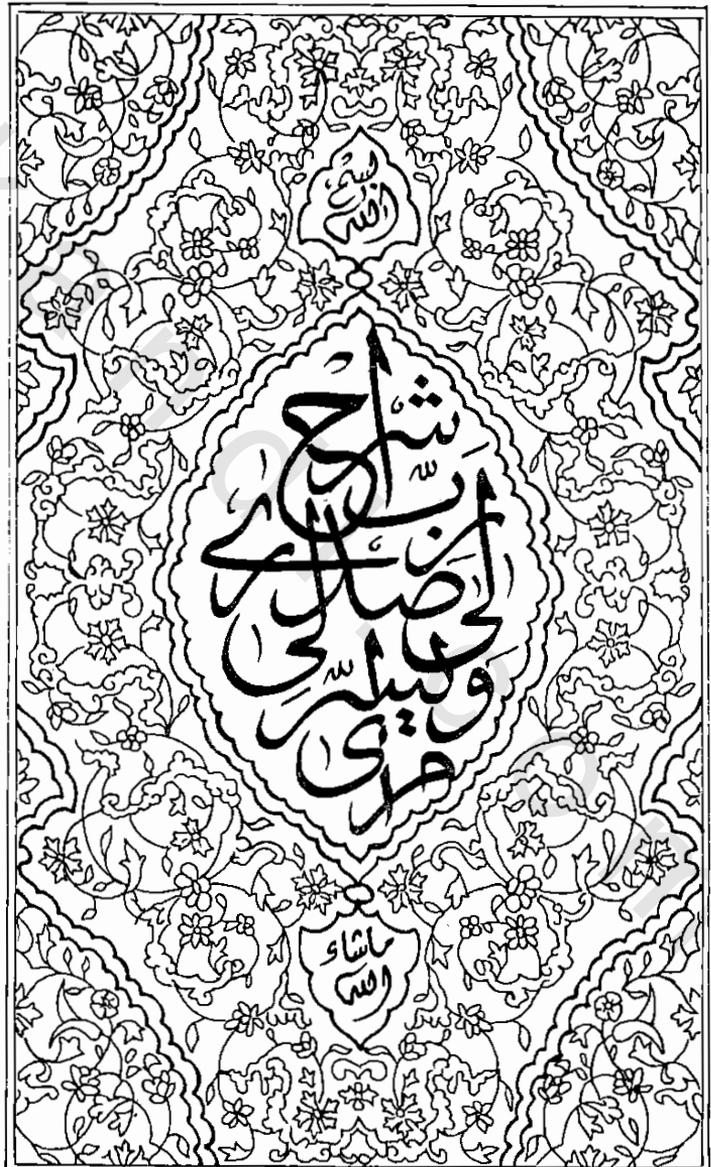
تحديد الربح وأثره على عقد الشركة
في الشريعة الإسلامية
د/ محمد حسين مبروك تزييل

العدول عن خطبة النكاح
وأثره في الفقه الإسلامي
د/ حمدي رجب عبد الغنى

التحكيم بين الزوجين
في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة
د/ حمدي عبد المنعم شلبي

القول الفضل في تعدد الزوجات
د/ سمير محمد محمد عقيقي

عقد الوكالة في الفقه الإسلامي
د/ متولى موسى متولى طعوايه



obeikandi.com

« هيئة التحرير »

دكتور / سعيد مصيلحي عثربى الله

« رئيس التحرير »

دكتور / حمدى عبد المنعم شلبى

« عضو »

دكتور / حمدى رجب عبد الغنى

« عضو »

السيد / اسماعيل السيد عقل

« سكرتير التحرير »

obeikandi.com

محتويات الكتاب

صفحة	
٥	تقديم
	١ - قواعد الصرف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
٧	دكتور / محمود أحمد فتحى ناصف
	٢ - تحديد الربح وأثره على عقد الشركة فى الشريعة الإسلامية
٦٥	دكتور / محمد حسين مبروك قنديل
	٣ - التحكيم بين الزوجين فى الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة
٩٣	دكتور / حمدى عبد المنعم شلبى
	٤ - العدول عن خطبة النكاح وأثره فى الفقه الإسلامى
١٧٣	دكتور / حمدى رجب عبد الغنى
	٥ - القول الفصل فى تعدد الزوجات
٢٣٩	دكتور / سمير محمد محمود عقبى
	٦ - عقد الوكالة فى الفقه الإسلامى
٢٥٩	دكتور / متولى موسى متولى طعواش

obeikandi.com

تقديم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحابته اجمعين ومن اهتدى بهديه وسار على منهجه الى يوم الدين ، اما بعد

فان التعليم اسمى المهن وأشرف ما يمكن ان تسعى اليه قدم ، رفعه الله تعالى في كتابه حتى قال « فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون » وعرفت السنة المطهرة فضله فقال عليه افضل الصلاة وأتم التسليم « الدال على الخير كفاعله » وقال : « من دل على خير فله مثل اجر فاعله » وعرف الصحابة الاطهار قدر التعليم فقال ابن عباس - رضى الله عنهما - : « معلم الناس الخير يستغفر له كل شيء حتى الحوت فى البحر » وقال معاذ بن جبل : « تعلموا العلم فان تعلمه خشية وطلبه عبادة ومدارسته تسبيح والبحث عنه جهاد وتعليمه من لا يعلمه صدقة وبذله لاهله قربة ، وهو الأنيس فى الوحدة والصاحب فى الخلوة والوليل على الدين ومناز سبيل الجنة يرفع الله به اقواما فيجعلهم فى الخير قادة سادة هداة يقتدى بهم هو حياة القلوب من العمى ونور الابصار من الظلم ، وقوة الأبدان من الضعف يبلغ به العبد منازل الأبرار والدرجات العلا والتفكير به يعدن الصيام ومدارسته بالقيام ، به يطاع الله عز وجل وبه يعبد وبه يوحد وبه يمجد وبه توصل الارحام ويعرف الحلال والحرام وهو امام والعمل تابعه يلهمه السعداء ويحرمه الأشقياء » .

وإذا كان للتعليم هذه المنزلة فى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وعلى لسان الصحابة الأطهار فلا عجب ان نحتفل به ايما احتفال ونديج فيه المقال بعد المقال . حتى تخرج للوجود مجلة الشريعة والقانون فى توبها القشيب على خير مثال ، هى منبر من منابر العلم ونافذة يسطع منها نور الهداية على كل راغب فى الهداية .

واننى ان اتشرف بتقديم هذا العدد من المجلة للقارىء الكريم لأرجو
الله سبحانه وتعالى للزملاء أعضاء هيئة التدريس الذين حرروا أبحاثه
وقرروا مادته وأنشأوا عباراته أن يجزيهم الله خير الجزاء عما قدموا
للعلم والاسلام انه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير والحمد لله
رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحابه أجمعين .

عميد الكلية

٠١ د٠ سعيد المصيلحي

نبذه عن صاحب البحث

الاسم : محمود أحمد فتحى ناصف

تاريخ الميلاد : ٢٧/١٢/١٩٤٠

المؤهلات العلمية :

١ - الاجازة العالية (الليسانس) الشريعة والقانون
سنة ١٩٧٣ شريعة القاهرة .

٢ - ماجستير معهد البحوث والدراسات العربية
التابع لجامعة الدول العربية سنة ١٩٧٥ .

٣ - درجة التخصص (الماجستير) فى الفقه المقارن
سنة ١٩٧٥ القتل العمد بين الشريعة والقانون مع بيان
حكم نقل الأعضاء .

٤ - العالمية (الدكتوراه) فى القانون التجارى سنة
١٩٨٥ - القواعد العامة للتاجر من خلال الشريعة الاسلامية
والقانون الوضعى .

مؤلفات وأبحاث منشورة :

١ - موقف الشريعة الاسلامية من اوراق الجامعة
(مجلة مركز كامل صالح لتجارة الاسلامية) .

٢ - مسئولية الربان عن التلوث البحرى بين الشريعة
والقانون (مجلة المرحامه عدد شهر ديسمبر سنة ١٩٨٨) .

٣ - النشاط التبشيري فى الاسلام (مؤتمر الدعوة
الاسلامية سنة ١٩٨٨) .

obeikandi.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قواعد الصرف : بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

تمهيد /

الحمد لله على الدوام والشكر على الفضل والانععام ،
والصلاة والسلام على محمد سيد الأنام ، وأشهد ان
لا اله الا الله الواحد الاحد ، الفرد الصمد ، أحل لنا الحلال
برحمته ، وحرّم علينا الحرام بكامل حكمته فقال جل وعلا :

« يا ايها الناس كنوا مما فى الارض حلالا طيبا » (١)
وقال أيضا سبحانه وتعالى :

« ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » (٢) .

وأشهد أن سيدنا ومولانا محمدا عبد الله ورسوله ، بلع
الرسالة ، وأدى الأمانة ، وأرشد الأمة الى مثل المعاملات ،
التي تسير عليها بأرشاده اياها الى اكتساب المال ، مما
لا خطر فيه ، ولا ضرر منه ، ولا يكون الشيء مالا ، الا اذا
ترافرت فيه الحياة ، مع امكان الانتفاع به على وجه معتاد .
وذلك لأن استخلاف الله تعالى للانسان فى هذه الارض وفى
هذا المال ، انما الى أجل محدود .

وقد استوجب هذا قيام الدراسات الشرعية ، مع مقارنتها
بالتشريعات الوضعية لاطهار ما تحتويه هذه الشريعة

١ - سورة البقرة آية رقم ١٦٨ .

٢ - سورة البقرة آية رقم ٢١٧ .

الغراء ، مما يغنى هذا المجتمع المسلم عن النقل والاستيراد لأشياء لا تتلاءم مع مجتمع دينه الرسمى الإسلام ، وهذا كى نرد على الذين يزعمون عجز الشريعة الإسلاميه عن ملاحف العصر ، ونقول لهم : عيكم أن تجربوا ما تحريه الشريعة الإسلاميه من نصوص ، وقواعد عامه يمكن بها ملاحقة كافة العصور ، مع صلاحيتها للتطبيق على كافة المجتمعات ، مهما اختلفت ضبائعها فصلا عن تميزها على كافة النظم البشرية ، وذلك لسبب انها ليست من نتاج عقول قاصرة ، الأفهام عاجزة محدودة ، بل هى من شرع الله خالق العقول والافهام ، وقد قال عز وجل فى محكم آياته .

« ما فرطنا فى الكتاب من شىء » (٣) .

وقد وقع اختيارى على موضوع .

« قواعد المصرف بين الشريعة الإسلاميه والقانون »

مبينا أوجه الاختلاف ، وأوجه الاتفاق ، وذلك لأهمية الموضوع فى كل من الشريعة والقانون .

١ - القاعدة وتعريفها :

ان القاعدة - لغة - قد أخذت من (قعد) من باب (دخل) ، والقاعدة من النساء التى قعدت عن الولد ، والحيض ، والجمع : القواعد ، وقواعد البيت أساسه (٤)

٣ - سورة الانعام آية رقم ٢٨ .

- وقد قال المولى عز وجل : « ولا يبينك مثل خبير » سورة قاطر

آية رقم ١٤ .

- وقال كذلك : « ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » .

- سورة المائدة آية رقم ٥٠ .

٤ - الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية سنة ١٣٥٥هـ -

سنة ١٩٣٧م - ص ٥٤٤ .

ويعنى بقواعد الصرف - أسس الصرف ، ويراد القواعد الأصول ، التي يرجع اليها عند الاختلاف .

أما تعريف القواعد فى الاصطلاح ، فهو عبارة عن الأمر الكلى المنطبق على جزئيات ، كما أن القاعدة الفقهية موضوعها فعل المكلف ، ومحمولها حكم شرعى ، حيث أن الاحكام الفقهية تحمى المقاصد العامة لتشريعها ، التي تثبت من خلال مصادر التشريع .

٢ - قواعد عقد الصرف من خلال الكتب الفقهية :

لقد ورد فى كتب الفقه الإسلامى ، وعلى الاخص كتب المذهب الحنفى عن عقد الصرف ، اولته كثيرا من العناية ، مبينة بعض الصكوك ، التي كانت تستعمل لتلافى خطر نقل النقود من بلد الى آخر ، واطلقوا على ذلك اسم (السفاتج) (٥) وقد أسهب الفقهاء فى شرح حوالة الحق ، مما يعنى النضوج الفقهى المتميز ، الذى لم تبلغه أى من التشريعات الغربية .

وقد استفادت هذه التشريعات - أيما استفادة مما كتبه الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد ، ومن هذا - أستطيع أن ابين مدى سماحة الاسلام ، ويسره فى اماكن اخضاع المستحدثات الجديدة والمتجددة للمفاهيم الاسلامية الصحيحة ، بقصد تحقيق الترابط بين الدين والدنيا .

٣ - التعريف بالصرف :

والصرف - لغة - هو الزيادة ، يقول أبو عبيدة / صرف الحديث تزيينه بالزيادة فيه (٦) .

٥ - الزيلعى - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق - ص ١٧٥

٦ - الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق / ص ٣٦٢ .

- وقد قال الخليل : ومنه سميت العبادة الناقله صرفا .

- المرغينانى - الهداية شرح البدايه - الجزء الثالث - ص ٨١ .

وفى الاصطلاح هو البيع ، اذا كان كل من عوضيه من جنس الأثمان (٧) ، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٢١ بقولها .

« الصرف ببيع النقد بالنقد »

ومن خلال هذين التعريفين يتضح ان الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى عقد الصرف أن يكون فى الأثمان (٨) - مثل الذهب والفضة والتماثل فيهما .

٧ - المرغينانى - الهدايه - المرجع السابق ص ٨١ .

- داماد افندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابصر المجلد الثانى ص ١١٦ .

- وعرفه صاحب درر الاحكام شرح غرر الاحكام (بأن بيع الثمن فان تجانسا لزم التساوى والتقابض قبل الافتراق) - مثلا خسرو - الجزء الثانى - ص ٢٠٢ .

٨ - هنا خلاف بين الاحناف والشافعية مثاره . هل علة التحريم هو القدر والجنس مثل الذهب بالذهب والفضة بالفضه ، أى - أوزنوا الذهب بالذهب ، والفضه بالفضة .

السرخسى - المبسوط - الجزء الثانى عشر - ص ١١٦ و ١٢٠ .

- أما الشافعية - فالعلة عندهم ، فقد اشترطوا لكى يتم الصرف فى الذهب والفضه - الجنسية ، والثنوية ، حيث ان الثمنية فيها حياة للموال أما المعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضة لا يكون الا فى الثمنية ، لأنهما خلقا لذلك . ومن خلال هذين الرايين يتضح صحة رأى - الشافعية ، حيث ان الاعتبار الذى وقف عنده اعتبار اجتماعى اقتصادى ، يصل الى لب الموضوع - بخلاف رأى الأحناف . لعدم المناسبة مع العصر .

خطة البحث :

الفصل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

المبحث الأول : بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية .

- ١ - تمهيد .
- ٢ - القرآن الكريم .
- ٣ - السنة النبوية .
- ٤ - الاجماع .
- ٥ - وجوب القبض .

المبحث الثانى :

اركان عقد الصرف والصرف اليدوى :

- ١ - تمهيد .
- ٢ - صيغة العقد بين الماضى والحال والمستقبل .
- ٣ - الايجاب والقبول .
- ٤ - الصرف اليدوى .

المبحث الثالث :

لمحة عن أسس قانون الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الورقة التجارية ونشأتها .
- ٣ - تعريف عقد الصرف .
- ٤ - أنواع عقد الصرف .

الفصل الثانى :

الأساس الفقهى والقانونى للالتزام المصرفى

المبحث الأول :

تعريف الحوالة وأدلة مشروعيتها

- ١ - تعريف الحوالة - لغة .
- ٢ - تعريف فى الاصطلاح .
- ٣ - مشروعية الحوالة .
- ٤ - أركان الحوالة .
- ٥ - أنواع الحوالة .

المبحث الثانى :

وجه الشبه بين الحوالة والكمبيالة

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة .

المبحث الثالث :

الأساس القانونى لقواعد الصرف

- ١ - تمهيد .
- ٢ - الفرق بين نوعى الالتزام .
- ٣ - الشكلية .
- ٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة .
- ٥ - قهر المدين .
- ٦ - حق الحامل .
- ٧ - التوازن فى الحقوق .
- ٨ - التقادم المصرفى .
- ٩ - موقف الشريعة من التقادم .

الخاتمة

الفصل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

تمهيد

قد أقرت الشريعة الاسلامية عقد الصرف بشروط معينة ، أوضحتها ، وبينتها النصوص ، وكذلك أيضا - فان المشرع الوضعى قد عنى بقواعد الصرف ، ووضع لها نصوصا نوضحها فيما يلى .

وقد قسمت هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

- الأول : فى بيان مشروعية عقد الصرف .
- الثانى : فى أركانه وحكم الصرف اليدوى .
- الثالث : فى النصوص القانونية وموقفها من الصرف .

المبحث الأول :

بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية

١ - تمهيد :

لقد أجاز المشرع عقد الصرف ، مبينا حل هذا العقد من خلال نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية المشرفة ، واقرار رسول الله ﷺ تعامل الصحابة به ، مع اجماع الأمة على حله .

واليك بيان ذلك :

٢ - القرآن الكريم :

يقول المولى عز وجل :

« الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع

مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ٠٠٠ » (١) •

ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أنه قصد بيع مطعوم بمطعوم أو نقدا بنقد الى أجل ، أو فى العوض ، بأن يباع أحدهما بأكثر منه (٢) •

ولما كان عقد الصرف فيه معنى بيع النقد بالنقد ، فاذا بيع أحدهما بأكثر منه ، أعتبر هذا دخلا فى نطاق الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، وذلك لأن الذين يخرجون عن تعاليم المولى عز وجل ، ويصرون على أكل الربا - لا يقومون الا كما يقوم ، الذى يتخبطه الشيطان من المس ، وذلك لأنهم أحلوا الربا ، ومن فعل ذلك يدخل فى نطاق قول الله سبحانه وتعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلکم رؤس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون » (٣) •

ومن خلال هذه الآية الكريمة - نجد أن من يستمر فى حل الربا • ويفعله ، فليأذن بحرب من الله ورسوله ، وحكم المرابى أنه يقاتل بعد الاستتابة (٤) •

ومن خلال عرض هذه الآيات الكريمت ، نجد أن عقد الصرف وهو بيع النقد بالنقد ، اذا خلا من المفاضلة ، أصبح جائزا شرعا •

١ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ •

٢ - البيضاوى - تفسير أنوار التنزيل وأسرار التأويل - المجلد الاول - ص ١٨٥ •

٣ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٨ و٢٧٩ •

٤ - البيضاوى - تفسيره - المجلد الاول - ص ١٨٦ •

٣ - السنة النبوية :

ما روى عن أبي سعيد قال : قال رسول الله ﷺ :

« لا تبيعوا الذهب بالذهب ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق ، الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » متفق عليه (٥) .

ويؤيد هذا الحديث ما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب وزنا بوزن (٦) ، والفضة بالفضة ، وزنا بوزن مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » (٧) .

٥ - الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٠
٦ - وفى لفظ : لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق الا وزنا بوزن مثلا بمثل سواء بسواء - رواه أحمد ومسلم .

- وورد فى موطأ مالك ما أوثر عن مالك عن أبي شهاب عن مالك بن الأوس الحدثان النرى ، انه التمس صرفا بدائة دينار قال : قد عانى طلحة بن عبيد الله فترواضا حتى اصطرف منى وأخذ يقبلها فى يده . ثم قال : حتى يأتينى خازنى من الغابة ، وعمر بن الخطاب يسمع فقال : والله لا تفارق حتى تأخذ منه .

٧ - مالك السيوطى - تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك الجزء الثانى - ص ١٢٧ - أما كلمة لا تشفوا معناها بضم أوله ، وكسر الشين المعجمة ، وتشديد الفاء رباعى من أشف - والشف بالكسر الزيادة ، ويطلق على النقص ، وقصد به هنا : لا تفضلوا - الشوكاني - المرجع السابق - ص ١٩١ .

١ - الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .
٢ - نصبت كلمة (وزنا) على الحال - أى حالة كون الذهب بالذهب وزنا بوزن ، فهنا كلمة (وزنا) حال .

(م ٢ - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية)

يؤخذ من هذين الحديثين أن بيع الذهب بالذهب (٨) والفضة بالفضة ، لا يجوز الا مثلا بمثل ، وان اختلفا في الجودة ويقول الشوكاني : يدخل في الذهب جميع أنواعه من مضروب ومنقوش ، وجيد وردى ، وصحيح ، ومكسر ، وحلى وتجره ، ومغشوش (٩) .

ما روى عن رسول الله ﷺ :

« الذهب بالورق ٠٠ الى ٠٠ الاهاء وهاء ٠٠ » (١٠) .

٤ - الاجماع :

فقد أورد الشوكاني نقلا عن النووي ، وغيره : الاجماع على ذلك (١١) أى وجوب أن يكون الذهب بالذهب مثلا

-
- (٨) مسلم - فى صحيحه - الجزء الثالث - ص ١٢١٢ .
- الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٩ .
(٩) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .
- ذهب الصنعاني الى قوله « ان لفظ الذهب عام لجميع ما يطلق عليه من مضروب وغيره » .
- فى سبل السلام - ج ٣ - ص ٤٨ .
- والتبر ما كان من الذهب غير مضروب ، فاذا ضرب دنانير فهو عين . ولا يقال الا للذهب . وبعضهم يقول للفضة . أيضا .
- انظر الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق - ص ٧٤ .
(١٠) مالك فى مرطئه - كتاب تنوير الحوالك شرح على سوطاً مالك . - طبعة الحلبي - الجزء الثانى ص ١٢٧ و١٢٨ .
- ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول ﷺ : الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ، قال مالك : اذا اصترف رجل الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، - أما كلمة هاء وهاء ففيه لغتان : المد والقصر ، ويقول النووي والمد افسح وأشهر . وقد نزل عن السيرافي : كأنهم جعلوها صوتا كصه ومه وغير ذلك من الألفاظ الدالة على الاصوات .
(١١) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .

بدنل وليس متفاضلا ، وبهذا تكون الأمة قد أجمعت من لدن رسول الله ﷺ على مشروعية عقد الصرف وذلك بوجوب بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والورق بالورق مثلا بمثل ، ومن زاد أو استزاد فأنفضل ربا .

- وجوب القبض :

وقد أوجب الفقهاء لصحة عقد الصرف أن يتم القبض في المجلس ولا يجوز أن يتراخى قبض أحد البضين قبل الافتراق (١٢) ، وهذا وفقا لما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه « والله لا تفارق حتى تأخذ منه » (١٣) .

فقد روى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« الذئب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتعمر بالتعمر ربا إلا هاء وهاء (١٤) متفق عليه (١٥) .

(١٢) المرغيناني - الهداية بشرح الداية - ج ٣ - ص ٨١ .

- داماد أفندي - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثاني

ص ١١٦ .

- وقد أورد الصنعاني - أنه ذهب كثرة من العلماء والصحابة والتابعين والعقرة والفقهاء فقالوا : يحرم التفاضل فيما ذكر غائبا كان أو حاضرا - انظر الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ .

(١٣) مالك في موطنه - تنوير الحوالك - ج ٢ - ص ١٢٧ .

(١٤) وقول النووي : هاء وهاء فيه لغتان : المد والقصر والمد

أفصح - ومعناه : خذ هذا - يقول صاحبه مثله (ومعنى هاء وهاء -

يدا بيد) - النووي في شرحه على صحيح مسلم - ج ٢ ص ١٢٨ .

- السيوطي - في شرح تنوير الحوالك ج ٢ - ص ١٢٨ .

(١٥) الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « وان استنظر الى
أن يبلغ بيته فلا تنتظره » (١٦) .

ويؤيد هذا ما أورده صاحب مجمع الأنهر بقوله (وشرط
فيه) أى فى الصرف ، أى شرط بقاءه على الصحة ، لا شرط
انعقاده ، وهو الصحيح المختار كما فى البحر (التقابض
قبل التفرق بالأبدان ، حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثلا
فى جهة واحدة ، ثم تقابضا قبل الافتراق صح) (١٧) .

ذا كله دليل على وجوب القبض قبل الافتراق لصحة
عقد الصرف وهو ما يقول به الأحناف (١٨) - والمقصود
بالافتراق - الانفراق بالأبدان ، لأن العوضين مستويان فى
معنى الثمنيه ، فإما أوجبنا قبض أحدهما ، لزم قبض
الأخر ، لعدم وجود الأوثيق بينهما والاتحقق الربا .

ويذهب ابن قدامة الحنبلى في صدد قبض العوضين :
أن المرجع فى ذلك الى العرف فيرجح اليه فى القبض
والاحراز والتفرق (١٩) والذي أرجحه هو قبول الأحناف
لقطعية أدلته .

-
- (١٦) الامام/الك - فى موطنه - ج ٢ - ص ١٢٨ .
(١٧) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١١٦ - مثلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الأحكام
- ج ٢ - ص ٣٠٢ .
- واشترط أبو يحيى زكريا الانصارى فى صحة البيع ثلاثة أمور
ليخرج عن البيوع الربويه : (حلول ٠٠ وتقابض قبل التفرق) .
- انظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - ج ١ - ص ١٦١ .
(١٨) ريذهب صاحب لغة السالك الى انه « لا يضر الفصل بين
الايجاب والقبول الا ان يخرجنا عن محل العقد عرفا » .
- أحمد بن محمد الصاوى المالكى - على الشرح الصغير - للدردير -
ج ٢ - ص ٣٤٥ .
(١٩) ابن قدامة الحنبلى - المغنى - ج ٢ - ص ٥٦١ .

المبحث الثانى :

أركان عقد الصرف والصرف البيدوى

١ - تمهيد :

يجمع الفقهاء على ضرورة اظهار الارادة كشرط لايجاد الحكم الشرعى ، ويستند الفقهاء فى هذا الى حديث رسول الله ﷺ المشهور ، والقائل :

« ان الله تجاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم » .

ومن ثانيا هذا الحديث يركز الفقهاء على ظهور الارادة، ولذا جاء فى المبسوط :

« ان ما يكون بالقلب ، فهو نية ، لا ينعقد أصل العقد بها » (٢٠) :

فقد الصرف ينشأ بايجاب وقبول ، وكل منهما باللفظ، ولا أعتقد أن الكتابة تضارع اللفظ ، بل هى تتخلف عنه ، حيث أن الاحرف المكتوبة هى أحرف ماديه - قد ترسم منفصلة عن شخصية صاحبها بعكس المفوظة ، فهى تنطلق معبرة ، ومتصلة بشخص صاحبها ، حيث أن ميزة اللفظ تحظى بميزة الشمول بكافة مظاهر العاطفية والعقلية والارادية ، أما الكتابة فهى تحصل معنى الاخبار الواضح فيه جانب العقل - لا أثر فيه للعوامل الأخرى ، أما اللفظ فنجد فيه المظاهر الثلاثة مندمجة فى هذا اللفظ ، ولذا كان اللفظ متقدما على الكتابة فى الوجود فى عالمنا المعاصر . (٢١)

(٢٠) السرخسى - المبسوط - ج ١٣ - ص ٤٦ .

- وقد نصت المادة الثالثة من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
« العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني ولذا يجرى حكم الرهن فى البيع بالوفاء » .

(٢١) الدكتور/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٨٥

ومن خلال هذا يتضح وجوب اظهار الارادة ، وهو التعبير
اللقى وهو الايجاب - يقابله التعبير التلقى ، وهو القبول ،
فاذا امتزج هذان التعبيران فى صيغة - وجد العقد ، وكأنه
فى مجلس واحد ، بحيث أنه يوافق الايجاب شمولاً .

٢ - صيغة العقد بين الماضى والحاضر والمستقبل :

تتنوع صيغ العقود بين الصريح ، والكنايى ، وكل
منهما لا يختلفان - أحدهما عن الآخر ، الا فى مقدار ما يمنحه
المتعاملون من ثقة ، مجالها مدى استعمال اللفظ .

ولهذا نجد أن التعبير الصريح موثوق به ، لانه محدد
الاتجاه ، ويؤدى فى ذلك الى استقرار المعاملات ، بعكس
التعبير الكنايى ، فانه غير محدد الاتجاه ، ويؤدى - بالتالى -
الى انعدام الثقة به - والى عدم استقرار التعامل ويلجأ
فيه الى الارادة الباطنة .

والذى يهمنى فى هذا - هو التعبير الصريح (٢٢) ،
ويستعمل فيه لفظ الماضى ، وهذا ما عبر عنه - منلا خسر
وبقوله :

« والتصرف الشرعى ، والشرع قد استعمل اللفظ
الموضوح للتحقيق من الماضى لغة فى الانشاء ليبدل على التحقق
والثبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة » (٢٣) .

ومن خلال هذا النص يتضح أن الصيغة - هى المظهر
الواضح والمعبر عن الارادة فى مرحلتها الاخيرة ، حيث أن

(٢٢) أما القانون فالتعبير قد يكون صريحا او ضمنيا ، فيجوز
التعبير باللفظ ، والكتابة ، والاشارة ، والسكوت .

- انظر الدكتور/السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى -

ج ٤ سنة ١٩٨٦ - ص ٥٤ هامش .

(٢٣) منلا خسر - درر الحكام - شرح غرر الاحكام - الجزء الاول

- ص ٢٢٧ .

الإرادة - هنا قد تجاوزت أدوار التنكير ، والنزود ، الى
أنجزم ، والحسم لانها التعاقد ، اما صيغة الماضى -
حيث انها قد قصد بها الماضى ، الا انها فى اصطلاح الفقهاء ،
جعلت ايجابا للحال ، ويؤكد هذا الكاسانى بقوله :

« ان هذه الصيغة ، وان كانت للماضى وضعها ، لكنها
جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة ، والشرع ، والعرف
قاصد على الوضع » (٢٤) .

اذن صيغة الماضى وفقا لوضعها فى عرف اللغة ،
والشرع لفظ منحصر للحال ، فينعقد به العقد (١٥) دون بحث
عن النية ، وهذا وفقا للإرادة الظاهرة لوضوحها ، فلا يعدل
عنها الى غيرها (٢٦) .

صيغة المضارع :

لما كانت صيغة المضارع بين الحال ، والاستقبال ،
ويغلب عليها المستقبل ، ومن هنا يؤخذ بالارادة الباطنة ،
ويتم الرجوع فى ذلك الى النية سواء اكان اللفظ للحال .
او للاستقبال (٢٧) يؤخذ فى ذلك بالارادة الباطنة بسبب

(٢٤) الكاسانى - بدائع الصنائع - الجزء الخامس - ص ١٢٢
- ويؤكد هذا ما أورده صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٤٥
بقوله « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

(٢٥) وقد نصت المادة - ١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
« الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضى » .

(٢٦) وهذا وفقا لما نصت عليه القاعدة الفقهية فى المادة ٢ من
مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الامور بمقاصدها - يعنى أن الحكم
الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك
الأمر » .

(٢٧) وقد نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٧٠ بقولها :
« واذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد بها العقد » .

أن الارادة الظاهرة لا تكون هنا واضحة . وينعقد به العقد
إذا كان بصيغة الحال (٢٨) .

أما صيغة الأمر :

أما صيغة الامر ، والاستفهام والاستقبال عند الأحناف ،
فلا ينعقد بها العقد ، لأنها صيغ تدل على الاستقبال ،
ويقول صاحب مجمع الأنهر : إذا دل الأمر على الحال ينعقد
به العقد (٢٩) ونقل المعنى : ان الإيجاب إذا تقدم بلفظ
الطلب فقال : بعنى ثوبك ، فقال - بعتك - ففيه روايتان :
أحدهما - يصح وهو مالك ، والشافعى ، والثانية لابی حنيفة
أنه لا يصح (٣٠) .

وخالصة هذه الصيغ :

ان كل لفظ دل على الماضى - جاز به العقد ، وكل لفظ
دل على الحال انعقد به العقد ، وان دل على الاستقبال ،
لا ينعقد به العقد ، وإذا كانت الارادة غير واضحة ، بان
احتملت صيغة الحال ، والاستقبال - تعين الرجوع الى
النية ، لان هنا يرجع الى الارادة الباطنة .

(٢٨) وقد نصت المادة - ١٧٠ من المجلة المذكورة بقولها : « ينعقد
البيع بصيغة المضارع أيضا إذا أريد بها الحال - كإبيع ، واشترى » .
(٢٩) داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابصر - مجلد
الثانى ص ٥٥ .

(٣٠) ابن قدامة الحنبلى - المعنى - ج ٢ - ص ٥٦١ .
- وأجاز المالكية البيع بالفعل الامر « لأنه يدل لغة على طلب البيع .
فهو يحتدل الرضاء به وعدمه . ولكن العرف دل على رضاء به أحمد
الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح - الصغير
للدردير - ج ٢ - ص ٣٤٥ .
- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب -
الجزء الاول - ص ١٥٧ .

٣ - الايجاب والقبول :

أركان العقد عند الشافعية (٣١) والمالكية (٣٢) : عاقد (بائع ومشتري) ، ومعقود عليه ، ثمن ، ومثمن ، وصيغة (هى الايجاب والقبول) وقد خالف ذلك الاحناف : أن العقد ينعقد بالايجاب والقبول الايجاب - هو اول كلام يصدر ممن يتكلم من المتعاقدين (٣٣) والقبول هو كلام ثانى من يتكلم (٣٤) .

وفى عقد الصرف يتم بيع ثمن بثمن (٣٥) - كذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، أو فلوس بفلوس ، أو العكس - بأن يقول الموجب : بعث والآخر : اشتريت ، وبذا يتم الايجاب والقبول ، بحيث يتم التقابض فى الجنس ، كما أوضحنا ذلك سلفا .

٤ - عقد - بائع ومشتري :

أوجب الشافعية ان يكون من ضمن اركان العقد - العاقدان أى البائع والمشتري ، واشتراط فيهما كمال الاهلية ،

(٣١) أبى يحيى زكريا الانصارى الشافعى - فتح الوهاب - ج ١ - ص ١٥٧ - الشيرازى - المهذب - ص ٢٥٧ .

(٣٢) احمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لا قرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٣٤٣ .

(٣٤،٣٣) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ٤ .

- الميرغينانى - الهداية - ج ٢ - ص ٢١ .

- وعرفهما صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادتين ١٠١ و ١٠٢ بقوله (الايجاب والقبول - الايجاب اول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء التصرف) (القبول : ثانى كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد) .

(٣٥) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ١١٦ .

- ومن هنا يتم مبادلة مال بمال ، وهو التصرف للبيع شرعا (ان كان هذا مطلق بيع) - أما الصرف فينصب على بيع ثمن بثمن - كما

وأن الإرادة طائفا خرجت من صاحبها نظل لصيقة به تموت معه وتزول بنقده أهليته .

والممنوعون من التصرف هم : الصغير والمجنون ، والمعتوه ، وقد نصت المادة ٦٦١ من مجلة الأحكام العدلية بقولها :

« إذا حجر السفية ، وأمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلم الناس ببيان سببه » ويعلم الناس الحجر ليعلموا وليمتنعوا عن التعامل معهم ، حيث أن شخصيتهم ، وأرادتهم غير معتبرة ، حيث أن عبارتهم تعد لغوا من القول ، وذلك لأن للعقود أسبابا جعلها شرعية ، بمعنى أن الشارع قد أقر ما درج عليه الناس من اعتبارها أسبابا لآثار معينة محددة ، وقد بينها الشارع ، ووضحها ، ولا يتحملها فاقده الأهلية ، لذا لزم أن يكون العاقد أن كامل الأهلية ، حتى يصح تصرفهما .

التمن والمتمن :

التمن وهو قيمة الشيء المبيع ، أما التمن فهو محل العقد ، وقد اشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما به ، وأن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا ، فإذا لم يكن قابلا لذلك لم يصح العقد .

صيغة عقد الصرف :

ان صيغة العقد ليست خبرا ، وإنما هي انشاء (٣٦) ، وحد الخبر هو ما احتمل الصدق والكذب لذاته ، أما الانشاء فهو القول ، الذي يرجد مدلوله في نفس الأمر ، كما أن

(٣٧،٣٦) وقد خالف الإحناف ذلك واعتبروا صيغة العقود اخبارات

في أصل وضعها اللغوي ، كالانشاءات الشرعية .

- انظر مثلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج١ ص ٢٢٧

الانشاء لا يئزمه الصدق والكذب لذاته ، وان لزمه للزومه ، كما يقرر ذلك علماء المنطق ، قد استعمل الشرع اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضي لغة فى الانشاء ، لكى يدل على التحقق والثبوت (٣٧) ، وذلك لان الاثر الشرعى يندمج مع المظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعلول ومتأخرة عنه (٣٨) .

شروط السماع :

تختلف وجهات النظر من حيث تكوين العقد ، وذلك اذا كان بين حاضرين ، فرأى يذهب الى أن العقد ، يتكون بمجرد صدور القبول ، ورأى آخر يرى أن العقد ينشأ بمجرد اتصال القبول بعلم الموجب ، فالرأى الاول - لم يشترط السماع من قبل الموجب ، أما الرأى الآخر فقد اعتبر ان القبول تعبير متلقى ، حيث أن العقد لا ينشأ ، ولا يتم بمجرد القبول بل لابد من سماع الموجب ، وهذا ما بقرره الكمال بن الهمام بقوله :

« والانعقاد هو ارتباط حد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ، ويستعقب الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام الساقى . ويسمى كل من العاقدين كلام صاحبه » (٣٩) .

ويؤكد ما قاله ابن الهمام - ما ذهب اليه من ان لا يخسر بقوله : « الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً

(٣٨) البزدوى - كف الاسرار - ج ٤ - ص ١٧١ .

(٣٩) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٢ - ص ٢٤٤ .

- وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها (اذا أوجب أحد المتعاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقـ الآخر على الوجه المطابق للايجاب ، وليس له تبعض الثمن أو الثمن ، وتفريقهما) .

على وجهه يظهر أثره فى المحل « (٤٠) .

ويؤكدده أيضا منلا خسرو بقوله :

« ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، اذ لولاه لم يتحقق الرضا » (٤١) .

ان السماع يندج عنه تحقق رضا العاقدين ، أى يؤدى الى تطابق الايجاب مع القبول ، اذا لم يسمع أحد العاقدين الآخر ، فلا ينشأ التزام بينهما ، حيث ان أحدهما - كيف يقبل ما لم يسمعه ؟ واذا كان الأمر بالعكس ، فلم يسمع الموجب ردا على ايجابه ، باعتبار ان القبول ملقى بين حاضرين فى مجلس العقد ، وله صفة العلنية ، فاذا لم يسمع الموجب قبولا فلا ينشأ العقد ، اذن ينشأ العقد من تطابق الايجاب مع القبول (٤٢) ومن سماع المتعاقدين لبعضهما لكى تنشأ التزامات متقابلة ، تكون ذات أثر كلى فى التمييز بين التعبيرات النقاة والمقتاة ، حيث أن التصرف المشتمل على ضرر فى مواجهة الغير يتوقف على هذا التصرف ، فاذا تراجع الموجب عن ايجابه قبل علم القابل

(٤٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج ٢ - ص ١٤٢
وبعد هذا النص مشابها لما نصت عليه المادة ١٠٤ من مجلة الاحكام
العدلية بقولها : الانعتاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه
مشروع يظهر أثره فى متعلقهما » .

(٤١) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام ج١ - ص ٢٢٥ .

(٤٢) فقد نصت المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا أوجب أحد العاقدين بيع شيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر
على الوجه المطابق للايجاب » .

- ويلزم من خلال تطابق الايجاب مع القبول صحة المبيع ، حيث
نصت المادة ١٠٨ من المجلة بقولها : « البيع الصحيح الجائز هو
البيع المشروع ذاتا ، ووضعا » .

وقبوله (٤٣) ، وهذا ما يؤكد الكاسانى بقوله :
« لا يفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار
بصاحبه » (٤٤) .
ومن خلال هذا نجد الفقه الحنفى يحمى ارادة المتعاقدين ،
والالتزامات الصادرة من كل منهما كما سبق أن بينا .

الصرف اليدوى :

لقد عرفت التعاملات الشرعية الموجودة - قواعد الصرف
ممثلة يدا بيد ، وهذا تمشيا مع ما نص عليه ماروى عن
عبادة ابن الصامت رضى الله عنه : قال رسول الله ﷺ :
« الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . . مثلا بمثل
سواء بسواء يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا
كيف شئتم ، اذا كان يدا بيد » (٤٥) .

ومن خلال هذا الحديث الشريف يفهم ان عقد الصرف
يتم على أثر التعبير عن ارادة أحد المتعاقدين وقبول الآخر ،
أى بتعبير آخر أنه قارن بين الايجاب والقبول فى مجلس

(٤٣) وقد نصت المادة ١٨٤ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :
« لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل
الايجاب » .

(٤٤) الكاسانى - دائع الصنائع - مطبعة شركة المطبوعات العلمية
القاهرة سنة ١٣٢٨هـ - الجزء السادس - ص ١٧٧ .

(٤٥) مسلم - فى صحيحه بشرح النورى - المجلد الرابع ص ٩٨ .

- الصنعانى - سبل السلام - الجزء ٣ - ص ٤٨

- الربيع بن حبيب - الجامع الصحيح - مكتبة الثقافة الدينية ج ٢

ص ٤٣ .

- أما ما أورده الشوكانى باخراج مسلم عن ابن عباس أنه لا ربا فيما
كان يدا بيد ، فليس هذا مرويا عن رسول الله ﷺ - انظر الشوكانى
- نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

العقد والتقابض بين كل من المتبايعين ، ويؤيد هذا ما أخرجه عبد الرزاق ، واحمد وابن ماجه عن ابن عمر : أنه سأل النبي ﷺ : فقال « استنرى الذهب بانفضه ، فاذا اخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس » (٤٦) .

المبحث الثالث : الاساس القانونى لقواعد الصرف :

١ - تمهيد :

ان الناظر الى المقصد من اصطلاح قانون الصرف يجد انه عبارة عن مجموعة القواعد التى ذكرت فى القانون التجارى بصدد إنشاء الأوراق التجارية (٤٧) .

وهى ممثلة فى الكمبيالة ، والشيك ، أو السند الأذنى ، أو للحامل (٤٨) وهذا من حيث مقابل الوفاء منها وقبولها ، وتحويلها وضمائمات الوفاء بقيمتها ، والاجراءات الواجب

(٤٦) الشوكانى - نيل الأوطار ج٥ - ص ٢٩٤ - واستدل الشوكانى عن من هذه الرواية على اعتبار المجلس ، واستدل بها هنا على وجوب أن يتم عقد الصرف يدويا أى بالمبادلة الاليوية ، ولا يتراض أحد المتعاقدين على اتمام عملية التقابض لكى لا ينشأ نزاع .
(٤٧) أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها :

« ان عبارة الأوراق التجارية ، انما تطلق على الكمبيالات ، والسندات الأثنية ، والتى لحاملها ، والشيكات التى تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية فى ١٩٥٦/٦/٢٨ رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق .

- أ/محمد صالح - شرح القانون التجارى - الجزء الثانى -
البند رقم ٢/ .

(٤٨) وقد بينت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٢٤/١٢/٢٠ - الحاماة سنة ١٥ صفحة ١٨٣ ان تقول (الأوراق التجارية التى عبر عنها الشارع فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة) الأوراق المصررة لأعمال تجارية هى الأوراق التى يتداولها التجار .

اتباعها عند الامتناع عن الوفاء ، وكذا أيضا تقدم الدعاوى الناشئة عنها ، كل هذه القواعد سالفة الذكر تسمى قانون الصرف (٤٩) Droit Cambiavée .

نخلص من هذا أن الاوراق التجارية لها العديد من الوظائف فهي أداة وفاء واذتمان ، بجانب عملية الصرف ، والتي قصد منها تمكين الورقة التجارية من أداء وظائفها على الوجه الأكمل .

٢ - الورقة التجارية ونشأتها :

لقد نشأت الورقة التجارية كوسيلة لتنفيذ عقد الصرف ، بقصد مبادلة فلوس وطنية بغير وطنية (٥٠) ، فالذى يريد أن يسافر الى خارج البلاد يحتاج الى عملة الدولة ، التى يسافر اليها ، ولهذا فهو يلجأ الى أحد بنوك مصر كى يبرم معه عقد صرف .

٣ - تعريف عقد الصرف :

وهو عبارة عن مبادلة نقود وطنيه بأخرى غير وطنية ، أو تلقى نقود فى مكان معين نظير الالتزام بالوفاء بها فى مكان - آخر ، وبعملة هذا المكان (٥١) ، ومن هذين التعريفين يتضح تنوع الصرف الى أكثر من نوع .

(٤٩) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الأوراق - الجزء الثانى - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .

- د/على البارودى - قد عرف الصرف بأنه هو مبادلة نقود بنقود من عملة اخرى - فى كتابه القانون التجارى اللبنانى - طبعة ١٩٧٢ - مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى ص ٧٦ .

(٥٠) د/على البارودى - القانون اللبنانى - المرجع السابق ج ١ ص ٧٦ .

(٥١) د/ سمير الشرقاوى - القانون التجارى - سنة ١٩٨٢ ج ١

٤ - أنواع عقد الصرف :

يختلف الصرف الى نوعين / الأول - الصرف اليدوى . وهو الذى تقوم به جهة واحدة من طرق المناولة اليدوية (٥٢) والثانى هو العدول عن الصرف اليدوى الى الصرف المسحوب (٥٣) ، ويتضمن الصرف المسحوب الامتناع عن نقل النقود من مكان تلقئها الى مكان سدادها ، لكى يتلافى العميل حمل النقود الذى قد يعرضه الى مخاطر يكون فى غنى عنها بمجرد أمر بالصرف ، ويكون فى مأمّن عن هذه المخاطر ، وهنا نشأت فكرة الصرف المسحوب ممثلة فى الكمبيالة (٥٤) ، وان كان فى الحياة العملية بدأت تقل وظيفة الكمبيالة ، كأداة لتنفيذ عقد الصرف (٥٥) ، وأخذ مكانتها الشيك .

ويعد عقد الصرف فى نوعيه عملا تجاريا ، على شريطة أن يحقق من يقوم بهما ربحا ، سواء أكان هذا الربح ناتجا عن فروق الاسعار بين العملات ، أو يحصل على عمولة نتيجة عملية المبادلة .

(٥٢) وهذا النوع يتشابه مع الصرف اليدوى فى الشريعة الاسلامية،
والذى سبق أن شرحتة فى المبحث الثانى من هذا المبحث .

(٥٣) وتسمى هذه العملية Cambium Trajecticium
- وهي تتميز عن عملية الصرف اليدوى Cambium Mamuale

وبذا ظلت الكمبيالة تؤدي وظيفتها لمدة طويلة .

(٥٤) الدكتور/على البارودى - القانون التجارى اللبناني - المرجع

السابق - ج ١ - ص ٧٧ .

(٥٥) د/سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - الطبعة

الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٤٥ .

وينتج مما سبق أن عقد الصرف سواء ، أكان الصرف يدويا أو مسحوبا ، فإنه يعد عملا تجاريا منفردا (٥٦) ، حيث أن الموقع على الورقة التجارية يكون ملتزما بأداء قيمتها لحاملها في ميعاد الاستحقاق ، وهذا منشؤه الالتزام المصرفي : Obligation Combioivée

-
- (٥٦) انظر حكم محكمة استئناف بيروت المدنية في ٢٤ تشرين ثان سنة ١٩٦٠ (حاتم ج ٤٣ ص ١٦) .
- ويعتبر عقد الصرافه ، أى الذى يتم بين الصراف ، والراغب فى ابدال النقود عملا تجاريا بالنسبة للصرف ، أما بالنسبة لطالب النقود . فلا يعد عملا تجاريا الا تطبيقا لنظرية التبعية - أى يعد العمل تجاريا - اذا كان تابعا تجارى ، او متعلقا بتجارته .
 - (انظر - د/على جمال الدين عوض - القانون التجارى - لطلبة كلية التجارة - جامعة القدر - سنة ١٩٧٥ - ص ٤١ .
 - ويعد عملا تجاريا لسهولة التداول .
 - انظر الاستاذ/محمد على صالح - شرح القانون التجارى -
 - الجزء الثانى - البند رقم ١ .

الفصل الثانى

الاساس الفقهى والقانونى للالتزام المصرفى

تمهيد /

سبق أن أوضحنا ان الصرف يتنوع الى نوعين : أحدهما الصرف اليدوى ، وقد أوضحنا ذلك فيما سبق ، والثانى : يتعلق بالصرف المسحوب ، منهشلا فى الكمبيالة أو الاوراق التجارية ، ويتشابه هذا النوع مع الحوالة فى الفقه الاسلامى ، ولذا سنتعرض للحوالة :

- ان فكرة الورقة التجارية لا توجد التزاما سلبيا حالا فى ذمة الموقع على الورقة ، وانما يكون للموقع له علاقة سابقة بينه ، وبين من حرره الورقة التجارية ، أو ظهرها لتكون أداة لاثبات العلاقة الاصلية بينهما ، غير أن المدين لا يلتزم قبل دائنه المباشر فقط ، بل ينتقل الالتزام الى الحملة المتعاقبين ، وهذا ما سننوه عنه فيما يلى ، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية من حوالة الحق :

Cession Le Créance

ولما كانت الحوالة أيضا لها عظيم الأثر فى علاقة التجار بعضهم البعض ، كما أنها فى عصرنا الحاضر مرتبطة بعقد الصرف ، والتعاملات المالية بين الافراد بعضهم البعض فى داخل المجتمع - فاننا سنتعرض الى تعريفها ، وأدلة شرعيتها ووجه التشابه بينها وبين الكمبيالة ، وذلك فى المباحث التالية :

المبحث الاول

تعريف الحوالة ، وأدلة مشروعيتها

١ - تعريف الحوالة لغة :

الحوالة لغة مأخوذة من النقل ، والتحويل ، وهى تأتي من حول ، بوزن سكر أى بصير بتحويل الأمور ، وهو حول

قلب ، واحتال من الحيلة - وأحتال عليه بالدين من الحوالة
(١) .

١ - تعريفها فى الاصطلاح :

أما تعريف الحوالة عند الفقهاء ، فهى على قولين :

(أ) - النقول الأول /

ذهب الاحناف والشافعية ، والحنابلة فى تعريفهم
لحوالة بقولهم بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة (٢) .

(١) أبى بكر الرازى - مختار الصحاح - المطبعة الاميرية - سنة
١٩٢٧ - ص ١٦٤ .

٢ - داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١٤٦ - وعرفها صاحب مجلة الأحكام العدلية فى المادة
٦٧٢ بقوله : « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » .

- أبى يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب
- الجزء الاول - ص ٢١٢ .

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٧٦ .
أما ما قاله المالكية فمبنى على أنها أى الحوالة أصل مستقل
بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين - انظر أحمد الصاوى - بلغة
السالك لأقرب المسالك - ج ٢ ص ٦٦٠ و٦٦١ - والذمة هى وصف
شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ، ويصير به اهلا للالتزام
والالتزام أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات .

انظر - د/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٢٠ . « انظر
نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى » للمؤلف السابق .

- ومن خلال تعريف الذمة السابق ذكره يتضح التوازن بين الحقوق
والواجبات من حيث الحل حيث يقرر الامام الغزالى « ان الحل الاموال
والابضاع وحرثها أسبابا ظاهرة - من نكاح ، وبيع وطلاق وغيره ،
وان نصب هذه الاسباب أسبابا للاحكام انما هو بحكم الشرع فهى لا توجب
الحكم بذاتها بل بايجاب الله تعالى - فهو الذى شرعها ورتب عليها
أحكامها » .

- الغزالى - المستصفى من علم الأصول - الجزء الاول
ص ٩٤ و٩٣ .

أى من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (١) .

(ب) - القول الثانى :

ذهب المالكية فى قول لهم بأن مفهوم البيع بخصوص الحوالة أنها من قبيل بيع الدين ، فيشترط فيها شروط ، غاية الأمر ، أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر ، وهذا هو القول الاول عندهم (٤) ، والراجح هو القول الاول - لاجماع الفقهاء عليه .

٣ - مشروعية الحوالة :

الحوالة مشروعبة بالسنة المشرفة ، واجماع الأمة على جوازها .

(أ) - السنة :

ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال :

(٣) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

- وانما خصت بالدين لانها نقل شرعى ، والدين . وصف شرعى يظهر اثره فى المطالبة ، فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى كما فى البيع .

(٤) احمد بن الصاوى المالكى - بلغة السالك لا قرب المسالك .. الجزء الثانى - ص ٦٦٠ .

- وهذا القول لا يرجحه الشيخ محمد عرفه الدسوقى أن الحوالة مأخوذة من التحول والأكثر على أنها رخصة مستثناه من بيع الدين بالدين كما قل عياض .

- انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبي - الجزء الثالث - ص ٣٢٥ .

« مطل الغنى ظلم ، واذا أحيلت على ملىء فاتبعه » (٥) رواه ابن ماجه (٦) .

ويؤكد هذه الرواية ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« مطل الغنى ظلم - واذا اتبع أحدهم على ملىء فإيتبع » (٧) .

يؤخذ من هذين الحديثين حل الحوالة ، وجواز ان يحال الدائن على شخص ملىء ليتقاضى دينه - كما يجوز للشخص ، ان يتحمل الدين عن المدين ، فقد روى سلمه بن الأکوع قال : كنا عند النبی ﷺ - فأتى بجنابة ، فقالوا يارسول الله صلى الله وعئيه وسلم : « قال هل ترك شيئاً ؟ فقالوا لا : فقال : هل عليه دين ؟ قالوا ثلاث دنائير . قال : صلوا على صاحبكم : فقال أبو قتادة : صلى عليه

(٦،٥) انظر الشوكاني - ويعلق على هذا الحديث بقوله حديث ابن عمر اسناده من سنن ابن ماجه هكذا حدثنا اسماعيل بن ثوبة حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر فذكره واسماعيل بن ثوبه ، قال ابن اى حاتم صدوق وبقيه رجاله رجال الصحيح ، وقد أخرجه ايضا الترمذى ، وأحمد .

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٦ .

(٧) الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨٠ ،

- الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٦ - والحديث متفق عليه رواه الجماعة وفي لفظ لأحمد (ومن أحيل على ملىء فليحتل) .
- الامام مالك : تنوير الحوالك - شرح على موطأ مالك - الجزء الثانى - ص ١٦٣ و١٦٤ - وقد دل الحديث على تحريم مطل الغنى ، وبهذا قال الصنعاني - فى سبل السلام ج ٣ - ص ٨٠ .

- وقد نقل الشوكاني بأنه هل مطل الغنى كبيره أم لا ؟ فذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق .

- أنظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٧ .

يا رسول الله وعلى دينه فصلى » (٨) .

يتضح من هذا الحديث شرعية حوالة الدين ، بحيث
إذا أحال المدين الدائن على المحيل عليه ، وقبل تنفيذ المحال
به جاز .

ويؤكد هذا قول رسول الله ﷺ : « من ترك ديننا فعلى »
(٩) .

(ب) - الأجماع :

فقد نقل الشوكاني - أنه يجب على من أحيل بحقه على
ملىء أن يحتل ، والى ذلك ذهب أهل الظاهر ، وأكثر
الحنابلة ، وأبو ثور ، وابن جرير ، وحمله الجمهور على
الاستحباب .

قال الحافظ وهو (من نقل فيه الأجماع (١٠) وأى أن
الامة أجمعت من لدن رسول الله ﷺ : لى يومنا هذا على أنه
من أحيل بحق على ملىء فليحتل أى فليحال عليه .

٤ - أركان الحوالة :

تعد الحوالة عقدا لا يتم الا بين عاقدين - يلزم أن
يكون أحدهما المحتال ، أو المحال ، وذلك لأن الدين حقه ،

(٨) ونقل الشوكاني أنه رواه أحمد والبخارى والنسائي ورواه
الخمسة الا انا داود هذه القصة من حديث ابي قتاده - وصححه الترمذى
- انظر الشوكاني - نيل الاوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٨ .

- الصنعاني - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨١ وما بعدها .
(٩) الشوكاني - نيل الاوطار - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

(١٠) الشوكاني - نيل الاوطار - الجزء الخامس - ص ٢٢٧ .
- وذهب الصنعاني فى شرح الأمر لى فليتبع على وجوب قبول
الاحالة وحمله الجمهور على الاستحباب ، ويقرر الصنعاني بقوله :
انه لا يدري ما الحادل على صرفه من شاهرة زعلى الوجوب حمله أهل
الظاهر .

وهو الذى يننقل بها ، وكذمم متفاوتة ، فلا بد من رضاه (١١) وسواء أباشر العقد بنفسه ، أم من خلال نائبه أما اذا تمت المباشرة بواسطة فـضـولى ، فيتوقف العقد على اجازته . أما العاقد الآخر فاما أن يكون المحال عليه (١٢) ، فان كان هو صحت الحوالة ، ونفذت ، لأن المحتال عليه يلزمه الدين ، ولا لزوم بدون التزامه (١٣) .

ولم نقل أن العاقد الآخر هو المحيل ، وذلك لان الحوالة تصح بدون رضاه (١٤) ، وذهب الشافعية الى أنه لا بد من رضا المحيل ، والمحتال ، مخالفين بذلك رأى الحنفية ، لأنهما العاقدان فالحوالة بيع دين بدين جوازا للحاجة ، لا رضا المحال عليه لأنه محل الحق (١٥) ، وقد وافق على ذلك المالكية (١٦) ، والحنابلة (١٧) .

-
- (١١) أنظر سبل السلام - ج ٣ - ص ٨٠ .
- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ .
(١٢) فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧١ بقولها :
« المحال عليه هو الذى قبل على نفسه الحوالة » .
(١٣، ١٤) المرغينانى - الهداية - ج ٣ - ص ٩٩ .
(١٥) ابن يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - الجزء الاول - ص ٢١٢ .
- الشيرازى - المهذب - الجزء الاول - ص ٢٢٨ .
(١٦) أحمد بن محمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٦٦١ .
- ويقرر المالكية أن أركان الحوالة خمسة محيل وهو من عليه دين ومحال وهو من له الدين ومحال عليه وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول ، ومحال به وهو الدين المائل وصيغة تدل على التحول ، والانتقال - أما شروط العقد عندهما رضا المحيل والمحال فقط .
(١٧) منصور البهوتى - الروض المربع شرح زاد المستنقع - الجزء الثانى - ص ١٩٣ .

والرأى الذى أرجحه أنه لابد من رضا المحتال باتفاق،
والمحتال عليه لتكون الحوالة صحيحة .

نخلص من هذا أن أركان الحوالة الايجاب ، والقبول من
المحتال ، ومن باشر معه العقد .

٥ - أنواع الحوالة :

الحوالة تتنوع - فقد تكون أما مطلقة ، وأما مقيدة ،
فالمقيدة : اذا قيدت الحوالة بالدين ، أو الوديعة أو الغصب
لا يطالب المحيل المحتال عليه ، أو عنده (١٨) .

وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة ، أن لا يملك المحيل
مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به عن المحتال على مثال
الرهن (١٩) أما الحوالة المطلقة فقد عرفها منلا خسرو الحنفى
بقوله : المطلقة فهى ان يرسلها أرسالا لا يقيدها بدين له على
المحال عليه ، ولا بعين له فى يده (٢٠) .

(١٨) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد
الثانى - ص ١٤٩ ، - المرغينانى - الهداية - ج٣ - ص ١٠٠ .
- وقد عرفتها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٨ بقولها :
« الحوالة المقيدة : هى الحوالة التى قيدت بأن تعطى من مال المحيل
الذى هو فى ذمة المحتال عليه أو فى يده » .

(١٩) المرغينانى - الهداية - الجزء الثالث - ص ١٠٠ .
- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء ٢ - ص ٣٠٩
(٢٠) منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - ج٢ ص ٣٠٩
- داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر - المجلد الثانى -
ص ١٤٩ .

- المرغينانى - الهداية - ج٣ - ص ١٠٠ .
- وعرفها مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٦٧٩ بقوله « الحوالة
المطلقة : هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحال
عليه » .

وبذلك ان لم تقيد الحوالة بشيء من المذكورات سافا ،
فله أى للمحيل المطالبة من المحتال بانعين ، أو الدين ،
ويقدر المحتال عليه أن يدفعها المحيل ، اذ لا تعلق لحق المحتال
بما عنده ، أو عليه ، بل حقه فى ذمة المحتال عليه ، وفى ذمته
سعة ، فغاية ما يجب على المحتال عليه أداء دين المحتال من
مال نفسه (٢١) .

المبحث الثانى

وجه الشبه بين الحوالة والكهبيالة

١ - تمهيد :

لما كانت المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية
تتضمن على مبادلة الاموال ، والمنافع بين الناس بواسطة
العقود ، فقد اهتمت الشريعة الاسلامية بالمعاملات المالية ،
واسباب الملكية ، وكيفية انتزاعها ومدايناتها ، وأما الأخيرة
فهى محل حديثنا حيث ، أوجب الله سبحانه وتعالى كتابة
الديون المؤجلة ، وهذا بقوله عز وجل :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى
فاكتبوه . الخ » (٢٢) .

ويقول البيضاوى فى تفسير هذه الآية : اذا دايين
بعضكم بعضا تقول : داينته اذا عاملته نسئية معطيا ،
أو آخذا ، وفائدة ذكر الدين ان لايتوهم من التداين المجازاة ،
ويعلم تنوعه الى المؤجل ، والحال ، وانه الباعث على
الكتابة ، ويكون مرجع الضمير فاكتبوه الى أجل مسمى
معلوم بالايام والأشهر (٢٣) .

(٢١) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المرجع

السابق - ص ١٤٩ .

(٢٢) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢ .

(٢٣) القاضى البيضاوى فى تفسيره - الجزء الأول - المرجع

السابق - ص ١٨٧ .

ومن هنا كانت مشروعية الكتابة من خلال القرآن المجيد ، حيث انها تعد وظيفة للتعبير عن ارادة طرفي التعاقد ، لأن أحرف التعبير فى الفقه الاسلامى ذات قدرة خلاقه ، فاليها يعزى أحداث الأثر .

ولما كانت الكمبيالة كدين مؤجل تتشابه مع الحوالة كدين مؤجل ، أيضا عقدنا هذا البحث لدراسة أوجه الشبه بينهما .

٢ - الكتابة فى الكمبيالة والحوالة :

لقد ذهبت الشريعة الاسلامية الى طاب الكتابة فى كل دين مؤجل ، ولا يكتفى بالكتابة بل تستوجب الشريعة بجانب الكتابة ضرورة اشهاد شاهدين من الرجال ، وفى بعض الأحيان تقبل شهادة ، اذا لم يتوافر رجلان ، فرجل وامرأتان ، وهذا يعد من جانب الشريعة الاسلامية احتياطا درءا للمنازعة .

وهذا سبق لم تصل اليه أى من التشريعات الوضعية ووجه الشبه بين الكمبيالة والحوالة فى الشريعة الاسلامية (هو بينهما عموم ، وخصوص وجهى) .

حيث ان الحوالة هى أعم من الكمبيالة ، فالساحب فى الكمبيالة يقابله فى الحوالة المحيل ، وكذا المحال له يقابله المستفيد ، والمحال عليه يقابله فى الكمبيالة المسحوب عليه ، والقيمة فى الكمبيالة يقابلها المحال به .

واذا كانت الحوالة تنشأ برضا المحيل ، والمحال له ، ولا حاجة لرضا المحال عليه ، فالكمبيالة كذلك تنشأ برضا الساحب والمستفيد ولا حاجة لرضا المسحوب عليه .

- وجه الاختلاف بين الحوالة والكمبيالة :

١ - لا بد فى الكمبيالة أن يكتب فيها بيانات محددة نص عليها القانون على سبيل الحصر ، وهى البيانات التى

أوردتها المادة ١٠٥ تجارى ، وهى تاريخ سحب الكمبيالات ، والمبالغ المطلوب دفعه واسم المسحوب عليه ، ميعاد دفعها ، مكان الدفع ، ذكر وصول القيمة ، اسم المستفيد شرط الأذن ، أو أنها لحاملها ، أو امضاء الساحب (٢٤) .

٢ - أنه فى حوالة الحق يلزم ، أن يكون المحيل دائننا للامدين الحال عليه (٢٥) ، ولا يلزم ، ولا يشترط فى الكمبيالة ان يكون الساحب دائننا للمسحوب عليه وخاصة نشأة الكمبيالة .

٣ - أما بصدد تظهير الكمبيالة ، فلا مثيل له فى الشريعة الاسلامية ، كما ان قاعدة تظهير الدفع (٢٦) لا تعارض بينها وبين عموم الاحكام فى الشريعة الاسلامية .

(٢٤) ملحوظة : وانا كانت الكمبيالة تحتاج فى القانون الى هذه البيانات - فان الشريعة لا تمنع ان تكون هذه البيانات فى الكمبيالة - فليس هناك خلاف فى هذا ما لم يرد مانع وهو ذلك الوصف الشرعى الذى يقتضى وجوده ، عدم غير من حكم أو سبب .

- عبد الجليل القرنشواوى والحسينى الشيخ - مدخل الفقه الاسلامى

- الطبعة الأولى - ص ١٤١ .

- مثال ان تحرر الكمبيالة على توريد خنزير أو خمر ودم (أو غير ذلك من الأموال غير المتقومة) أو على فوائد ديون مما نهى عنها المشرع .

(٢٥) فان الناظر الى حديث رسول الله ﷺ بقوله :

« مطال الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع »

- وهذا الحديث يشتمل على نوعى الحوالة المتعارف عليهما فى القانون - وحوالة الحق : عبارة عن اتفاق بين المحيل ، والحال له على نقل حق المحيل ، الذى فى ذمة الحال عليه الى الحال له .

(٢٦) ويقصد بتظهير الدفع أى أن الورقة التجارية اذا ظهرت من موقع الى آخر فانها تنتقل الى هذا الأخير مطهرة ، مما كان يشوبها من عيوب ، ما دام هذا الأخير حسن النية .

- انظر - د / سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام التجارى

السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م - ص ١٠ وما بعدها .

٤ - ان قبول الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، وذلك قبل ميعاد الاستحقاق يعنى التزام المسحوب عليه بالوفاء (٢٧) ولذا يلزم التأسير عليها بالقبول (٢٨) كما لا يجوز القابل - للكمبيالة ، ولا لمن ضمنه ضمانا احتياطيا ، ان يتمسك ضد حاملها السليم النية ، بأوجه دفاع شخصية .

- وبالعكس تماما ، فان قبول المحال عليه لا يبرىء المحيل ، وهذا هو ما ذهب اليه زفر من فقهاء الحنفية (٢٩) ، حيث ان نقل الدين فى الحوالة نقل حكمى ، والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة ، فجاز نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ولا يعنى هذا أن ذمته خالية من الدين ولكن قصد بذلك التوثيق ، ومن هنا يتضح مدى الخلاف بين القبول من قبل المسحوب عليه فى الكمبيالة وقبول المحال عليه من قبل المحيل فى الحوالة .

(٢٧) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية - ٢٨/١٠/١٩٥٨ - رقم ١٩٠ سنة ٧٥ ق .
- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٧٨٤ .

(٢٨) انظر حكم محكمة الاسكندرية الكلية فى ٣٠/٣/١٩٤٠ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ٩٨٣ رقم ٤٠٦ والذى نص فيه على انه يجب ان يثبت بالكمبيالة قبول المسحوب عليه ، أو الاطلاع عليها بالقبول أو الرفض ، وتلك البيانات عن الكمبيالة ، يجب أن تثبت بورقة مستقلة عن نص البروتستو لان البروتستو أعد لاثبات الصور .

(٢٩) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - ص ١٧١ .

- داهاد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ و١٤٧ .

- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ .

هـ - ويعد مقابل الوفاء فى كل من الحوالة ، والكمبيالة .
شرط انعقاد لكل منهما ، فلا بد من مديونية المحال عليه
للمحيل (٣٠) ، وكذا ايضا الساحب للمسحوب عليه .

ومن خلال ما سئف يتضح أوجه الشبه والاختلاف بين
كل من الحوالة ، والكمبيالة ، بحيث نجد ان الشريعة
الاسلامية ، كان لها قصب السبق فى معرفة حوالة الحق ،
التي تعتبر - المصدر التاريخى للاوراق التجارية ، وعلى
الأخص الكمبيالة .

المبحث الثالث

الاساس القانونى لقواعد الصرف

١ - تمهيد :

قبل أن أشعر فى بيان الاساس القانونى لقواعد
الصرف ، يلزم أن أبين بلمحة سريعة عن الاشتراطات
الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام المصرفى باعتباره التزاما
اراديا ، فيلزم لصحته توافر جميع الشروط القانونية
الواجب توافرها لصحة الالتزام الارادى من الرضا والأهلية
والمحل والسبب (٣١) .

(٣٠) منصور البهوتى - شرح منتهى الارادات - ص ٢٥٦ .

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٨٢ .

(٣١) د/عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون
المدنى - الجزء الثانى (نظرية الالتزام وجه عام - المجلد الاول - دار
النهضة العربية - الطبعة الثانية - سنة ١٩٨٢ - ص ٩ .

- د/ سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام السعودى -

- المكتب العربى الحديث - سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - ص ٢٧ .

والالتزام الارادى يتفق مع الالتزام ، الذى ينشأ عن التوقيع على الورقة التجارية هو الالتزام المصرفى (١٢) .

كما يجد الباحث فى ثنايا الاسس التى يقوم عليها فاذن الصرف تلك الاشتراطات التى ترد فى الالتزام الارادى ولذا سنضعها موضع البحث عندما نعرض الاسس العامة . انتهى نهدف الى أداء الورقة التجارية لوظيفتها على الوجه الأكمل ، وسنعرض لذلك فيما يلى .

٢ - الفرق بين نوعى الالتزام :

ان الالتزام المصرفى ينشأ عن علاقات سابقة عليه ، وهذا بخلاف غيره من الالتزامات ، وقد اوجدت نظرية لهذا مردأها أن الاوراق التجارية لا تنشئ التزاما جديدا يكون ناتجا عن التوقيع على الورقة التجارية (٣٢) ، ومنشأ الالتزام هنا من قبل الموقع ، هو قصد أفراغ هذا الالتزام فى الورقة التجارية ممثلا فى التوقيع على الورقة ، أو تظهيرها ، وبذا لا يكون المدين ملتزما قبل دائئه المباشر فحسب ، وانما

(٣٢) د/ محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - الاوراق التجارية - الطبعة الأولى - مطبعة معهد دون بوسكو - سنة ١٩٥٤ - ص ١٣٠٩ .

- د/ محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الاوراق التجارية - مطبعة لجنة البيان العربى - الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٧ - الجزء الثانى - ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣٣) انظر حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق - السنة ٢٠ ، ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

- وقد نص هذا الحكم على ما يلى :

« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الأداء بعد الاطلاع عليه وله مقابيل وفاء » - ويقصد من الاستدلال بهذا ان سحرر الشيك يكون دائنا للمسحوب عليه ومدينا للمستفيد ، فمن هنا يتضح وجود العلاقة السابقة بين المحرر ، والمسحوب عليه ، وكذا فى باقى الاوراق التجارية .

يتم انتقال الالتزام الى حملة الورقة المتعاقبين ، ويبقى هذا الالتزام - مطهرا من كافة الدفوع (٢٤) بحيث يمتنع على هذا الأخير التمسك فى مواجهته بالدفوع ، التى يمكن ان توجه الى الدائن المباشر ، ولم يجد الفقهاء الفرنسيون تفسيراً مقبولاً لتطهير الالتزام من الدفوع ، واقترحوا ذلك العديد من النظريات منها نظرية الحوالة (٣٥) .

ونظرية الوكالة ، ونظرية الانابة ، والاستثناء لصالح الغير ، وقد بذل الفقهاء الفرنسيون الكثير من الجهد ، ولكنهم لم يصلوا الى نتائج مقبولة ، بسبب انهم حاولوا اسناد الالتزام الصرفى الى الارادة سواء باتجاههم الى الارادة المزدوجة العقد ، أم الارادة المنقردة - مما حدا بانفقاء المحققين الى فكرة الالتزام القانونى *Obligation Légale* ويعيب النظريات المنبثقة عن فكرة الالتزام القانونى انها استبعدت دور الارادة فى الالتزام الصرفى ، وهذا وضع لا يتماشى مع الواقع ، فاذا كان صحيحاً أن دور الارادة غير واضح فى الالتزام المدين ، وان كانت الارادة تعد مصدراً لالتزام المدين ، وذلك قبل دائنه المباشر .

(٢٤) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٠/٢/٦ - المحاماة - السنة ١٠ ص ٨٥٧ رقم ٤٣١ بالنص على انه .

« لا يجوز للمدين أن يدفع قبل الحصول اليه بالدفوع التى كان له أن يدفع بها قبل دائنه الاصلى متى كان الدين ثابتاً بسند تحت الأذن أو كميالية تحولت عن طريق التطهير القانونى » .

(٣٥) انظر فى الدفاع عن هذه النظرية *Esmein* فى مقالة بعنوان

Etude sur le régime Juridique des titres à ordres et au Porteur et en Porteur l'Inopposabilité les exceptions'

- ودرشور فى مجلة *Rev Trim de droit civil* سنة ١٩٢١

وانظر أيضاً *Au ahl* رقم ١٩٣١ .

وقد وقف مؤتمر جنيف (٣٦) ، ولم يحاول تغليب أحد النظريات على الأخرى ، وإنما نظر للأسس العملية في الكميالية والتسيك ، والسند للأمر ، وهي التي ستكون محل النظر في هذا البحث ، وتقوم هذه الاسس على أحكام تمدن الورقة ، التجارية من أداء وظيفتها على الوجه الاكمل ، وسنعرض لذلك عرضا سريعا لهذه الاسس .

٣ - التسمية الكلية :

لقد تكفل الشارع بتصميم شكل الورقة التجارية (٣٧) ، لذا فقد نص على البيانات الواجب ذكرها فيها لينتج عنها تحديد دقيق للحق ، الذي تتضمنه الورقة التجارية ، مع تعيين - المدين ، والدائن ، ومبلغه ، وتاريخ نشأته ، وتاريخ الاستحقاق .

وذلك بقصد اظهار الارادة (٣٨) ، وتوضيحها ، وجعل اغفال أى بيان من هذه البيانات مؤديا الى فقدان الورقة

(٣٦) د / محسن شفيق - المرجع السابق - الأوراق التجارية - ص ١٠٧٧ .

(٣٧) انظر الدكتور / على البارودي - بتعريفه الأوراق التجارية محررات مكتوبة وفقا لوضاع شكلية وبيانات يحدها القانون - في القانون التجارى اللبناني - الجزء الاول - ص ٧٢ .

(٣٨) ولا تمنع الشريعة الاسلامية طالما كان المقصد اظهار الارادة لينتج عنها الحكم الشرعى - واظهار الارادة يكون باستخدام كافة طرق التعبير عن الارادة - انظر - د / وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى - الطبعة الاولى - سنة ١٢٧٩هـ - ١٩٦٥م - ص ٣٧ وما بعدها .

- كما أوجبت محكمة الاستئناف - ان الكميالية والسند الاذنى التجارى يقتضى الأمر فيهما اشتراكهما معا فى ان تكون الورقة التجارية غير مبهمة يتبين بها تاريخ التحريز ، واسم الموقع المدين (وهو

==

صفتها ، واعتبار الحق ، انذى تتضمنه الورقة من طبيعة مدنيه ، أى تنطبق عليها الشريعة العامة .

لذا جاءت المادة ١٠٥ تجارى تبين ، وتوضح البيانات الواجب توافرها فى الكمبيالة ، وذلك تحت عنوان فى صورة الكمبيالات .

وان الشارع قد اوضح وجوب الشكلية ، ولكنها ليست مقصودة لذاتها ، ولكنها تهدف الى رعاية مقصد آخر ، وهو كفاية الورقة بذاتها لتقرير الالتزام ، بحيث لا يحتاج الأمر الى ورقة أخرى (٣٩) تلصق بها .

=

ساحب الكمبيالة (واسم المدائن الماذون له) وهو المسحوب له فى الكمبيالة) ، وذكر الزمان ومكان الوفاء ، وان القيمة وصلت نقدا ، وان الورقة . بطبيعتها تكون قابلة للتحويل ، والتظهير ، والتداول وتختص الكمبيالة بذكر اسم المسحوب عليه ، ووجود مقابل عند المسحوب عليه وقت الاستحقاق .

- (محكمة الاستئناف فى ١٩١٢/١٢/٢٦ - المجموعة الرسمية السنة ٢٠ - ص ٩٨٢ - رقم ٤٠٦ .

(٣٩) د / على يونس - الاوراق التجارية - دار الحامى للطباعة - سنة ١٩٦٥ - ص ١٨ .

- أما موقف الشريعة الاسلامية من الشكلية فى المعاملات ، فهى جائزة منعا للنزاع ، والخصومات بين الناس ، وعلى هذا لو قال انسان ، ابيعك ثوبا من عندى ، ولا يصح للجهل بالجنس ، والصفه ، واشترى منك سلعة بثمن ، ولم يصدده ، ولذا نجد الشارع حرم بيع الغرر ، وهو الجهالة فى الثمن أو الثمن ، أو هما معا أو الجهالة بأجل الدين ، ففى الحديث « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر والمنابذة والملامسة » وذلك خشية المنازعات .

- انظر الشوكانى - نيل الاطار - الجزء الخامس - ص ١٤٩ و ١٥٠ .

- يستشف من هذا ان الشكلية تجب فى الشريعة الاسلامية يقصد

منع النزاع .

(٤م - قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية)

كمان الشكلية الواجبة فى الورقة التجارية لا يجوز اثباتها بالبينة ، حتى ولو وجد مبدا ثبوت بالكتابة (٢٠) ، او وجد مانع من الوصول الى الورقة التجارية ذفوة قاهرة تقف حبال الوصول اليها .

٤ - استقلال التوقيعات فى الورقة :

Principe de l'indépendance des signatures

يلتزم كل موقع على الورقة التجارية بالوفاء بقيمتها على سبيل الاستقلال ، وذلك فى ميعاد الاستحقاق ، متى تخلف عن ذلك المدين الاصلى ، وبعد توقيع كل من وقع على الورقة ملتزما التزاما مستقلا عن باقى الموقعين ، واذا حدث وكان أحد الموقعين يشوب التزامه أى عيب من عيوب عدم الرضا . يكون نتيجة ذلك ان زاحمته ارادة معينة بسبب غلط ، أو تدليس ، أو اكراه ، فلا يعنى هذا عدم وجود الارادة، ولكنها ارادة مريضة (٤١) .

أما الجزاء الناتج عن ذلك العيب دعم الالتزام بالوفاء ، وكذا أيضا اذا شاب التوقيع انعدام مشروعيته بسبب الالتزام لا يطالب من وقع بالوفاء ، ولكن هذا لا يؤثر على باقى التوقيعات ، التى لا يشوبها أى عيب (٤٢) .

(٤٠) الدكتور/السنهورى - فى الوسيط - الجزء الثانى - بند

٢٤٢ - ص ٤٦٩ .

(٤١) د/وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة - رسالة دكتوراه -

الطبعة الأولى - المرجع السابق - ص ٤٤٣ .

(٤٢) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى - الجزء

الثانى - ص ٢٠٧ .

د/ على جمال الدين عوض - القانون التجارى - طبعة سنة

١٩٧٥ - ص ٢٠٢ .

د/ سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - ص ٢٥١ .

- حيث ان بطلان الالتزام الناشء عن عيب من عيوب الارادة

لا ينسحب على باقى الموقعين على الورقة التجارية .

ويؤكد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ١١٠ من التقنين
- التجارى المصرى ، وينتج عن قاعدة هامة ، وهى قاعدة
تطهير الدفع .

٥ - قهر المدين :

نجد الشارع قد تعمد فى الورقة التجارية أخذ المدين
بالقسوة والقهر ، وذلك بقصد احترامه لتعهداته ، وعدم
اخلاله بالتزاماته ، كما ألزم الدائن بتقديم الورقة التجارية
فى يوم الاستحقاق بذاته ، كما وضع قواعد تبين امتناع
المدين عن الوفاء ، مما يؤدي الى تحرير بروتستو (٤٣) ،
وسريان فوائد الدين من ذلك اليوم ، وهذا وفقا لما نصت
عليه المادة ١٦١ و١٦٢ من التقنين التجارى ، كما أجاز
العرف أنه يمكن نشر اسماء المدينين ، الذين يمتنعون عن
الدفع وذلك بقصد التشهير بهم وبأئمتانهم .

٦ - حق الحامل :

يلزم لكى تأخذ الورقة التجارية مكانتها فى المعاملات
التجارية بين الناس أن يجد الحامل حماية لحقوقه ، ولا يتم
ذلك الا اذا قامت الورقة التجارية بوظيفتها وفاء (٤٤) ،

(٤٣) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها : « ان السندات
التجارية التى تحت الاذن يسرى عليها كل ما اشترطه القانون التجارى
بالنسبة الى الكديالات . كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة
بسقوط حق حامل الكميالة قبل المحيلين فى المطالبة عن عدم القيام بعمل
البروتستو لعدم الدفع فى المراعيد » .

(محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - الحاساة -
السنة - ص ١٢٧ - رقم ١٢٤) .

(٤٤) التعريف بالشيك كأداة وفاء - انظر حكم محكمة النقض بقوله
« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الاداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل
وفاء » .

- محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ - طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق -

=

السنة ٢٠ - ص ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

وأنتمان بحيث يطمئن الحامل على هذا الحق ، ورسوخه .
مما يدفعه الى قبول الورقة كوسيلة للوفاء كما يرضى
بمنح الائتمان للأخريين عن طيب خاطر ، ولولا هذا لما
قامت الحياة التجارية ، ولتعطلت المعاملات فى السوق ،
والتي تتطلب السرعة فى الانجاز ، وبجانب ذلك أجاز
المشرع تقديم الكمبيالة للقبول ، مما يؤدي الى ملكية مقابل
الوفاء (٤٥) .

==

- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية -
ص ٧٨٩ .

- انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها : « ان عبارة الاوراق
التجارية انما تطلق على الكمبيالات والسندات الاذنية ، والتي لحاملها
والشيكات التي تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » .

- راجع شرح القانون التجارى - للاستاذ / محمد صالح ج٢
البند ١ - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية ٢٨/٦/
١٩٥٦ - رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ و .

(٤٥) وقد اعترف القانون الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢
- الذى اعترف للحامل بالملكية على مقابل الوفاء ، وقد عالج القانون
التجارى ذلك فى المواد من ١١١ - ١١٦ - وبجانب ذلك العرف والفقہ
والقضاء المصرى ، مما لم ييص عليه فى التشريع .

- وقد اعترف فى اسكتلندا على اعتبار المقابل - ملكا للحامل
فابقى على هذا العرف فى (المادة ١٥٢ من قانون الاوراق التجارية)
وحرصا على حقوق الحامل جعل الملتزمين فى الورقة التجارية ضامنين
للوفاء ، كما حصن الحال من الدفع التي لا علم بها ، وهذا ما نصت
عليه المادة ١٧ فى قانون جنيف الموحد بقولها . « ليس لمن أقيمت
عليهم الدعوى بكمبيالة أن يحتجوا على حاملها بأوجه الدفع المبينة
على علاقاتهم الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ، ما لم يكن
نصد الحامل وقت حصوله عليها اضرازا لمين » .

à moins que, en acquérant la lettre, il -le Porteur -
n'oit agi Sciemment au débriment du débiteur

٧ - التوازن فى الحقوق :

لقد حمى المشرع حق الحامل بسياج من الضمانات حوله ، وبجانب هذا حاول أن يحمى الضامنين ، فوضع للحامل وقتا قصيرا لتحرير البروتستو ، ، إقامة الدعوى (٤٦) وذلك من أجل الا يتمادى فى ارهاق الضامنين ، وقد رتب على فوات هذه المواعيد اعتبار الحامل مهملًا *négligent* مما يترتب بعلى ذلك سقوط حقه فى الرجوع على الضامنين ، ولا يتسنى له الا الرجوع على المدين الأصلي فى الصك .

٨ - التقادم الصرفى (٤٧) :

لقد خص المشرع المصرى التقادم بنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى بقوله :

(٤٦) انظر حكم محكمة الاسكندرية بقولها .

« ان السندات التجارية التى تحت الاذن يسرى ، عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكمبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المحيلين فى المطالبة عند عدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » .

- محكمة الاسكندرية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - المحاماه - السنة

د ص ١٢٧ رقم ١٢٤ .

(٤٧) انظر ما يلى فى هذا الموضوع :

Kerm : La prescription en matière d'effets de commerce,
Thèse - Poitiers 1902.

- وقد عرف التقادم فى القانون الرومانى بأنه (التقادم طريق

لاكتساب الملكية يقوم أساسا على الحيابة الطويلة مدة يحددها القانون .

و٧ يطبق الا على الملكية الرومانية .

- انظر الدكتور : محمد عبد الجواد محمد - الحيابة والتقادم نى

الفقه الاسلامى - منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٢٩٧هـ - ١٩٧٧م

حى ٢٨ .

« كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات ، التى تحت اذن ، وتعتبر عملا تجاريا أو بالسندات التى لحاملها ، أو بالأوراق - المتضمنة أمرا بالدفع ، أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، وغيرها من الاوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنين ، اعتبارا من اليوم التالى ليوم طول ميعاد الدفع ٠٠٠ الخ »

✓ وقد نقل المشرع المصرى هذا النص من المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة ١٨٠٧ فى المادة ١٨٩ ، ويجدر بى ذكر النص لكى يبرز الفرق بين النصين فى الصيانة :

Toutes actions relatives lettres des change, et á ceux des billets á ordre souscrits par des negociants marchands ou banquiers ou pour faits de commerce, Se prescrivent Parcing ans, á compter du jur du Protét ou de la derniere powrsuite jwridique, S'il n' ya eu condonnation, ou si la dette n' a été reconnue pour acte se poure Neanmoins les prétendus débiteurs seront tenus s'ils en sont requis d'affirmer, sous serment, qu' ils ne sont plus redevocbles; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qué ils estiment de lionne foi qu' iln' est plus rien dú.

وجه الخلاف بين النصين :

قصر النص الفرنسى على الدعوى المتعلقة بالكمبيالة . والسند للأمر ، متى كانت محررة بصدد عمل تجارى ، وسكت النص على الشيك ، ولكن الشارع المصرى لاحظ ، ولم يزد أن يقع فى مثل ما وقع فيه المشرع الفرنسى ، فحسم هذا بنص المادة ١٩٤ تجارى مصرى والسائف ذكرها ، ومن ثانيا هذا النص يتضح ان الشيك يدخل من ضمن الدعوى المتعلقة بالكمبيالات ، والسندات وانما اطلق ذلك بصدد الأوراق المحررة لأعمال تجارية ، واتصف النص المصرى بعمومه ،

وانما كان النص الفرنسى - دقيقا ففى حالة وفاة المدين يتم توجيه اليمين الى وريثته او خلفائه (Cause - ayants) *

وكان تعبير النص المصرى بقوله كل من يقوم مقامه ويعد هذا اسرافا من جانبه فى العموم ، وعدم دقة فى اختيار الالفاظ .

نطاق التقادمصرفى :

ان الاصل فى التقادم بصدد جميع الالتزامات ، سواء أكانت مدنية ، أم تجارية هو خمس عشرة سنة ، ولا يتقادم الالتزام باقصر من هذا وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧٤ مدنى الا اذا وجد نص خاص اذن بعد التقادم الخمسى (٤٨) استثناء من القواعد العامة ، فلا يتوسع فيه ، وطالما كان الموضع كذلك ، فلا يتوسع فى تفسير النصوص ، بل يجب قصر النص على الحالات التى يشملها ، فاذا نص فى المادة ١٩٤ تجارى على تقادم قصير مدته خمس سنوات (٤٩) .

(٤٨) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة بقولها :

لا ينطبق الخمسى الا على الاوراق الصادرة من تاجر أو لغرض تجارى . الخ ، .

- محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١/٧/١٩٢٨ - الحمامة -
السنة ٩ ص ٤٥٣ رقم ٢٦٤ .

(٤٩) انظر حكم محكمة الموسيقى بأنه :

« الاوراق التجارية المقصودة فى المادة ١٩٤ تجارى هى الاوراق التى يتداولها التجار فيما بينهم كما يتداولون اوراق النقد ، وليس هذا شأن الفواتير المحررة من تاجر لتاجر . وان فمدة تقادم الفواتير التجارية هى خمسة عشر عاما لا خمسة أعوام » .

(محكمة الموسيقى الجزئية فى ١٩٣٨/٥/٢٩ - الحمامة السنة ٢٠ -
ص ١٠٢٦ رقم ٤١٨ ، وايضا حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة الثامنة
التجارية ١٠/٣١/١٩٥٥ رقم ٢٢٣ سنة ٧٢ ق .

فيلزم ان ينظر اليه بوصفه استثناء ، والمدقق فى هذا النص يجده يقصر التقادم الخمسى على بعض الدعاوى المتعلقة بنوع معين من الاوراق .

(أ) - موقف الشريعة من التقادم :

لا تفرق الشريعة الاسلامية بين التقادم المكسب ، والتقادم المقسط (٥٠) ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٤٨ و١٢٥٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وما أورده ابن عاصم من المالكية : تحت عنوان فصل فى حكم الحوز :

والاجنبى ان يحز أصلا بحق : عشر سنين فالتمالك استحق وانقطعت حجة مدعية : مع الحضور خصام فيه الا اذا اثبتت حوزا يالكرا : أو ما يضاهيه فان يعتبر والاقربون حوزهم مختلف : بحسب اعتمارهم يختلف وكذا أورد صاحب رسالة ابن ابى زايد القيروانى بقوله :

« ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين ، تنسب اليه ، وصاحبها حاضر ، عالم لا يدعى شيئا ، فلا قيام له » (٥١) .

وقد تضاربت أقوال فقهاء المالكية تضاربا بينا فى عدد سنين التقدم المؤدى الى عدم سماع الدعوى ، وسأكتفى بهذا القدر فى التقادم مبينا ان الشريعة الاسلامية عرفت التقادم بانواعه ، وكان لها قصب السبق فى ذلك عن ما عداها من التشريعات الوضعية .

(٥٠) وتفصل القوانين فى الغالب بين التقادم المسقط والتقادم المكسب د/ السنهورى - الوسيط - ج ٣ - ص ٩٩٥ .

(٥١) عبد السميع الازهرى - شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى - المكتبة التجارية بمصر - سنة ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م - الجزء الثانى - الصفحة رقم ٢٦٢ ومابعدها .

الخاتمة

يستطيع الناظر للشريعة الاسلامية أن يقرر بادىء
ذى بدء أن المصطلحات الفقهية فى الشريعة تختلف اختلافا
بيننا عن ميثلتها فى القانون ، وان الذى يوجد بينهما وجه
تشابه بينهما - وان كان القانون قد اقتبس العديد من
القواعد الشرعية ، وبنى عليها ، فمثلا الأوراق التجارية
قد أقرتها الشريعة الاسلامية ، ووضعها موضع التنفيذ ،
واذا كان التطور فى الاستخدام يحتاج الى عدة قرون ،
وما زال الاجتهاد والتطور مستمرا ، وان كانت الشريعة
الاسلامية ، قد أدركت منذ أربعة عشر قرنا أهمية التطور
وسرعة التعامل بين التجار ، ولم تخل الشريعة من أحكام
ومفاهيم ، ما زالت تأخذ بها أحدث النظم العصرية ، وذلك
بسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة وأفهام عاجزة
بل هى تعتمد على شرع الله الذى خلق العقول والافهام .

وقد أبرزت ذلك فى بحثى قواعد الصرف بين الشريعة
الاسلامية والقانون الوضعى .

ومن خلال المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون
الوضعى ، اتضح عمومية عقد الصرف فى الشريعة الاسلامية
وأن قواعد الصرف فى بعض الاحيان تنطوى تحت عقد
الصرف بجانب حوالة الحق ، والدين .

وبذا يتضح ان المصدر التاريخى للأوراق التجارية ،
كانت هى الشريعة الاسلامية بمالها من قصب السبق على
ما عداها من التشريعات فى انجاز ما يلزم للتجار فى
حياتهم العملية .

كما يتضح ان الكمبيالة وجدت فى الشريعة الاسلامية
تحت مسمى السفتجة ، وان كانت لا تتطابق معها ، ولكن

وجه الشبه بينهما واضح ، وكذا السند الاذنى فهو مسمى
السند تحت الاذن .

وكذا أيضا اتضح لى أن الشريعة الاسلامية لم
تستبعد فكرة التقادم المكسب ، بل عرفته كسبب من اسباب
الحيازة المؤدية الى الملكية .

ومن ثانيا هذا البحث ايضا يتضح ان قاعدة تطهير
الدفوع لا تعارض بينها وبين احكام الشريعة الاسلامية .

وفى نهاية المطاف استطيع ان أقرر ان الموضوع مازال
يحتاج الى الدراسة المستفيضة ولعل هذه الدراسة تكون
بداية على الطريق داعين الله سبحانه وتعالى ان يفقهنا
فى أمور شريعتنا أنه نعم المولى ونعم النصير .

المراجع الشرعية - ١ - التفاسير والأحاديث

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	البخارى	صحيح البخارى طبعة الشعب
٢	البيضاوى	تفسيره - دار سعادت سنة ١٣١٦ هـ .
٣	الربيع ابن حبيب	الجامع الصحيح مكتبة الثقافة الدينية .
٤	الصنعانى	سبل السلام - دار الزهراء
٥	الشوكانى	ذيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخبار - المطبعة الاميرية - سنة ١٢٩٧ هـ .
٦	مسلم	فى صحيحه - طبعة الشعب
٧	النورى	فى شرحه على صحيح مسلم - طبعة الشعب - .
٨	مالك	تذویر الحوالمك على شرح على موطأ مالك - مطبعة الحلبي
٩	ابن قدامه	المغنى - مكتبة الجمهورية
١٠	احمد الصاوى المالكي	بئغة المسالك لاقررب المسالك على الشرح الصغير - مطبعة الحلبي .
١١	البيزدوى	كشف الاسرار - طبع الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١٢	الزيلعى	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - المطبعة الكبرى الاميرية - القاهرة - سنة ١٣١٣ هـ .
١٣	أبى يحيى زكريا الانصارى	فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - مطبعة الحلبي المهذب - طبع القاهرة - سنة ١٣٤٣ هـ .
١٤	الشيرازى	المبسوط - مطبعة السعادة - بمصر - سنة ١٣٢٤ هـ .
١٦	الغزالى	المستقصى فى الاصل - طبع القاهرة - سنة ١٣٢٢ هـ .
١٧	الكاسمانى	بدائع الصنائع - مطبعة شركة المطبوعات العلمية القاهرة - سنة ١٣٢٨ هـ .
١٨	الكمال بن الهمام	فتح القدير شرح الهداية مطبعة مصطفى محمد القاهرة
١٩	المرغينانى	الهداية شرح بداية المبتدى مطبعة الحلبي - سنة ١٣٨٤ هـ
٢٠	داماد أفندى	مجمع الانهر شرح ملتقى الابرار - دار الطباعة العامرة - سنة ١٣٠٤ هـ (القاهرة) .
٢١	عبد السميع الازهرى	شرح رسالة ابن أبى زيد التيروانى - المكتبة التجارية المصرية - سنة ١٣٥٨ هـ ١٩٣٩ م

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
٢٢	محمد عبد الجواد	الحيازة والتخادم فى الفقه الاسلامى - منشأة المعارف - ١٣٩٧ هـ .
٢٣	محمد عرفه المدسوقى	حاشية المدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبي .
٢٤	منصور البهوتى	الروض المربع شرح زاد المستفنع - طبعة الرياض .
٢٥	منلا خسرو	درر الحكام شرح غرر الاحكام - المطبعة العامرة القاهرة - سنة ١٣٠٤ هـ .
٢٦	السنهورى	مصادر الحق فى الفقه الاسلامى - دراسة مقارنة - مطابع دار المعارف ١٩٦٧ م .
٢٧	عبد الجليل القرنشاوى	مدخل الفقه الاسلامى - وأخرى طبعة أولى
٢٨	وحيد الدين سوار	التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى طبعة أولى ١٣٧٩ هـ .

ب - كتب قانونية - ١ - قانون تجارى

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	سعيد يحيى	الاوراق التجارية - فى النظام السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م .
٢	سميحة القليوبى	الموجز فى القانون التجارى الطبعة الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ م

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
٣	سدير الشرقاوى	القانون التجارى الطبعة ١٩٧٠م .
٤	على البارودى	كتاب القانون التجارى اللبناني مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى سنة ١٩٧٢م .
٥	على جمال الدين	القانون التجارى - طبعة ١٩٧٥م .
٦	على يونس	الاوراق التجارية - دار الحمامى للطباعة - سنة ١٩٦٥م
٧	عبد المعين لطفى	موسوعة القضاء فى المواد التجارية - دار الكاتب العربى للطباعة والنشر - سنة ١٩٦٧م
٨	محسن شفيق	الوسيط فى القانون التجارى المصرى - مطبعة البيان العربى الطبعة الثالثة - سنة ١٩٥٧م
٩	محسن شفيق	الوسيط فى القانون التجارى المصرى - الجزء الثانى - طبعة الثالثة - سنة ١٩٧٥م .
١٠	محسن شفيق	القانون التجارى المصرى الاوراق التجارية - الطبعة الاولى مطبعة معهد دون بوسكو سنة ١٩٥٤م .
١١	محمد صالح	شرح القانون التجارى الجزء الثانى .

تابع كتب قانونية - ب - كتب قانون مدنى

السنهورى	١٢
الوسنيط فى شرح القانون المدنى مطابع مؤسسه روز اليوسف ١٩٨٦م	

المراجع العامة

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	الرازى	مختار الصحاح - المطبعة الاميرية - ١٣٥٥هـ - ١٩٣٧م

مراجع ودوريات

١	مجلة الحماماه
٢	مجلة الاحكام العدلية
٣	المجموعة الرسمية

كتب أجنبية

- 1 — Rev trem de dr, Civil 1921.
- 2 — av ahl, 1931.
- 3 — Kerm — la prescription en matière d'effets de Commerce --- Thése Poitiers' 902

obeikandi.com

تحديد الربح وأثره على عقد الشركة
فى الشريعة الاسلامية

بقلم
دكتور

محمد حسين مبروك قنديل
مدرس الفقه المقارن بالكلية

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

obeikandi.com

نبذة عن صاحب البحث

الاسم / محمد حسين مبروك قنديل

تاريخ الميلاد/ ١١/٣/١٩٥١

محل الميلاد/ الشون - دسوق - كفر الشيخ .

الدرجات والمؤهلات العلمية التي حصل عليها : -

١ - ليسانس الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة
١٩٧٨م .

٢ - ماجستير فى الفقه المقارن ١٩٨٣م من شريعة
القاهرة وعنوانه :

(تحقيق ودراسة كتاب الشركة من كتاب الذخيرة للقرافى)

٣ - الدكتوراه : فى الفقه المقارن ١٩٨٥م من شريعة
أسيوط وعنوانها :

(نظرية الشيوع فى الفقه الاسلامى)

البحوث المنشورة :

١ - الشهادة المقبولة فى الفقه الاسلامى .

٢ - ولاية الاجبار فى عقد الزواج .

(بحث منشور بالمجلة العلمية للكلية لسنة ١٩٨٧)

٣ - الاعتراف بالجرائم وأثره فى الشريعة الاسلامية .

الموضوع : - تحديد الربح وأثره على عقد الشركة
ويتضمن ما يأتى : -

- ١ - تعريف الشركة .
- ٢ - تعريف الربح .
- ٣ - مفهوم الربح فى الشركة .
- ٤ - تحديد الربح وأثره على عقد الشركة .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأولين
والآخرين محمد بن عبد الله - ﷺ - آمين - وبعد :-

فان الربح فى عقد الشركة له من الأهمية القدر الكبير
اذ يتوقف على توافر شروط معينة فيه صحة الشركة أو
بطلانها ، ولهذا أقدم هذه الدراسة المتواضعة عن تحديد
الربح وأثره على عقد الشركة حتى يتبين لكل منصف أن
الشرعية الغراء تيسر على الناس معاملاتهم اذ هم عملوا
بمقتضاها ، وعند الانحراف أو الزيغ يجدون الضيق
والعسر .

والله أسأل أن ينفعنا بديننا وأن يبصرنا بعيوبنا
انه نعم المولى ونعم النصير .

د/محمد حسين قنديل

مدرس الفقه المقارن بكلية

الشرعية والقانون فرع جامعة الأزهر

بدمنهـور

تعريف شركة العقد

أولاً : تعريف الشركة في اللغة (١) :

شاركت فلانا : صرت شريكاً به ، واشتركنا ، وتشاركنا ، وشركته في البيع والميراث بكسر الراء ، اشركه بفتحها ، شركة بكسر الشين وسكون الراء (وهو المشهور) ، والشركة اسم مصدر ، والمصدر الشرك بدون هاء ، قال تعالى : « وما لهم فيهما من شرك » (٢) أي نصيب .

ويظهر من هذا ان الشركة هي فعل الانسان ، وفعله الخلط ، وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس لها اسم من المادة ، ولا يظن أن اسمه الاشتراك ، لان الاشتراك مصدر اشترك افتعال من الشركة .

وقد تطلق الشركة على عقد الشركة نفسه ، لانه سبب الخلط ، فاذا قيل : شركة العقد ، فهي اضافة بيانية ، أو اطلاق مجازي لكونها سبباً له .

ثانياً : تعريف شركة العقد في عرف أهل الشرع (٣) :

والمراد بشركة العقد : هي التي تنشأ بالعقد والاتفاق بين الطرفين أو الاطراف على أنشائها والاشتراك في المال والربح أو على الاشتراك في الربح فقط دون الاشتراك في رأس المال .

-
- (١) تاج العروس ١٤٨/٧ ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٦٥/٣ ، تبين الحقائق ١٢/٣ ، والبحر الرائق ١٧٩/٥ .
(٢) الآية ٢٢ من سورة سبأ .
(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٩/٤ ، مواهب الجليل ١١٧/٥ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ ، المغنى ١/٥ .

وهى عند الأحناف :

« عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح » .

وعند المالكية :

« هى اذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه فى التصرف فى ماله أو بيدينه لهما ، أى له ولشريكه » .

وعند الشافعية :

« هى ثبوت الحق فى شىء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ » .

وعرفها الحنابلة بقولهم : هى : الاجتماع فى استحقاق أو تصرف .

« أنواع شركة العقد »

وأنواع الشركة تختلف باختلاف المذاهب :

فعند الأحناف (٤) - تنحصر فى ثلاثة أنواع : -

النوع الاول :

شركة أموال : ويندرج تحتها شركة العنان ، وشركة المفاوضة .

أما النوع الثانى :

فهى شركة الاعمال : وتسمى شركة الصنائع أو التقبل .

أما النوع الثالث :

فهو شركة الوجوه .

وعند المالكية (٥) : تتنوع الشركة الى الانواع الآتية :

شركة الأموال ، وتشمل : العنان والمفاوضة .

(٤) البحر الرائق ١٩٥/٥ .

(٥) المدونة ٤٥/١٢ ، والخرشى ٣٨/٦-٣٩ .

- وشركة الابدان ، وشركة الوجوه ، وشركة الحرث .
- ويدخل فى شركة الاموال القراض على اعتبار انه اذن فى التصرف عند المالكية (٦) .

وقال الشافعية (٧) :

- الشركة أنواع أربعة : أحدها - شركة الابدان .
- وثانيها - شركة المفاوضة . وثالثها - شركة الوجوه .
- ورابعها - شركة الضمان .

ويرى الحنابلة (٨) :

ان شركة العقود تتنوع الى خمسة أنواع هي : -

- شركة العنان ، والابدان ، والوجوه ، والمضاربه ، والمفاوضة ، وعند تفصيل ذلك ادرجوا المساقاة والمزارعة فى أنواع الشركة .

ومما سبق يتضح ان الفقهاء متفقون على أربعة أنواع من الشركات وهى : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الاعمال ، وشركة الوجوه .

واختلفوا فى شركة الحرث فلم يقل بها غير المالكية على اعتبار أنها شركة فى الزرع باعتبار العمل ، واختلف فى مشروعيتها ، ولذا ما يتعلق بها مفصل فى كتب الفقه ولا نتعرض لها الا من خلال تحديد حصة العامل فى الزرع وأثره فى صحة عقد المزارعة عند القائلين بصحتها .

أما المضاربة :

فاختلف فيها الفقهاء ، هل هى من جنس المعاوضة كالأجارة أو من جنس الشركات ؟ .

(٦) دواهب الجليل ١١٧/٥ .

(٧) نهاية المحتاج ٤/٥ - ٥ .

(٨) الاقناع ٢/٢٥٢ - ٢٥٤ .

ذهب جمهور الفقهاء (٩) : الاحناف ، والمالكية ،
والشافعية الى أن المضاربة من جنس المعاوضات ، وانها
واردة على خلاف القياس ، وذلك لجهالة الاجرة فيها ، لان
العامل لا يعلم مقدار ما يخصه من الربح ، ورب المال
ايضا يجهل ما سيقوم به العامل فى المضاربة من العمل
فمقتضى القياس انها غير جائزة وانها من جنس المعاوضة .
وجوزت على خلاف القياس لدلالة القرآن والسنة والاجماع
على الجواز (١٠) .

وذهب الحنابلة (١١) الى ان المضاربة من جنس
المشاركات وانها متفقة مع القياس . ودافع عن ذلك الامام
ابن تيمية (١٢) ، وابن القيم (١٣) ، فقال الثانى : « فالذين
قالوا المضاربة ، والمساقاة والمزارعة على خلاف القياس
ظنوا ان هذه العقود من جنس الاجارة ، لانها عمل بعوض ،
والاجارة يشترط فيها العلم بالعوض ، والمعوض ، فلما
رأوا ان العمل والربح فى هذه العقود غير معلومين قالوا :
هى على خلاف القياس ، وهذا من غلطهم ، فان هذه العقود
من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التى
يشترط فيها العلم بالعوض ، والمعوض ، والمشاركات جنس
غير المعاوضات ، وان كان فيها مشوب المعاوضة .

ومن خلال آراء الفريقين يتضح أن ما قاله الحنابلة (١٤)
توسعة ويسر فى مجال العقود ، والشروط المتبعة فى

(٩) البدائع ٢٥٨٧/٨ ، بداية المجتهد ٢٢/٢ ، تحفة المحتاج شرح
المنهاج للرملى ٢٢٠/٥ ، مواهب الجليل ٣٥٥/٥ .

(١٠) موقف الشريعة من المصارف الاسلامية المعاصرة ، د/العبادى
ص ٢١٠ - ٢١١ .

(١١) الكافى لابن قدامه ٢٧٧/٥ .

(١٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٧٠ .

(١٣) اعلام الموقعين ٤/٢ .

(١٤) ابن حنبل ص ٢٢٨ لابي زهرة ، المدخل الفقهى العام للزرقا

المعاملات ، وما دام ذلك لا يصطدم بالشريعة فانه لا يمنع القول بجوازه ، وهذا ما يفهم من خلال ما كتبه الشيخ أبو زهرة ، والاستاذ مصطفى الزرقا عن الامام أحمد ومذهبه .

« الربح فى شركة العقد »

نبين أولا معنى الربح ، ثم نتكلم عن تحديد الربح وأثره على صحة عقد الشركة وذلك من خلال بيان تفاضل حصص الشركاء او التساوى بينها . وأيضا بيان حكم الربح اذا كان دراهم معلومة .

أولا - معنى الربح

فى اللغة :

ربحت تجارته - ربحا ، وربحا ، ورباحا : كسبت .
والربح : المكسب . وأيضا : ما يدفعه المقترض من زيادة على ما اقترضه وفقا لشروط خاصة ، والجمع أرباح .

والربح فى علم الاقتصاد : الفرق بين ثمن البيع ونفقة الإنتاج .

والربح الاجمالى : كل المكاسب التى يحصل عليها رب العمل .

والربح الصافى : ما يحصل عليه رب العمل علاوة على فائدة رأس ماله وأجر ادارته (١٥) .

وبهذا المعنى اللغوى ، جاء قوله تعالى : « أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين » (١٦) .

يقول الطبرى فى تفسيره هذه الآية (لان الرباح من التجار المستبدل من سلعته المملوكة عليه بدلا هو أنفس من

(١٥) المعجم الوسيط ١/٢٢٢ ، مختار الصحاح ص ٢٢٩ .

(١٦) الآية ١٦ من سورة البقرة .

سلعته أو أفضل من ثمنها الذى يبتاعها به فاما المستبدل من سلعته بدلا دونها ودون الثمن الذى يبتاعها به فهو الخاسر فى تجارتها (١٧) :

ويقول الالوسى (١٨) : « الربح هو : تحصيل الزيادة على رأس المال ، وشاع فى الفضل عليه » .

ويقول الشيخ محمد عبده فى تفسير هذه الآية (الربح هو : النماء فى التجرة) (١٩) .

معنى الربح عند الفقهاء :

قال ابن عرفة من المالكية (٢٠) : هو زائد ثمن بيع تجر على الثمن الأول ذهباً أو فضة .

وعرف ابن تيمية (٢١) النماء الحاصل من المضاربة بقوله (ما يتولد عن الأصلين) . والفائدة عند المالكية (٢٢) هى : (ما ملك لأعن عوض ملك له) والغلة هى : (مانما عن أصل قارن ملكه نموه ، حيوان أو نبات أو أرض) (٢٣) . ونستخلص مما سبق ان النماء أعم من الربح ، لانه يتضمن الربح والفائدة والغلة .

ثانيا : معرفة قدر الربح

اتفق الفقهاء على أن الربح تابع لرأس المال ، وعلى ذلك يوزع الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل شريك فى

(١٧) جامع البيان فى تفسير القرآن ١٠٨/١ .

(١٨) روح المعانى ١٦٢/١ .

(١٩) تفسير المنار ١٤٠/١ .

(٢٠) الخرشى ١٨٣/٢ .

(٢١) الفتاوى الكبرى ٣١٢/٣ .

(٢٢) الخرشى ١٨٥/٢ .

(٢٣) حاشية العدوى ١٨٥/٢ على الخرشى .

رأس المال ، فان كانت الحصص متساوية كان الربح بينهم بالتساوى ، وان اختلفت الحصص كان التوزيع حسب القاعدة السابقة (٢٤) .

واختلف الفقهاء فى جواز اختلاف رؤوس الأموال مع التساوى فى الربح او التفاضل فى الربح مع التساوى فى رأس المال ، وانحصر اختلاف الفقهاء فى هذا على رأيين هما :-

الرأى الاول :

ذهب الأحناف - ماعدا زفر - والحنابلة الى أن الشركاء بجوز لهم ان يجعلوا الربح على قدر المال ، ويجوز تساويهم فى الربح مع التفاضل فى المال ، كما يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى رأس المال ، هذا فى جميع أنواع الشركة ، أى ان الربح على ما اصطلح عليه ، ولا خلاف فى ذلك فى المضاربة المحضة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ان للعامل ان يشترط على رب المال ثلث الربح او نصفه ، أو ما يجمعان عليه ، بعد ان يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء (٢٥) .

الرأى الثانى :

ذهب المالكية والشافعية والظاهرية وزفر من الحنفية الى ان الربح يجب ان يكون تابعا لرأس مال الشركة . فيكون متساويا بين الشركاء اذا كان رأس المال متساويا ، ويكون متفاضلا على حسب حصة كل شريك من رأس مال الشركة عند اختلافه وتفاوته . فان اشترط تساوى الربح

(٢٤) بداية الجتهد ١/٢٥٠ .

(٢٥) البحر الرائق ٥/١٨٨ ، الهداية ٢/٩٠٦ ، المغنى ٥/٣٠ -

٣١ ، كشف القناع ٣/٤٩٨ - ٤٩٩ .

والخسران مع تفاضل أموال الشركة ، أو عكسه ، فسد عقد الشركة لمنافاته لوضع الشركة (٢٦) .

« الأدلة »

استدل الفريق الأول على ان الشركة تصح مع التساوى فى المال دون الربح والتفاضل فى المال والتساوى فى الربح بما يأتى : -

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : (الربح على ما شرطاً ، والوضيعة على قدر المالين) (٢٧) .

وجه الدلالة : بين الرسول - صلى الله عليه وسلم : فى الحديث السابق ان الربح يخضع لشرط المتعاقدين ولم يفصل ، فدل ذلك على ان التساوى فى المال دون الربح ، أو التفاضل فى المال ، والتساوى فى الربح جائز ان كان ذلك برضا المتعاقدين .

٢ - ولأن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد .

وذلك لأنه أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل ، فجاز له أن يشترط زيادة فى الربح فى مقابلة عمله ، كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب .

يحققه : ان هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح اذا كان منفردا . فذلك اذا اجتمعا وأما حالة الاطلاق ، فانه لا لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط ، فاذا وجد الشرط فهو الاصل فيصير اليه ،

(٢٦) شرح الخرشى ٤٠/٦ ، نهاية المحتاج ١٢/٥ ، المطى ٥٤٥/٨ ،

حاشية ابن عابدين ٣١٣/٤ .

(٢٧) نصب الراية ٤٧٥/٣ .

كالمضاربة يصار الى الشرط ، فاذا عدم • وقال : الربح
بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية • فانها لا تتعلق
الا بالمال بدليل المضاربة (٢٨) •

واستدل الفريق الثانى على منع التفاضل فى الربح
بما يأتى : -

- لأن التفاضل فى الربح يؤدي الى ربح ما لم يضمن ،
فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان ، اذ الضمان بقدر رأس المال •

٢ - ولأن الشركة عندهم فى الربح كالشركة فى الأصل ،
ولهذا يشترطون الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعبان
فيستحق بقدر الملك فى الأصل •

٣ - ولأن الربح تبع للمال ، بدليل أنه يصح عقد
الشركة واطلاق الربح ، فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية
(٢٩) •

مناقشة أدلة الفريق الثانى :

لا يتوقف استحقاق الربح على رأس المال فقط وانما
يستحق بالعمل كما فى المضاربة ، وقد يكون احدهما أحق
أو أكثر عملا ، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى
التفاضل ، وقيد بالشركة فى الربح ، لان اشتراط الربح
كله لأحد الشركاء غير صحيح ، لأنه يخرج العقد به من
الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل
أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه
المضاربة من حيث أنه يعمل فى مال الشريك ، ويشبه
الشركاء اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة

(٢٨) البحر الرائق ١٨٨/٥ ، المغنى ٣١/٥ •

(٢٩) البحر الرائق ١٨٨/٥ ، شرح الخرشي ٤٥/٦ ، مغنى المحتاج

وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ، ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما (٣٠) .

ورد على القول بالخلط كأساس لاشتراط الربح على قدر الملك بأن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال ، لأن العقد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه ، فلم يكن الخلط شرطا (٣١) .

وأىضا قولهم الشركة تنبىء عن الاختلاط أمر مسلم ، ولكن هذا الاختلاط ناتج من اختلاط رأس المال أو من اختلاط الربح ، فهذا أمر لم يتعرض له لفظ الشركة .

ويجوز ان تكون التسمية شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال ، واختلاط الربح يوجد وان أشتري كل واحد بمال نفسه على حدة ، لأن الزيادة وهى الربح تحدث على الشركة (٣٢) .

الرأى المختار :

وبعد عرض الآراء وأدلتها ومناقشة ما أمكن مناقشته ، فانه يبدو لى أن أدلة القائلين بجواز تفاضل الربح عن الحصة فى رأس المال والعكس أقوى من أدلة خصومهم ، وان تسمية الشركة تنبىء عن الاشتراك فى الربح دون معارضة لزيادة حصة أحد الشركاء عن غيره ، ولأن الحاجة الى الشركة تدفع الى زيادة حصة من هو أحذق أو أمهر من غيره ، ومنع ذلك لا يوجد الشركة فتضيع مصالح الناس ، ولهذا كان القول بجواز التفاضل فى الربح تيسيرا على الأمة ، وتحقيقا للغاية التى من أجلها شرعت الشركة .

والله أعلم . . .

(٣٠) البحر الرائق ١٨٨/٥ .

(٣١) الهداية ٨/٢ ، المبسوط ١٥٢/١١ .

(٣٢) البدائع ٣٥٤٠/٧ - ٣٥٤١ .

الربح فى شركة الابدان :

يرى الأحناف والحنابلة أن شركة الابدان معقودة على العمل المجرد ، وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل ، لأن العمل متفاوت ، وقد يكون أحدهما أحقق . فان شرطا الأكثر لادناهما اختلفوا فيه ، والصحيح الجواز ، لأن الربح بضمان العمل لا بحقيقته (٣٣) .

ويرى المالكية : انه اذا اشترط ذوا صنعة على عمل ايديهما ولا يحتاجان الى رأس مال على أن على أحدهما ثلث العمل وله ثلث الكسب وعليه ثلث الضياع وثلثا ذلك على صاحبه وله ثلث الكسب فذلك جائز كالأموال، وما يحتاج اليه شريكا الصنعة من رأس مال أخرجاه بينهما بالسوية وعملا جميعا .

وان أخرج أحدهما ثلث رأس المال والآخر الثلثين على ان العمل عليهما جميعا والربح بينهما نصفين لم تجز هذه الشركة ، وان كان بقدر ما أخرج كل واحد من رأس المال فى عدد أو وزن يكون له من الربح وعليه من الوضعية والعمل فذلك جائز .

واذا احتاج الصانعان الى رأس مال أخرجاه بقدر اعمالهما ولا يفترقان بخلاف التجر لان الصانعين وان احتاجا الى رأس مال ، فالمقصود منهما الصنعة لا ما يخرجان من رأس المال ، ولئى كانت صنعة لا قدر لها والمبتغى منها التجر لجاز ان يفترقا (٣٤) .

وعلى هذا : فالربح فى شركة الابدان من حيث التساوى والتفاضل يرجع فيه الى ما قاله الفقهاء فى شركة الأموال .

(٣٣) البحر الرائق ١٩٦/٥ ، المغنى ٣١/٥

(٣٤) مواهب الجليل ١٣٦/٥ - ١٣٧

الربح فى شركة الوجوه :

اختلف الفقهاء فى جواز التساوى فى الربح او التفاضل
فيه على مذهبين :

الاول : يقضى بجواز ما يتفقان عليه من مساواة او
تفاضل ، وهو قياس مذهب الحنابلة كما ذكر الخرقى ، لأن
سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذا هذه ،
ولأنها تنعقد على العمل وغيره ، فجاز ما اتفقا عليه كشركة
العنان (٣٥) .

الثانى : يرى الاحناف والقاضى : ان الربح فى شركة
الوجوه على قدر الملك فى المشترى (بفتح الراء) بخلاف
العنان ، فان التفاضل فى الربح فيها مع التساوى فى المال
صحيح ، وهذا لأن الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او
بالضمان ، فرب المال يستحقه بالمال وانضارب بالعمل،
والاستاذ الذى يتلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان
ولا يستحق بما سواها ، ألا ترى أن من قال لغيره اتصرف
فى مالك على أن لى ربحه ، لا يجوز لعدم هذه المعانى .
واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بيناه ،
والضمان على قدر الملك فى المشترى ، فكان الربح الزائد
عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة،
والوجوه ليست فى معناها ، بخلاف العنان ، لانه فى معناها
من حيث ان كل واحد يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها (٣٦) .

ورد الخرقى على ما قاله الأحناف وقول القاضى :
(مال لهما يعملان فيه ، قلنا : انما يشتركان ليعملا فى
المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات انما
يكون العمل فيها فيما يأتى ، فكذا ههنا (٣٧) .

(٣٥) المغنى ٢٢/٥ .

(٣٦) البحر الرائق ١٩٧/٥ ، الاقناع ٢٧٠/٢ - ٢٧١ .

(٣٧) المغنى ٢٢/٥ ، مطالب أولى النهى ٥٤٤/٣ - ٥٤٥ .

الربح في المضاربة :

الشركة في الربح ركن من أركان المضاربة ولا تصح بدونها ، وهو نماء لصاحب المال ، و عوض للعامل عن عمله ، ويتعين من المبدأ الاتفاق على مقدار الربح ، لأنه هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد .

وبناء على ذلك لو ذكر في عقد المضاربة ان الربح بينهما صح العقد ، لأنهما وان لم ينصا على قدر نصيب كل واحد من الربح لكن المعنى يفيد ان الربح بينهما مناصفة حيث ذكر ان كل واحدا قدر الربح وذلك باضافة الربح اليهما فأفاد التساوى بينهما فلكل واحد ربح .

وأما المضاربة التي فيها شركة : وهي ان يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل ان يخرج كل واحد منهما ألفا ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما ، فمهما شرط للعامل من الربح اذا زاد على النصف جاز ، لانه مضارب لصاحبه في ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف . وان شرط له دون نصف الربح لم يجز ، لان الربح يستحق بمال وعمل ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه .

وان جعل الربح بينهما نصفين ، فليس هذا شركة ولا مضاربة ، لان شركة العنان تقتضى ان يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضى ان للعامل نصيبا من الربح في مقابلة عمله ولم يجعل له ههنا في مقابلة عمله شيئا ، وانما جعل الربح على قدر المالين وعمله في نصيب صاحبه تبرع ، فيكون ذلك ابضاعا ، وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضا عن قرض ، فان كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز ، لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضا عن قرضه وذلك غير جائز . وأما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل ان يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه ، فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقوا عليه ، لانه مضارب محض ،

فأنسبه ما لو لم يعمل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا ان الربح بينهما على ما اصطحا عليه في جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة ام لا على ما شرحنا (٣٨) .

ونص المالكية (٣٩) على أنه يجوز في المضاربة اشتراط ربح القراض كله لرب المال او للعامل أو لغيرهما لانه من باب التبرع واطلاق القراض عليه جينئذ مجاز كما ذكر ابن عرفة في تعريف القراض حيث قال (٤٠) : القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ اجارة .

ويؤزمهما الوفاء بذلك أن كان المشترط له معيناً وقبل ، ويقضى به أن امتنع المتجر منهما ، فان لم يقبل المعين ، فان كان هناك عرف بقدر ما للعامل من الربح في مثل ذلك القراض عمل به والا فهل يقسم الربح بينهما سوية أو يكون كقراض وقع بجزء مبهم ؟

وأما أن كان لغير معين كالفقراء ، فانه يجب من غير قضاء (٤١) .

ومن العرض السابق يتضح ان الفقهاء لا يشترطون المساواة في الربح وانما يشترطون الشركة في الربح ابتداءً ، لان الهدف من المضاربة انما هو الربح بالنسبة لكل من رب المال والمضارب ، فاذا اختص أحد الطرفين بالربح فسدت المضاربة بفساد الشرط المؤدى الى عدم تحقق الشركة في جميع الربح . هذا عند جمهور الفقهاء (الأحناف ، الشافعية والحنبلة) .

(٣٨) المغنى ٢٢/٥ - ٣٣ ، المسوط ٢١/٢٢ - ٢٢ ، نهاية المحتاج

٢٢٦/٥

(٣٩) الخرشى ٢٠٩/٦

(٤٠) مواهب الجليل ٣٥٦/٥

(٤١) الخرشى ٢٠٩/٦

الربح فى المساقاة والمزارعة :

يرى الحنابلة (٢١) : ان المساقاة يشترط لصحتها تقدير نصيب العامل بجزء مشاع معلوم من التمرة كالنصف والثلث لحديث ابن عمر (عامل اهل خيبر بشرط ما يخرج منها) (٤٣) . وسواء قل الجزء أو أكثر ، فلو شرط للعامل جزءا من مائة جزء ، وجعل جزءا منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك ان عقده على أجزاء معلومة كالخمسين وثلاثة اثمان أو سدس ونصف سبع ونحو ذلك جاز .

وأیضا : المزارعة يشترط لصحتها أن يكون نصيب العامل جزءا مشاعا معلوما من الزرع كما تقدم .

ونلاحظ ان الحنابلة لم يشترطوا فى نصيب العامل قدرا معيناً الا كونه جزءا شائعا ، وعلى اعتبار أنهما نوع شركة فيجوز التفاوت فى الأنصبة بين العامل ورب المال .

ويرى المالكية (٤٤) : ان المزارعة شركة فى الحرث وهى لا تصح الا أن يخرج البذر نصفين ويتساويان فى قيمة أكرية ما يخرجانه بعد ذلك مثل ان يكون لاحدهما الأرض ، وللآخر البقر ، والعمل على أحدهما أو عليهما اذا تساويا والبذر بينهما نصفين ، وان أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر والعمل بينهما وقيمة البذر وكراء الأرض سواء لم يجز ، لانه أكرى نصف أرضه بطعام صاحبه .

ولو اکتريا الأرض من أجنبى ، أو كانت لهما جاز أن يخرج أحدهما البذر كله ، والآخر البقر والعمل وكراء ذلك وقيمة الأرض والبذر سواء .

(٤٢) الاقتناع ٢/٢٧٤ . المغنى ٥/٣٩٥ .

(٤٣) نيل الاوطار ٥/٢٧٢ .

(٤٤) مواهب الجليل ٥/١٧٦ .

وإذا سلم المتزارعان فى قول مالك من ان تكون الارض لواحد والبذر من عند الآخر جازت الشركة ان تساويا ولم يفضل أحدهما الآخر بشرط فى عمل ولا نفقة ولا منفعة ، والتفاضل اليسير لا يفسد الشركة ، كاجازة مالك ان تلغى الأرض التى لا كراء لها ، والذي جرى عليه العمل ان المتزارعين اذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها فلا بأس بالتفاضل ممن كان ، وشركتهما جائزة اذا اعتدلا فى الزريعة وان لم يقوما العمل ولا عرفا كراء الأرض .

« تعقيب » :

وبعد العرض السابق يمكن القول أنه يجب معرفة قدر ما لكل واحد من الشركاء من الربح ، الا أنهم اذا اطلقوها ولم يذكروا الربح كان بينهم على قدر ما لكل من المال . أى أن الحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة ما لكل واحد من الربح .

وفى شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيها فى المشتري ، لان اهما اصلاً يرجعان اليه ، ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة ، فانه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر ، فلا يعلم قدره منه .

وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل ، لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر ، فقد تساويا فى أصل العمل ، فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ، ويحتمل ألا يتقدر به ، لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما فى المضاربة (٤٥) .

حكم الخسارة فى الشركة :

اتفق الفقهاء على ان الوضعية (٤٦) تكون دائما على قدر رأس المال ، أى بنسبة رأس مال الشركة ، فان كان مالهما متساويان فى القدر فالخسران بينهما نصفين ، وان كان اثلاثا ، فالوضعية اثلاثا (٤٧) .

فلو اشترط التفاوت فى الخسارة عن نسبة رأس المال فما حكم ذلك ؟

يرى الأحناف والحنابلة : ان مثل هذا الشرط يعد شرطا فاسدا غير نافذ الا أنه لا يبطل عقد الشركة ، اذ ان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة (٤٨) .

ويرى الشافعية ان شرط تساوى فى الوضعية مع تفاضل المالكين أو عكسه يفسد العقد لمناقضته لوضع الشركة (٤٩) .

والمالكية يرون ان شرط التفاوت فى الخسارة عن نسبة رأس المال يفسد عقد الشركة كشرط التفاوت فى الربح ، الا أنهم قالوا : ان العقد يفسد بهذا الشرط ان علم به عند العقد وقبل العمل . فان علم بشرط التفاوت هذا بعد العمل فى الشركة فلا يترتب عليه فساد العقد وانما يلغو الشرط ويكون الربح على قدر حصة رأس المال فى الشركة (٥٠) .

والوضعية فى شركة الوجوه تكون على قدر ملكيها فى المشترى ، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن ، وسواء

(٤٦) وهى الخسارة . الكافى ٢/٢٥٤ .

(٤٧) الميسوط ١١/١٠٦ ، نهاية المحتاج ١٢/٥ ، بلغة السالك

١٧٠/٢ ، مطالب أولى النهى ٣/٥١٠ .

(٤٨) البحر الرائق ٥/١٨٩ . مطالب أولى النهى ٣/٥١٠ .

(٤٩) نهاية المحتاج ١٢/٥ .

(٥٠) بلغة السالك ١٧٠/٢ .

كانت الوضعية لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به
أو غير ذلك .

والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على
العامل منها شيء ، لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال ،
وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه ، فيكون نقصه من
ماله دون غيره ، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء
فأشبهه المساقاة والمزارعة ، فان رب الأرض والشجر يشاركت
العامل فيما يحدث من الزرع والتمر . وان تلف الشجر أو
هلك شيء من الأرض بعزق أو غيره لم يكن على العامل
شيء (٥١) .

ثالثا : حكم الربح إذا كان دراهم معلومة

اشترط الفقهاء (٥٢) لصحة العقد ان يكون الربح جزءا
شائعا بين الشركاء ، كالنصف والثلث ، والربع ، فاذا
اتفقوا على أن يكون نصيب أحد الشركاء من الربح دراهم
معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل ان يشترط لنفسه
جزءا وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر : اجمع
كل من شرطه من أهل العلم على ابطال القراض اذا شرط
احدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة . وممن حفظنا ذلك
عنه : مالك ، والاوزاعي والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب
الرأي .

والجواب فيما لو قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم ،
أو نصف الربح وعشرة دراهم ، كالجواب فيما اذا شرط دراهم
مفردة ، وإنما لم يصح ذلك لمعنيين :

احدهما : أنه اذا شرط دراهم معلومة أحتمل أن لا يربح
غيرها ، فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها ،

(٥١) المغنى ٣٨/٥ ، شرح الخرشى ٤٥/٦ ، مغنى المحتاج ٢٠٨/٢

درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام ٣٧٠/٣ .

(٥٢) المراجع السابقة .

فياخذ من رأس المال جزءا ، وقد يربح كثيرا فيستتسر عن شرطت له الدراهم .

والثانى : ان حصة العامل ينبغي ان تكون معومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بانقدر .

فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط ان يكون معلوما به ولأن العامل دنى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توائى فى طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما اذا كان له جزء من الربح .

وان دفع اليه ألفين مضاربة على ان لكل واحد منهما ربح الف ، أو على ان لاحدهما ربح أحد التوبين ، أو ربح إحدى السفرتين (٥٢) ، أو ربح تجارته فى شهر او عام بعينه ونحو ذلك ، فسد الشرط والمضاربة ، لانه قد يربح فى ذلك المعين ، دون غيره ، وقد يربح فى غيره دونه ، فيختص أحدهما بالربح ، وذلك يخالف موضوع الشركة ، ولا نعلم فى هذا خلافا .

واليك تفصيل المذهب فى هذا :

أولا : شرط صحة الربح فى الشركة عند الأحناف :

أ - شركة الأموال :

نص الأحناف على أنه لا تجوز شركة الأموال اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح فقالوا فى الهداية (٥٤) .

« ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره فى المزارعة .

(٥٢) تثنية سفرة : وهى المرة من السفر ، المغنى ٢٩/٥ .

(٥٤) الهداية ٩/٣ .

ب - المضاربة :

لا تصح حتى يكون الربح مشاعا بينهما ، لأن الشركة لا تتحقق إلا به ، فلو شرط لأحدهما دراهم مسماة ، تبطل وتفسد المضاربة ان شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلا ، لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لأنه ربما لا يربح بالشرط ، فاذا لم يصح بقيت منفعه مستوفاة بحكم العقد ، فيجب أجر المثل (٥٥) .

ج - المساقاة :

يرى الأحناف أنه يشترط فى عقد المساقاة تعيين حصة العاقدين من الحاصلات ، وان تكون جزءا شائعا كالنصف والثلث ونحوهما (٥٦) .

ثانيا : شرط صحة الربح فى الشركة عند المالكية :

لم يشترط المالكية صراحة فى الشركة شيوع الربح وانما نصوا على أن مال الشركة اذا حصل فيه ربح أو خسارة ، فانه يقض بين الشريكين وجوبا على قدر المالكين من تساوى وتفاوت أن شرطا ذلك أو سكتنا عنه (٥٧) .

وفصلوا ذلك فى المضاربة حيث أنهم يسوون بين المضاربة والشركة فى الحكم على اعتبار أن المضاربة نوع من الشركة فقالوا : يشترط لصحة المضاربة معرفة الجزء الذى تقارضا المضاربة والشركة فى الحكم على اعتبار أن المضاربة نوع من الشركة فقالوا : يشترط لصحة المضاربة معرفة الجزء الذى تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعا لامقدرا بعدد ولا تقدير ، وان - لا يختص أحدهما بشئ معين (٥٨) .

(٥٥) مجمع الانهر ٢/٢٢٢ .

(٥٦) درر الحكام فى شرح مجلة الاحكام ٣/٥٠٩ .

(٥٧) الخرشى ٦/٤٥ .

(٥٨) مواهب الجليل ٥/٣٥٨ .

ويرى المالكية أنه يشترط شيوع حصة العاقدين فى عقد المساقاة والمزارعة (٥٩) .

ثالثا : شرط صحة الربح فى الشركة عند الشافعية :

لم يشترط الشافعية فى الربح أيضا الشيوخ أى كونه حصة شائعة ، وإنما عرفوا الشركة بقولهم (ثبوت الحق شائعا فى شىء واحد) وهو ما يفهم منه أن حصة الشريكان تكون شائعة فى الربح ، ومما زاد قناعتى بهذا المفهوم هو اشتراطهم فى الربح أن يكون على قدر المالين (٦٠) .

واشترط الشافعية شيوع حصة المتعاقدين فى الربح حتى تصح المضاربة (٦١) ، وأيضا اشترطوا أن تكون الحصة جزءا شائعا من الثمر فى عقد المساقاة (٦٢) .

رابعا : شرط صحة الربح عند الحنابلة :

اشترط الحنابلة لصحة الشركة ان يكون الربح لكل واحد منهما جزءا من الربح مشاعا معلوما وأيضا اشترطوا هذا الشرط فى المساقاة والمزارعة (٦٣) .

وبعد هذا العرض يتبين لى ان الفقهاء مجتمعون ينكرون تحديد الربح بالدراهم المعلومة ، أو أن يجعل مع نصيب أحدهم دراهم معلومة وذلك وقت العقد . ونص المالكية على أنه يجوز لاحد الشريكين أن يتبرع على شريكه بعد عقد الشركة بشىء من الربح ، وكذلك يجوز له أن يسلفه شيئا

٥٩) الدسوقى على الشرح الكبير ٥٤١/٣ .

٦٠) نهاية المحتاج ٣/٥ - ١٢ .

٦١) نهاية المحتاج ٢٢٧/٥ .

٦٢) المهذب ٣٩٣/١ .

٦٣) الاقناع ٢٥٣/٢ - ٢٥٤ .

او يهبه شيئاً بعد عقد الشركة بناء على أن اللاحق للعقود
ليس كالواقع فيها (٦٤) .

« خلاصة » :

وخلاصة القول أن الشريعة لا تمنع الاشتراك لتنمية
المال أو الاستفادة من الخبرات وإنما تبعد المسلم بما
اشتراطته من شروط تتعلق بالربح من الاستغلال أو التعدي
المؤديان الى التنازع أو أكل مال الناس بالباطل وهو
منهى عنه .

ولذا كان تحديد الربح بمال معين أو بدراهم محددة
مما تبطل به الشركة ، لأن في ذلك أكل للمال بالباطل ، وربح
ما لم يضمن وهما منهى عنهما . والله أعلم .

د/ محمد حسين قنديل

مدرس الفقه المقارن بكلية

الشريعة والقانون بدمنهور

obeikandi.com

« التحكيم بين الزوجين »
فى الشريعة الاسلاميه - دراسة مقارنة

بقلم

دكتور

حمدى عبد المنعم شلبى

مدرس الفقه المالكى

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

obeikandi.com

تعريف موجز عن الباحث

الاسم : حمدى عبد المنعم محمد شلبي

تاريخ الميلاد : ١٩٤٨/١/١ • منشأة الوكيل - البحيرة •

المؤهلات العلمية : ★ بكالوريوس تجارة (شعبة محاسبة)
كلية التجارة جامعة الاسكندرية
١٩٦٩ م •

★ الليسانس فى الدراسات الاسلاميه
والعربية • بتقدير (جيد جداً) مع
مرتبة الشرف الأولى (جامعة
الأزهر • ١٩٧٨ م •

★ الماجستير فى الفقه المقارن •
(الشيخ محمد الأمير وأثره فى
الفقه المالكي) بتقدير : امتياز كلية
الشريعة والقانون - القاهرة - ١٩٨٣

★ الدكتوراه فى الفقه المقارن • (نظرية
الثمن فى الفقه الاسلامي) كلية
الشريعة والقانون • أسسبوط
١٩٨٦ م التقدير : مرتبة الشرف الأولى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين الاحسن حكما لقوم يوفنون ،
والصلاة والسلام على سيد الاولين والآخرين ، المنزل عليه
قول أحكم الحاكمين « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما
شجر بينهم » (١) ، وعلى آله وصحبه ، ومن والاه واتبع هداه
باحسان الى يوم الدين - أما بعد :

فقد حفلت الشريعة الاسلامية بتنظيم العلاقة بين البشر ،
كما عنيت ببيان الحقوق والواجبات المتبادلة بين الافراد .

ومن ذلك مايتعلق بالاسرة - لبنة المجتمع الاولى - فجاءت
الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبويه الشريفة ذخرة
بالأحكام المتعددة بدءاً : باختيار كل من الزوجين للآخر لتكوين
أسرة مسلمة ، ومروراً بمسئوليه كل راع فى اسرته ، وتفصيلاً
للحقوق والواجبات ، وخاصة حث كل من الزوجين على حسن
العشرة والمعاملة بالمعروف : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف
والرجال عليهن درجة » (٢) ، وتحقيقاً للسكن انذى يثمر المودة
والرحمة بين جنبات الأسرة ، آية من آيات الله تعالى « ومن
آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل
بينكم مودة ورحمة » (٣) .

ولم تغفل الشريعة - وحائثها أن تغفل - ان النفوس
البشرية ، والطباع الانسانية ليست على وتيرة واحدة ، فهى
عرضة للتقلب ، وأنه قد يحدث تغير فى العواطف يؤثر فى

-
- (١) صدر الآية (٦٥) من سورة النساء .
 - (٢) من الآية (٢٢٨) من سورة البقرة .
 - (٣) صدر الآية (٢١) من سورة الروم .

معاملة أحد الطرفين للآخر ، مما يحيل ما فى القلوب من انفة الى نفرة ، وما فى الحياة من وفاق الى شقاق ، ومن خضوع الى نشوز .

فيوجه الله تعالى نظر الأزواج - حين يعتريهم شيء من الضيق ، أو يتسرب الى نفوسهم بعض بواعث بغض وكرهية - الى مداومة العشرة بالمعروف ، ذلك أن الخير قد يكون فيما يكرهه الانسان ، فيقول سبحانه : « وعاشروهن بالمعروف ، فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » (٤) .

ويوصى الرسول الكريم - ﷺ - الرجال بالنساء خيراً : « استوصوا بالنساء خيراً ، فانهن خلقن من ضلع ، وان أعوج شيء فى الضلع أعلاه ، فان ذهبت تقيمه كسرته ، وان تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيراً » (٥) .

ويرشد الحق سبحانه الى السبيل الناجح والدواء الناجع فى اصلاح ما بين الزوجين ، مما عساه أن يحدث : بنشوز من الزوجة تارة ، أو باعراض من الزوج تارة أخرى ، فيدعو المولى الحكيم الأزواج - فى الحالة الأولى - الى معالجة الأمر بالحكمة والموعظة الحسنة ، وذلك بتذكير الزوجة بما يجب عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج ، فان لم يفسد ذلك ، فعليهم بالخير فى الصاجع ، وانه لشاق على الزوجة المحبة لزوجها ، فتؤوب للصلاح وتثوب لرشدتها ، أما ان كانت مبغضن فسيظهرالنشوزمنها ، وعلى الزوج - حينئذ

(٤) نهاية الآية (١٩) من سورة النساء .

(٥) أخرجه الامام البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة رضى الله عنه ، فى باب (الوصاة بالنساء) من كتاب (النكاح) . انظر : صحيح البخارى بحاشية السندي ج٢ - ٢٥٧ .

- اللجوء الى ضرب غير مبرح ، بحيث لا يكسر عظما ولا يشين جارحة ، وقد يكون بعود من سواك ونحوه ، فهو شيء من الايذاء البدنى عند عدم فلاح اسلوب الايذاء النفسى ، وذلك هو ما نصت عليه الآية الحريمة : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ، فان اطعكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، ان الله كان عليا كبيرا » (٦) .

أما ان كان النشوز من الزوج اعراضا وتوليا ، فان القرآن الكريم يحث الزوجة على محاولة الاصلاح الذى هو خير ، فيقول جل شأنه : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير ، وان تحسنوا وتتقوا فان الله كان بما تعملون خبيرا » (٧) .

وباتباع الارشاد الربانى ، وانتهاج النهج القرآنى ، يستقيم ما اعوج من الحياة الزوجية ، وتعود مياه المودة والرحمة الى الانسياب فى نهر السكن المسلم ، بتصرف حكيم من الزوجين ، دونما تدخل من أحد أجنبى .

لكن قد يتفاقم النزاع بين الزوجين ، ولا تجدى محاولتهما ، أو محاولة أحدهما شيئا فى سبيل الاصلاح ، وتتسع الهوة ، فينتطلب الأمر تدخلا من الأهل والأقارب لرأب الصدع الذى يوشك أن يفكك روابط الأسرة .

فاذا لم تفلح جهود الأهل فد ذلك ، وخيف أن يحل الشقاق محل الوفاق ، تأتى تعاليم السماء بانزال الدواء علاجا للداء : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله

(٦) آخر الآية (٣٤) من سورة النساء .

(٧) الآية (١٢٨) من سورة النساء .

وحكما من أهلها ، ان يرييدا اصلاحا يوفوق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا « (٨) » .

ولئن كان الامام الفقيه (ابن العربي) قد ندب الى ذلك الأمر فى وقته فما أجابه الى بعث الحكمين عند الشقاق - أنذاك - الا قاض واحد (٩) ، فان القضاة فى محاكمنا - الآن - استجابة لله تعالى ، وتطبيقا لهذا العلاج الربانى ، وتنفيذا لقوانين الأحوال الشخصية يقومون ببعث حكمين للتحكيم بين الزوجين المتنازعين .

ولاهمية الدور الذى يقوم به الحكمان فى هذا الشأن ، فقد آثرت الحديث عن هذا الموضوع فى هذا البحث بعنوان : (التحكيم بين الزوجين ، فى الشريعة الاسلامية) ، وذلك من خلال المطالب الآتية :

- المطلب الأول : فى المعنى الكريم لآية التحكيم .
- المطلب الثانى : فى المخاطبين بالآية الكريمة .
- المطلب الثالث : فيما يجب على القاضى قبل بعث الحكمين .
- المطلب الرابع : فى معن يكون الحكمان .
- المطلب الخامس : فى شروط الحكمين .
- المطلب السادس : هل الحكمان حاكمان أو وكيلان ؟
- المطلب السابع : فى مهمة الحكمين ، والحكم اذا اتفقا أو اختلفا .
- المطلب الثامن : الحكمان فى قانون الأحوال الشخصية الجديد (رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م) .

(٨) الآية (٣٥) من سورة النساء .

(٩) انظر : أحكام القرآن ، لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن

العرى ، (٤٦٨ - ٥٤٣) هـ ، ج ١ / ٤٢١ .

المطلب الأول

فى المعنى الكريم لآية التحكيم

قال الله تعالى : « وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ، ان الله كان عليما خبيرا » (١٠) .

وفى ابراز معنى الآية الكريمة ، وتوضيح مفرداتها ، بيان لأهمية دور المحكمين فى المهمة التى نديهما الله تعالى اليها ، وما عساها أن يتحقق من اصلاح على يديهما فى مساعيهما لازالة الشقاق وتحقيق الوفاق .

ولتحقيق الأرب من هذا المطلب ، لابد من بيان معانى بعض ألفاظ الآية المحكمة من حيث اللغة ، ثم تفسيرها اجمالا ، وذلك على النحو التالى :

أولا - فى معانى الألفاظ :

١ - (وان خفتن) : يأتى لفظ (الخوف) فى اللغة على معان ، منها : (١١) الفزع ، والقتل ، والعلم ، وبالمعنى الأخير فسر قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفا أو اثما » (١٢) ، وقوله سبحانه : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا . . . » (١٣) .

وذلك هو المقصود من الآية هنا ، والمعنى : ان علمتم وتيقنتم ، ويدخل فى ذلك الظن ، فقد قيل فى المعنى : وان ظننتم (١٤) .

(١٠) الآية (٣٥) من سورة النساء .

(١١) انظر : لسان العرب لابن منظور ج٢ / ١٢٩٠ و ١٢٩١ .

(١٢) صدر الآية (١٨٢) من سورة البقرة .

(١٣) صدر الآية (١٢٨) من سورة النساء .

(١٤) تفسير أبى السعود (ت ٩٥١ هـ) ج ٢ / ١٧٥ ، وروح المعانى

للألوسى (ت ١٢٧٠ هـ) ج ٥ / ٢٦ .

٢ - (شقاق بينهما) : الشقاق (بكسر الشين المعجمة) هو غلبة العداوة والخلاف ، وهو أيضا العداوة بين فريقين ، والخلاف بين اثنين أخذا من الشق (بالكسر) أى الناحية والجانب ، وكذلك نصف الشيء .

وسمى الشقاق بذلك ، لأن كل واحد من صاحبين قصد شقا أى ناحية غير شق صاحبه (١٥) ، أو أن كلا منهما أتى ما يشق على صاحبه من الأمور ، فهو يشاقه مشاقاة وشقاقا (١٦) .

وضمير التثنية للزوجين ، وهما وان لم يجر لهما ذكر فى الآية ، فقد جرى ما يدل عليهما ضمنا فى الآية السابقة لدلالة النشوز الذى هو عصيان المرأة زوجها (١٧) .

٣ - (فابعثوا) : أى وجهوا وأرسلوا الى الزوجين لاصلاح ذات البين (١٨) .

٤ - (حكما من أهله وحكما من أهلها) :

فى اللغة : الحكم والحكيم من أسماء الله تعالى ، وهما بمعنى الحاكم ، وهو القاضى ، الذى يحكم الأشياء ويتقنها ، وحكم الشيء وأحكمه : كلاهما منعه من الفساد (١٩) .

فالحكم هنا الذى يحكم فى أمر الزوجين ليرد الظالم منهما عن ظلمه ويمنعه من الفساد والافساد ، وذلك بالقضاء والفصل بينهما باحكام واتقان .

(١٥) لسان العرب لابن منظور ج٤ / ٢٢٠٠ الى ٢٣٠٢ ، وتفسير القرطبي ج٢/ ١٤٣ .

(١٦) جامع البيان فى تفسير القرآن للطبرى ج٥/ ٤٥ ، وتفسير ابى السعود ج٢ / ١٧٥ .

(١٧) تفسير أبى السعود ج٢/ ١٧٥ ، وروح المعانى للألوسى ج ٢٦/٥

(١٨) روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى -

للألوسى ج ٢٦/٥ .

(١٩) لسان العرب لابن منظور ج ٢/ ٩٥١ الى ٩٥٣ .

٥ - (ان يريد ااصلاحا) :

الاصلاح نقيض الافساد ، ويقال : أصلح الشيء بعد فساده ، أى أقامه (٢٠) .

٦ - (يوفق الله بينهما) : من الوفاق وهو الموافقة ، ووفقه الله سبحانه للخير أى ألهمه ، وهو من التوفيق وهو الوفاق ، ويقال • وافقت فلانا فى موضع كذا أى صادفته ، ووافقته على أمر كذا ، أى اتفقنا عليه (٢١) .

والمعنى أن الله تعالى يوفق بينهما ، أى يصادف كل من الطرفين ما يريد الآخر أو يتفقا على أمر واحد يوافق كلا منهما .

ثانيا : المعنى الاجمالى للآية الكريمة : (٢٢)

يقول الله تعالى ما معناه :

★ ان خفتم ، أى تيقنتم وعلمتم - أو حتى ظننتم - أيها الناس : من أمراء وحكام ، أو قضاة وأولياء ، تباعد عشرة الزوجين وصحبتهم ، فمتبح ما بينهما ، وتفاقم أمرهما ، وأخذ كل منهما شقا غير شق صاحبه ، وناحيه غير ناحيته ، فذأت المسافات ، أو أتى كل واحد منهما من الأمور ما يشق على صاحبه ، فطالت الخصومات وحصلت العداوات ، وتكررت منهم الشكايات ، ولا بيضة لواحد منهما ، ولا معرفة للظالم من المظلوم منهما ، فلم يتمكن من الاصلاح بينهما .

(٢٠) المرجع السابق ج٤/٢٤٧٩ .

(٢١) نفسه ج٦/٤٨٨٤ .

(٢٢) انظر فى ذلك : جامع البيان للطبرى ج٥/٤٥ الى ٥٠ ،

والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٥ / ١٧٤ و ١٧٥ ، وتفسير القرآن

العظيم لابن كثير ج١/٤٩٢ و ٤٩٣ ، وتفسير أبى السعود ج٢/١٧٤ و ١٧٥

وروح المعاني للألوسى ج٥/ ٢٦ و ٢٧ .

★ فابعثوا وأرسلوا حكمين : حكما من أهل الرجل ، وحكما من أهل المرأة ، لاصلاح ذات بينهما .

★ فان أراد الحكمان اصلاحا بين الزوجين ، فسوف يوفق الله تعالى بينهما ، أو يوقع بفضله بين الزوجين الألفه والمحبة ، ويلقى في نفوسهما الموافقة والصحة ، أو ان أراد الزوجان اصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله سبحانه بينهما الألفة الوفاق ، أو ان أراد الزوجان اصلاحا واتفاقا ، يوفق الله جل شأنه بين الحكمين حتى يعملوا بالاصلاح ويتحرياه .

★ وهو سبحانه وتعالى العليم بما فى الصدور ، والخبير بما تكنه النوايا ، فهو العليم الخبير بالظواهر والبواطن ، فيعلم سبحانه كيف يرفع الشقاق ويوقع الوفاق ، كما أنه تعالى عليم بما أراده الحكمان أو الزوجان من اصلاح وغيره خبير بذلك وبغيره .

المطلب الثانى

فى مخاطبين بالآية الكريمة

اختلف العلماء من أهل التأويل والمفهاء فيمن يتوجه اليه الخطاب بقول الله تعالى : « وان خفتن ٠٠٠٠ فابعثوا » ، وفى المراد بقوله سبحانه : « ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما » ، وبيان ذلك فيما يلى :

أولا : **المخاطب بقوله عز شأنه : « وان خفتن » و « فابعثوا » :**
والخلاف فى ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : المخاطب هو السلطان الذى يرتفع اليه أمر الزوجين ، ومن يمثله من قاض وحكام وأمرء .

والى ذلك ذهب جمهور المفسرين والفهاء ، يقول الامام القرطبى : الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله

« وإن خفتهم » الحكام والأمراء (٢٦) وفي فتح الباري لابن حجر العسقلاني ، نحو ذلك (٢٤)

وروى ذلك عن سعيد بن جبير ، وبه قال ابن جرير والضحاك ، وغيرهما على ما رواه المفسرون (٢٥) .

وهو مذهب المالكية (٢٦) ، والشافعية (٢٧) ، والحنابلة (٢٨) ووافقهم الظاهرية أيضا (٢٩) .

أما في الفقه الحنفي ، فتكاد نخلو كتبه من موضوع التحكيم بين الزوجين ، اللهم الا ما ذكره أبو بكر الجصاص في (أحكام القرآن) ، وقوله : « لأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الخصمين والمنع من التعدي والظلم (٣٠) فهو بذلك يوافق جمهور الفقهاء في كون الخطاب للحاكم .

(٢٣) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ج ٥ / ١٧٥ .

(٢٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، نقلنا عن ابن بطال (باب الشقاق) ج ٩ / ٣١٤ .

(٢٥) انظر جامع البيان للطبري ج ٥ / ٤٥ ، وروح المعاني للالوسي ج ٥ / ٢٦ ، وتفسير ابن كثير ج ١ / ٤٩٣ ، وتفسير أبي السعود ج ٢ / ١٧٤ ، وتفسير القرطبي ج ٥ / ١٧٥ .

(٢٦) ففي المدونة ج ٢ / ٢٥٤ قال الامام مالك : « بعث الوالي » وفي (الكافي) لابن عبد البر القرطبي : « بعث الامام أو القاضي أو الحاكم » ، الكافي في فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ ، وانظر كذلك مختصر خليل ص ١١٩ .

وحاشية الدسوقي ج ٢ / ٣٤٤ ، والاكليل للامير ص ٢٠٤ .
(٢٧) انظر الأم ج ٥ / ١٧٧ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ / ٣٠٦ ، روضة الطالبين للنووي ج ٧ / ٣٧٠ .

(٢٨) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ج ٥ / ٢١٠ ، كشاف القناع ج ٥ / ٢١٠ ، والروض المربع ص ٤٠٨ .

(٢٩) المحلى لابن حزم ج ١٠ / ٨٧ مسألة (١٩٢١) .

(٣٠) أحكام القرآن ، لأبي بكر أحمد الجصاص (توفي ٢٧٠ هـ)

أما بقية المؤلفات فى المذهب نحو : (الهداية شرح بداية المبتدى) ، (المبسوط للسرخسى) ، (بدائع الصنائع للكاسانى) ، (حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) ، و (الفتاوى الهندية) ، فقد خلت من هذه المسألة بعينها .

وان كان (باب التحكيم) فى تلك المراجع يعتبر متضمنا لها ، حيث ذكروا جواز التحكيم فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما (٣١) .

ولهذا قال الامام ابن العربى المالكى عن آية التحكيم : « وهى من الآيات الأصول فى الشريعة » ثم قال : « ولكن أعجب لأبى حنيفة ليس للحكمين عنده خبر ، وهو كثيرا ما يترك الظواهر والنصوص للأقيسة » (٣٢) .

ومما يؤيد هذا ما ذكره أبو بكر الجصاص الحنفى بقوله فى مسألة التحكيم : « وهذا نظير العنين والمجنوب والايلاء فى باب أن الحاكم هو الذى يتولى النظر فى ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله » ، الا أنه رد ما نسب الى أبى حنيفة وأصحابه من أنهم لم يعرفوا أمر الحكمين ، فقال :

« هذا تكذب عليهم . . . وأمر الحكمين فى الشقاق بين الزوجين منصوص عليه فى الكتاب ، فكيف يجوز أن يخفى عليهم . » (٣٣) .

والمسألة ليست فى ادعاء خفاء الأمر عليهم - كلا - بل فى خلو المؤلفات من ذكر التحكيم بين الزوجين بعينه ، وقد

(٣١) انظر على سبيل المثال : الهداية شرح بداية المبتدى ج٢/١٠٨ ، وحاشية ابن عابدين ج٥/٤٢٩ ، والفتاوى الهندية ج٣/٣٩٧ .

(٣٢) أحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢١ .

(٣٣) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ ، وقوله (فى الكتاب) أى

القرآن الكريم .

احسن الشيخ أبو بكر الجصاص بالحديث عن تلك المسألة فى
(أحكام القرآن) .

القول الثانى : ان المخاطب بذلك هو الرجل والمرأة .

وروى ذلك عن (السدى) قال : يخاطب الرجل والمرأة ،
إذا ضربها فشاقتها ، تقول المرأة لحكمها : قد وليتك أمرى ،
وحالى كذا ، ويبعث الرجل حكما من أهله ، ويقول له :
حالى كذا (٣٤) .

كما حكى هذا القول ، ابن عبد البر القرطبي المالكي
بقوله : « وللزوجين أن يبعثا الحكمين دون السلطان » (٣٥) .

لكن ذلك - فى نظرى - لا يعد قولاً ثانياً فى المذهب
المالكي حيث اتفق فقهاؤه على أن المخاطب والمأمور بالآية
هو الحاكم أو القاضى ، وعليه فيفسر كلام (ابن عبد البر)
على أن ذلك جائز أن يحدث من الزوجين ، قبل أن يترافعا الى
السلطان أو الحاكم ، إذ قد تكون رغبتهما فى ازالة الشقاق
بعيدا عن القضاء ، فيبعثا الحكمين لذلك .

القول الثالث : أن الخطاب لأهل الزوجين .

وهذا القول ذكره الامام الألوسى فى تفسيره بلفظ :
« وقيل » (٣٦) وقد يقصد بذلك الامام مالك رضى الله عنه ،
فى قوله : « قد يكون السلطان وقد يكون الوليين إذا كان

(٣٤) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ج ١ / ٤٢٢ ، وجامع البيان

للطبرى ج ٥ / ٤٥ و ٤٦ ، وروح المعانى للألوسى ج ٥ / ٢٦ .

(٣٥) الكافى فى فقه أهل المدينة المالكي ، لأبى عمر يوسف بن عبد الله

ابن عبد البر النمري القرطبي ص ٢٧٨ .

(٣٦) روح المعانى للألوسى ج ٥ / ٢٦ .

الزوجان محجورين » (٣٧) على ما ذكره ابن العربي الذي قال بعد ذلك : « وأما قول مالك : انه قد يكون الوليين فصحيح ، ويفيده لفظ الجمع ، فيفعله الساطان تارة ، ويفعله الوصى أخرى » (٣٨) .

ويبدو أن هذا القول ليس فى قوة القولين السابقين ، الا أنه له وجهته فى توسيع دائرة الخطاب القرآنى ، فقد يكون الخطاب - والله أعلم لأهل الزوجين ببعث الحكمين قبل أن يتفاقم الأمر بوصوله الى ساحات القضاء ، أما اذا وصل الحاكم أو القاضى فهو المأمور والمخاطب - آنذاك - ببعث الحكمين .

على أن القول الثانى - أى نسب الزوجين للحكمين - يضعفه أنهما - أى الزوجين - ليسا هما المخاطبين بالآية الكريمة والالقال الله تعالى : (وان خفتم شقاق بينكما فابعثوا) ، باضافة البين الى الزوجين المخاطبين ، فوجب القول بأن المخاطب غير الزوجين .

لذلك قال (ابن العربى) : ان الله خاطب غير الزوجين اذا خيف الشقاق بين الزوجين بارسال الحكمين ، واذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما (٣٩) .

ويرجح (أبو جعفر الطبرى) فى تفسيره عموم الخطاب فى الآية ، بقوله : « وأولى الأقوال بالصواب . أن الله خاطب المسلمين بذلك ، ومرهم ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق بين الزوجين للنظر فى أمرهما ، ولم يخص بالأمر بذلك بعضهم دون بعض » (٤٠) .

(٣٧) و (٣٨) أحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢٣ .

(٣٩) أحكام القرآن لابن العربى ج١ ص ٤٢٢ و ٤٢٣ ، هذا وسيأتى

الخلاف فى كون الحكمين حاكمين أو وكيلين فى المطلب السادس .

(٤٠) جامع البيان لابن جرير الطبرى ج٥/٤٨ .

ويبدو لى رجحان هذا الرأى ، فيكون المخاطب بالآية الكريمة ، المسلمين ، سواء كانوا أهل الزوجين الذين يعامون أحوالهما ، ويتأثرون بالشقاق بينهما ، أم كانوا المسلمين المجاورين للزوجيين من غير الأهل ، ويحفظهم على بعث الحكيمين خوف الشقاق ، وكون المؤمنین اخوة ، وتغيير المنكر الذى يرونه ، والا فان وصل الأمر الى القاضى أو الحاكم فهو المخاطب حينئذ ببعث الحكيمين .

ثانيا : المراد بقوله تعالى : « ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما » .

والأمر هنا سهل ، فليس الخلاف فيه كسابقه ، ذلك أن الارادة هنا لا يطلع عليها الا المولى سبحانه ، فقد يظهر أحد الطرفين أو أحد الحكيمين نية الاصلاح بينما ينطوى قلبه على عكس ذلك .

وعلى كل ، فقد جاءت الأقوال - هنا على النحو التالى :
الأول - المراد الحكمان :

والمعنى : ان يرد الحكمان اصلاحا بين الرجل والمرأة ، يوفق الله تعالى بين الحكيمين ، فيتفقان على الاصلاح بينهما ، وذلك اذا صدق واحد منهما فيما أفضى اليه من بعث للنظر فى أمر الزوجين .

وبذلك قال ابن جرير الطبرى ، والامام القرطبى ، وحكى عن ابن عباس ومجاهد ، وعطاء ، وسعيد بن جبیر ، والسدى والضحاك (٤١) .

(٤١) انظر : جامع البيان للطبرى ج٤/٤٩ ، تفسير القرطبى ج٥/

١٧٥ ، روح المعانى للآلوسى ج٥/٢٧ ، احكام القرآن لابن العربى ج١/

٤٢٦ ، وحاشيتى قلوبى وعميرة ج ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ .

الثانى : جائز أن يكون الضميران للزوجين :

والمعنى : ان يرد الزوجان اصلاح ما بينهما من الشقاق ،
يوفق الله سبحانه بينهما ، فيوقع اللفة والرفاق (٤٢) ،
وفيه تنبيه على من أصلح نيته فيما يتوخاه وفتته الله
لمبتغاه (٤٣) .

الثالث : الضمير الأول للحكمين ، والثانى للزوجين :

والمعنى ان يرد الحكمان اصلاح ذات بين الزوجين ،
وكانت نيتهما صحيحة وقلوبهما ناصحة لوجه الله تعالى ،
أوقع سبحانه بين الزوجين اللفة والمحبة ، وألقى فى نفوسهما
الموافقة والصحة (٤٤) .

وفيه مزيد ترغيب للحكمين فى الإصلاح ، وتحذير من
المساهلة كيلا ينسب اختلال الامر الى عدم ارادتهما ، فان
الشرطية الناطقة بدوران وجود التوفيق على وجود الارادة
منبئة عن دوران عدمه على عدمها (٤٥) .

الرابع : أن يكون الأول للزوجين ، والثانى للحكمين :

والمعنى : ان يرد الزوجان اصلاحا واتفاقا ، يوفق الله
تعالى شأنه بين الحكمين حتى يعملوا بالصلح
ويتحرياه (٤٦) .

وبعد - فكل الأقوال تنبىء عن معان طيبة كريمة ، وان
كان الراجح منها الأول لظاهر عود الضمائر على الحكمين ،
والله تعالى أعلم بمراده .

(٤٢) تفسير القرطبي ج٥/١٧٥ ، وروح المعانى للالوسى ج٥/٢٧ .

(٤٣) تفسير أبى السعود ج٢/١٧٥ .

(٤٤) روح المعانى للالوسى ج٢/١٧٥ ، وحاشية قليوبى وعميرة

ج٣/٢٠٦ و ٣٠٧ .

(٤٥) تفسير أبى السعود ج٢/١٧٥ .

(٤٦) روح المعانى للالوسى ج٥/٢٧ ، وقليوبى وعميرة ج٣/٢٠٦ .

المطلب الثالث

فيما يجب على القاضى قبل بعث الحكمين

اذ رفع امر الزوجين المتنازعين - من أحدهما او كليهما - الى القاضى ، فانه يبدأ أولاً بمعرفة الحال ، بالاستخبار من الظالم والمتعدى منهما ، لكى يعيد الحق الى نصابه ، وقد ينبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، وقد لا يثبت مع ادعاء دل منهما ظلم الاخر له ، كما انه قد يشتد الشقاق وتكرر الشكوى ولا بينة لأحدهما يقضى بها ، وفى كل من هذه الأحوال يجب على القاضى أن يتخذ ما يراه كفيلاً بردع الظالم ، وذلك قبل أن يبعث الحكمين للنظر والاصلاح .

وباستقراء ما ذكره الفقهاء فى هذا الشأن ، يمكن أن نستخلص هذه الأحوال وواجب القاضى حيالها ، وذلك من خلال النقاط الآتية :

أولاً : اذا نسب كل من الزوجين الى الآخر التعدى وسوء الخلق :

فعلى القاضى استبانة الأمر ، والنظر فى بينة كل منهما لمعرفة الظالم منهما ، فان لم يتوصل الى ذلك بدايةً ، فقال فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بأنه عليه : أن يأمر باسكانهما بين قوم صالحين ان لم يكونا بينهم ليخبروا الحاكم بصاحب الضرر منهما ، ويكفى فى ذلك الثقة الخبير بأحوالهما . وهو ما أشار اليه الشيخ الدردير من المالكية (٤٧) ، والامام النووى الشافعى (٤٨) ، وابن قدامة

(٤٧) الشرح الصغير على أقرب المسالك (مع حاشية الصاوى) ج٢/١٤٤ ، وانظر كذلك : حاشية الدسوقى ج٢/٣٤٣ و٣٤٤ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ .

(٤٨) روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٧/٣٧٠ ، ومنهاج الطالبين بهامش قليوبى وعميرة ج٢/٣٠٦ ، وانظر ايضا : شرح التحرير للشيخ زكريا الانصارى مع حاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٦ .

الحنبلی (٤٩) .

ويبدو لى أن مسألة الاسكان ، الى جانب ثقة او قوم صالحين ، - مع تقييد الفقهاء ذلك بالامكان ، أى قولهم ان أمكن - أشبه بالمستحيل فى الواقع العملى فى عصرنا هذا ، والبديل لذلك هو أن يستخبر عن أحوالهما من المجاورين لهما .

ثم انه بعد نظر القاضى فى أمرهما ، قد يثبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، أو تعديهما معا ، أولا يثبت لديه شئ فيشكل عليه أمرهما مع تكرر الشكوى منهما ، والى بيان كل حالة وواجبه حيالها :

ثانيا : حالة ثبوت تعدى الزوج :

إذا ثبت تعدى الزوج على زوجته ببينة أو اقرار ، دان كان يضارها بالهجر أو الضرب أو الشتم ، واختارت مع ذلك البقاء معه ، ففى المذهب المالكى طريقتان (٥٠) .

أحدهما : أن الحاكم يعظه ويزجره أولا ان جزم بالافادة أو ظنها أو شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضربه ان جزم بالافادة أو ظنها .

والأخرى : يعظه أولا ، فان لم يفد أمرها الحاكم بهجر الزوج ، فان لم يفد ضربه .

ويقول الشيخ الدسوقي معقبا على الطريقتين أنهما على حد سواء مع أن الأولى ظاهر النقل - ثم يقول : ولكن الظاهر الثانية لأن هجرها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب (٥١) .

(٤٩) المغنى مع الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٦ و ١٦٧ ، وانظر : كشف

القناع ج٥/٢١٠ ، والروض الربع ص ٤٠٨ .

(٥٠) انظر مختصر خليل ص ١١٩ ، والشرح الكبير مع حاشية

الدسوقي ج٢/٢٤٣ و ٣٤٤ ،

(٥١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٣٤٣ .

ولست اميل الى امر القاضى للزوجة بهجر زوجها الذى ثبت تعديه باصرب والستتم ، اذ لن يفيد ذلك معه تسيئا ، فقد تسوء احلافه فيزداد تعديه ، وهذا فضلا عن النصوص التى تحرم على الزوجة الامتناع عن زوجها اذا طلبها (٥٢) كما ان الهجر انما يكون من الزوج حالة نشوز زوجته ، أما اذا كان النشوز منه فقد وجه الله تعالى نظر الزوجات الى محاوله الاصلاح ولم يامرهن بهجر الأزواج .

وعلى ذلك فالواجب على القاضى ازاء ثبوت تعدى الزوج ان يامره بالتخلى عن تعديه بما يراه ، من وعظ او زجر أو ضرب أو تعزير ، وهو ما يؤخذ من سائر كتب المالكية (٥٢) .

أما الشافعية فمذهبهم أنه اذا ثبت منح الزوج حق الزوجة من قسم ونفقة فان القاضى يلزمه وفاء ذلك ، واذا سبها أو شتمها بلا سبب نهاه عن ذلك ، ولا يعزره ، ووجهتهم فى عدم التعزير أن سوء الخلق والمعاملة يكثر بين الزوجين ، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر على النهى والوعظ لعل الحال يلتئم بينهما ، والا بأن عاد الزوج عزره الحاكم بما يراه ان طلبت المرأة ذلك (٥٤) .

وعلى ذلك فهم يلتقون مع المالكية فى الوعظ أولا ، وفى التعزير أخيرا ، كما يتفق فقهاء الحنابلة مع المالكية والشافعية ، الا أن ابن قدامة أضاف هنا مسألة السكن الى

(٥٢) ومن ذلك ما روى عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « اذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع » انظر : صحيح البخارى بحاشية السندي ج٢/٢٦٠ .

(٥٣) فى ارشاد السالك مع أسهل المدارك ج٢/١٢١ : (أمر المتعدى بالالته) ، وانظر الكافى ص ٢٧٨ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ج٢/١٤٢ و ١٤٤ .

(٥٤) انظر : حاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٦ ، والوجيز للامام الغزالى ج٢/٤٠ ، وروضة الطالبين للنورى ج٧/٢٧٠ ، وقلوبى وعميرة ج٣/٣٠٦ .

جانب ثقة يمنع الزوج من الاضرار بها والتعدى عليها (٥٥) ، وهذا ان لم يكن - كما سبق تقريره - فان الوسيلة الأجدى - فى نظرى - هو أخذ التعهد اللازم على الزوج بعدم التعدى ، فان لم يمتثل عزره الحاكم بما يراه .

وهذا كله اذا ما اختارت الزوجة البقاء مع زوجها ، أما اذا طلبت الطلاق مع هذا الضرر ، فان القاضى يجيبها لذلك . وهو - أى التطبيق للضرر - ليس محلا للحديث عنه هنا .

ثالثا : حالة ثبوت تعدى الزوجة :

وهو المعبر عنه بالنشوز ، أى الخروج عن الطاعة الواجبة ، كأن تمنعه الاستمتاع بها ، أو تخرج بلا اذن لمكان تعلم عدم اذن الزوج فيه ، أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة ، ونحو ذلك .

ويتفق الفقهاء هنا على وعظ القاضى للزوجة ، وأمره لها بإزالة التعدى ، ومنع الظلم (٥٦) .

وأرى - خاصة مع جهل الكثير من الأزواج بالعلاج الربانى فى حالة نشوز المرأة - أن يرشده القاضى الى توجيه القرآن الكريم فى ذلك ، ففعل الزوج يجهله ، والا بأن كان يعلمه ولم يفد ذلك مع الزوجة ولم يرض بتطليقها بدون بدل ، فللقاضى أن يشير عليها بالخاع بأن تدفع للزوج ماله أو غيره

(٥٥) المغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٦٦ و ١٦٧ ، وانظر : كشف

القناع ج٥/٢١٠ .

(٥٦) انظر ، عند المالكية : حاشية الدسوقى ج٢/٢٤٢ و ٢٤٤ .

الشرح الصغير مع بلغة السالك ج ٢/١٤٤ ، وارشاد السالك مع أسهل

المدارك ج٢/١٢١ . وعند الشافعية : روضة الطالبين ج٧/٢٧٠ ، وقلوبى

وعميرة ج٢/٢٠٦ ، وحاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٦ . وفى الفقه الحنبلى :

المغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٦ و ١٦٧ ، وكشاف القناع ج ٥/٢١٠ .

لنتفتدى نفسها منه ، والا عزرها القاضى بما يراه مانعا
لنشوزها .

رابعا : حالة ثبوت تعديهما معا :

ذهب فقهاء المالكية الى ان القاضى عليه - حينئذ -
وعظهما وارشادهما ، فان لم يفد الوعظ ، فله ضربهما
باجتهاده ان ظن الافادة (٥٧) .

ويضيف الشافعية بأنه اذا اشتد شقاقهما وداوما على
السباب الفاحش والتضارب لجأ القاضى الى بعث
الحكمين (٥٨) .

ويذهب ابن قدامة الحنبلى الى وجوب استئذانهما الى
جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف (٥٩) .

خامسا : حالة اشكال الأمر على الحاكم ، وكذا دوام الشقاق وتكرار الشكوى .

بأن لم يثبت لديه تعدى أحدهما على الآخر ، كأن ثبت
تعديهما معا ولم تفلح جهوده فى الإصلاح بينهما ، أو داوما
على الشقاق ، وتكررت منهما الشكوى - فعليه أن يبعث -
وجوبا - الحكمين (٦٠) .

هذا وليس فى الفقه الحنفى ما يتعلق بواجب القاضى
حيال النزاع وقبل بعثه الحكمين ، اللهم الا ما ذكره

٥٧) حاشية الدسوقى ج٢/٢٤٣ .

٥٨) روضة الطالبين ج٧/٢٧٠ .

٥٩) المغنى ج٨/١٦٦ و١٦٧ .

٦٠) انظر المراجع الفقهية المذكورة فى الهامش (٥٦) بجانب الكافى

فى فقه أهل المدينة ص ٢٧٨ . وحاشية الشرقاوى الشافعى ج٢/٢٨٦ ،
والروض المربع ص ٤٠٨ .

(أبو بكر الجصاص) من قوله : « ان الحاكم هو الذى يتولى النظر فى ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله ، فاذا اختلفا وادعى النشوز ، وادعت هى عليه ظلمه وتقصيره فى حقوقها ، حينئذ بعث الحاكم ٠٠٠ الخ » (٦١) .

وخلاصة القول أن على القاضى النظر فيما بين الزوجين ومحاولة الاصلاح والتوفيق بينهما ، والا فان لم يستطع وثبت لديه التعدى من أحدهما ألزمه الانصاف وزجره وعززه بما يراه ، فان كان التعدى منهما ولم يفسد معها الزجر والتهديد ، ولم يرض الزوج بالتطليق ، ولم ترض الزوجة بالخلع ، أو أشكل الأمر على الحاكم فلم يحدد الظالم منهما ، مع تكرر الشكوى ، فانه يلجأ أخيرا الى بعث الحكيمين (٦٢) ثم أما - ممن يكون الحكمان ، وما شروطهما ، وهل هما حاكمان أو وكيلان ؟ وما مهتهما - فذلك ما تتناوله المطالب الآتية ، وبالله تعالى التوفيق .

المطلب الرابع

فى ممن يكون الحكمان ؟

نصت الآية الكريمة على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين ، من كل حكم ، وذلك قوله تعالى : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » .

لكن - هل كون الحكيمين من الأهل خاصة ، واجب أو مستحب ؟ وهل يجوز كونهما من غير أهل الزوجين ؟ وهل يسوغ الاقتصار على حكم واحد ؟

٠ (٦١) احكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١٩٠ .

(٦٢) يقول الامام أبو جعفر الطبرى : « وانما يبعث السلطان الحكيمين ٠٠ اذا ارتفع اليه الزوجان فشكا كل واحد منهما الى صاحبه ، وأشكل عليه الحق منهما من المبطل لانه اذا لم يشكل ٠٠٠ فلا وجه لبعثه الحكيمين فى امر قد عرف الحكم فيه ، جامع البيان ج٥/٤٩ .

ذلك ما يتناوله هذا المطاب من خلال الإجابة عن الأسئلة الثلاثة كما يلي :

أولا : هل يكون الحكمين من الأهل خاصة وأجب أو مستحب ؟

ذهب الفقهاء فى ذلك الى مذهبين :

الأول - أن ذلك واجب .

وهو مذهب المالكية ، يقول القرطبى : « كون الحكمين من الأهلين عند وجودهما واجب عند مالك » (٦٣) ، وفى (أسهل المدارك) : واعلم أن كون الحكمين من الأهلين عند وجودهما واجب عند مالك (٦٤) .

ويستدل الشيخ أحمد الصاوى على ذلك القول بأن ظاهر الآية يوحى بذلك (٦٥) . والقول بالوجوب ظاهر مذهب الظاهرية (٦٦) .

الثانى - كون الحكمين من الأهل مستحب .

وهو مذهب الشافعية ، وذلك للآية أيضا ، وأكون الأهل أعرف بمصلحة الأهل (٦٧) ومذهب الحنابلة وأضافوا : أن القرابة ليست شرطا فى الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك ارشادا واستحبابا (٦٨) .

(٦٣) الجامع لأحكام القرآن ج٥/١٧٥ .

(٦٤) أسهل المدارك شرح ارشاد السالك ج٢/١٣٢ .

(٦٥) بلغة السالك على أقرب المسالك ج٢/١٤٤ ، ونقل ذلك عن

(التوضيح) وهو شرح للإمام خليل على مختصرة المشهور . وفى المدونة

ج٢/٢٥٥ : إذا كان فى الأهل موضع كانوا هم أولى .

(٦٦) المحلى ج١٠/٨٧ مسألة (١٩٢١) .

(٦٧) شرح التحرير بهامش حاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٦ ، وانظر :

روضة الطالبين ج ٧/٣٧٢ ، وقلوبى وعميرة ج ٣/٣٠٦ .

(٦٨) المغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٧٠ ر ١٧١ ونحوه فى كشف

القناع ج٥/٢١١ ، وانظر : العدة شرح العمدة ص ٤٠٦ ، والروض المربع

ص ٤٠٨ .

ومحل الخلاف - فى نظرى - هو وجود من يصلح لتقييم
بمهمة الحكمين من الأهل او من غيرهم ، فيقول المالكية
بوجوب كونهما من الأهل نظر تلاميذ ، ويذهب الشافعية
والحنابلة الى الاستحباب لعدم اشتراط القرابة فى الحكم .

أما اذا لم يوجد فى الأهل من يفهم بالمهمة فلا خلاف فى
جواز كون الحكمين من غير الأهل - على ما يأتى فى (ثانيا)

وعلى ذلك جاءت عبارات بعض فقهاء المالكية ، فيقول
ابن جزى : والأكمل أن يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل
الزوجة (٦٩) كما جاءت عبارة المدونة : « فإذا كان فى الأهل
موضع كانوا هم أولى » (٧٠) .

وبناء على ذلك يترجح لدى القول بالوجوب ، أى حالة
اذا كان فى الأهل من يقوم بذلك نظرا للأية ، فضلا عن
الحكمة من كون الحكمين من الأهل ، والتي يمكن
استخلاصها من أقوال المفسرين والفقهاء فيما يلى (٧١) :

١ - أن الأهل أحرف بأحوال الزوجين ، وأقرب إلى أن
يرجعاً اليهما .

٢ - كما انهما أطلب للصلاح ، لأنهم يسعدان بسعادة
الزوجان ويشقيان بشقاقهما ونزاعهما ، فهما أحرص الناس
على حفظ الحياة الزوجية ، وكذا صيانة ما يجب كتّمه من
أسرار حتى لا تشيع بين الناس .

(٦٩) القوانين الفقهية ص ٢١٤ .

(٧٠) المدونة الكبرى ج٢/٢٥٥ .

(٧١) انظر : تفسير القرطبي ج٥/١٧٥ ، روح المعاني ج٥/٢٦ ،

أحكام القرآن لابن العربي ج١/٤٢٦ وللجصاص ج٢/١٩٠ ، وحاشية

الشرقاوى ج٢/٢٨٦ و ٢٨٧ والاسلام عقيدة وشريعة للامام الشيخ محمود

ثلاثوت ص ١٦٨ الى ١٧٠ .

٣ - ان الزوجين يسكنان اليهما ، فيفتى التريب سر ، الى فريبه من غير حرج او حروف - بحلاف الاجنبيين - فيصعان على ما فى صمير حل من الزوجين من حب وبعض ، واردة صحبه او رغبه فى فرقه :

٤ - ان الاجنبيين قد يظن فيهما اميل الى احد الزوجين دون الآخر ، وفى حون المسلمين من الأهل زوال لظنه ، وابعاد لهذه التهمة :

كما انه فى الاقتصار على حكمين اثنين تحرز عن تعدد الآراء ، وتفرق السبل فما من شك ان الاثنين افضل من الثلاثة والاربعة وصولا الى الحقيقة ، لذلك قال عم شأنه على نساء نبيه ﷺ : « قل انما اعطكم بواحدة ان نفوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا ما بصاحبكم من جنه » (٧٢) .

ثانيا : فى كون الحكمين من غير أهل الزوجين :

قد لا يتيسر الحكمان من الأهل ، اذ لا يوجد فى أهلها من يصلح لتلك المهمة ، او كانا ممن لا أهل لهما ، فيقتضى الأمر ارسال حكمين من غير الأهل .

ويجمع (ابن العربى) خلاصة أقوال المذهب المالكى ، فيقول . « قال علماؤنا : فان لم يكن لهما أهل ، أو كان ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة أو غير ذلك من المعانى فان الحاكم يختار حكمين عدلين من المسلمين لهما أو لأحدهما كيفما كان عدم الحكمين منهما أو من أحدهما ، ويستحب أن يكونا جارين ، وهذا لأن الغرض من الحكمين معلوم ، والذي فات بكونهما من أهلها يسير » (٧٣) .

(٧٢) صدر الآية (٤٦) من سورة سبأ .

(٧٣) أحكام القرآن لابن العربى ج١ / ٤٢٦ .

والأمر كذلك فى سائر كتب المذهب المالكي (٧٤) .

الا انه يبدو من العبارة مسالة خلافية وهى وجود حكم من اسل أحدهما دون الآخر ، وقد أشار الشيخ الدردير الى ذلك بقوله : « فان لم يمكن كونهما معا من الأهل بل واحد فقط من أهل أحدهما والثانى اجنبى ، فقال (للخمى : ضم له اجنبى ، وقال ابن الحاجب : يتعين كونهما اجنبيين وترك القريب لأحدهما) (٧٥) ، ويعلق الشيخ الدسوقى على قول ابن الحاجب مرجحا له ، ومعللا فيقول : « اى لئلا يميل القريب لقريبه » ، ثم يقول : « والأول من هذين القولين هو الموافق لظاهر المصنف - اى الامام خليل - لأن مفهوم اذا أمكن ، عدم الامكان منهما أو من أحدهما ، فان لم يمكن بعث - الحاكم - اجنبيين (٧٦) .

ويبدو لى رجحان قول ابن الحاجب لتعليل المذكور ، اما اذا انتفت العلة فلا بأس من قول اللخمى ، اى جواز كون أحدهما قريبا والآخر اجنبيا ، وتنتفى علة الميل لأحد الزوجين بكون الحكمين مبرزين فى العدالة . (٧٧)

ويتفق الشافعية والحنابلة مع فقهاء المالكية فى جواز كون الحكمين اجنبيين ، بناء على مذهبهم فى استحباب كونهما من الأهل ، لكنهم لم يتعرضوا لاستحباب كونهما جارين الا أن ظاهر نصوصهم فى تعليل استحباب كون الحكمين من الأهل وكونهما أعرف بأحوال الزوجين ، توحى

(٧٤) انظر : المدونة ج٢/٥٥ ، الكافى ص ٢٧٨ ، تفسير القرطبي ج٥/ ١٧٥ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢/١٢٣ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ج٢/١٤٤ .

(٧٥) ، (٧٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج ٢/٢٤٤ ،

وانظر : مختصر خليل ص ١١٩ .

(٧٧) أى فائقين فى العدالة مشهورين بها ، وراجع (تمة) حول

شرط العدالة فى نهاية المطلب الخامس الآتى :

بالاستحباب هنا أيضا ، وكذلك لم يتعرضوا لكون أحدهما من الأهل والآخر أجنبيا (٧٨) :

وبناء على ما سبق فإنه يجوز دون الحكمين اجنبيين على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، ويستحب كونهما جارين على مذهب المالكية ، كما يجوز كون أحدهما من الأهل والآخر اجنبيا اذا أمن ميل القريب لقريبه .

ثالثا : هل يجوز الأختفاء بحكم واحد ؟

الخلاف فى هذه المسألة على مذهبين :

الاول : جواز الأختفاء بالواحد .

وهو مذهب المالكية : فقد اجازت ذلك المدونة باعتبار ان الامر للزوجين ، وهذا : « اذا كان يستأجل ان يكون ممن يجعل ذلك اليه » (٧٩) ، ويبدو ان الجواز هنا قبل رفع امرهما الى الحاكم ، وهو ما صرح به الشيخ الدردير بقوله : « وللزوجين اقامة حكم واحد يرضيانه من غير رفع للحاكم » (٨٠) .

الا ان ابن جزى يجيز ذلك على اطلاقه - اى قبل الرفع وبعده - فيقول : « فيبعت حكما من جهة الحاكم أو من جهة الزوجين أو من يلى عنيهما » (٨١) ، فهو اجاز بعت الحكم من جهة الحاكم ، اى بعد الرفع اليه .

ويعلل القرطبى فى تفسيره ، جواز ارسال الواحد بقوله : « لان الله سبحانه حكم فى الزنى باربعة شهود ، ثم

(٧٨) انظر : روضة الطالبين للنزوى ج٧/٢٧١ ، قليوبى وعميرة ج٢/٣٠٦ ، وحاشية الشرقاوى مع شرح التحرير ج٢/٢٨٦ و ٢٨٧ ، وعند الحنابلة : المغنى مع الشرح ج٨/١٧٠ ، ١٧١ ، وكشاف القناع ج ٥/٢١١ ، راجعة شرح العمدة ص ٤٠٦ .

(٧٩) المدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٨٠) الشرح الصغير مع بلغة السالك ج ٢/١٤٦ .

(٨١) التواتين الفقهية ص ٢١٤ .

قد أرسل النبي ﷺ إلى امرأة الزانية (أنيسب) وحده وقال
له : أن اعترفت فارجمها . ١٠ هـ « (٨٢) . والشاهد انه ﷺ
اكتفى بحكم واحد في مسأله النزاع عنى واقعه الرنى بين
وآلد الغاتم الذى كان عسيفا عند آخر وقد زنى الغلام بامرأة
الخصم (٨١) :

كما أجاز المالكية للمتداعيين تحكيم رجل . . من غير
تولية قاض له يحكمانه فى النازلة بينهما (٨٤) .

وعلى هذا فمذهب المالكية أنجواز ، سواء من الزوجين
قبل الرفع للحاكم ، أو منه بعد الرفع اليه ، وهو ظاهر مذهب
الحنفية أخذاً من اجازتهم تحكيم الواحد بين المتخاصمين ،
وذلك فى (باب التحكيم) (٨٥) ، وهو مقابيل الاصح
عند الشافعية (٨٦) .

(٨٢) الجامع لاحكام القرآن ج٥/١٧٧ (المسألة الخامسة) .
(٨٣) والقصة : « عن أبى هريرة وزيد بن خالد الاجهنى قال جاء رجل
الى النبى ﷺ فقال : انشذك الله الا قضيت بيننا بكتاب الله ، فقام خصمه
وكان أفعه منه فقال : صدق اقض بيننا بكتاب الله وأذن لى يا رسول الله ،
فقال النبى ﷺ قل ، فقال : ان ابنى كان عسيفا فى أهل هذا فرزى
بامراته فافتديت منه بمائة شاة وخادم ، وانى سألت رجالا من أهل العلم
فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وان على امرأة هذا الرجم ،
فقال : والذى نفسى بيده لا قضين بينكما بكتاب الله ، المائة والخادم رد عليك ،
وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، ويا أنيس اغد على امرأة هذا فسلها
فان اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » انظر : صحيح البخارى بحاشية
السندى ج٤/١٨٥ (باب هل يأمر الامام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه) .

(٨٤) حاشية الدسوقى ج٤/١٣٥ .

(٨٥) انظر : الهداية شر بداية المبتدى ج ٣/١٠٨ و ١٠٩ ، وحاشية

ابن عابدين ج ٥/٤٢٧ الى ٤٤٠ ، والفتاوى الهندية ج ٣/٢٩٨ .

(٨٦) روضة الطالبين للنووى ج ٧/٣٧٢ .

الثانى : عدم جواز كون الحكم واحدا .
وهو القول الاصح عند الشافعية : قال الامام النووى :
« ولا يجوز الاقتصار على حكم واحد على الاصح » (٨٧) ،
وقال الشيخ الشرقاوى : « ولا يخفى حكم واحد لظاهر الآية
ولان كلا من الزوجين يتهمه ولا يفشى سره اليه » (٨٨) .

ويترجح لدى كون الحكم واحدا ، أعنى جواز ذلك
للزوجين قبل الرفع للحاكم شأنهما شأن المتداعيين فى أمر
التحكيم ، أما إذا ارتفع الأمر لحاكم فعليه بعث حامين
استجابة لظاهر الآية ، ولا يقتصر على حكم واحد .

المطلب الخامس

فى شروط الحكمين

اشتراط الفقهاء فى الحكمين شروطا يلزم من عدمها عدم
صحة حكمهما وباستطلاعها ، تبين أن هناك شروطا اتفقوا
عليها ، وثانية اختلفوا فيها ، وثالثة انفردت بها بعض
المذاهب دون بعض .
والى الحديث عن هذه الامور الثلاثة .

أولا : الشرط المتفق عليها :

وهى محل اتفاق بين جمهور الفقهاء من المالكية (٨٩) ،
والشافعية (٩٠) ، والحنابلة (٩١) ، وما يؤخذ من (أبواب

(٨٧) روضة الطالبين للنووى ج ٧/٢٧٢ .

(٨٨) حاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٦ و ٢٨٧ .

(٨٩) انظر : المدونة ج ٢/٢٥٤ الى ٢٥٦ ، مختصر خليل ص ١١٩ ،

والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج ٢/٢٤٤ ، واحكام القرآن لابن العربي
ج ١/٤٢٦ ، وتفسير القرطبى ج ٥/١٧٥ والقوانين الفقهية ص ٢١٤ ،

والكافى ص ٢٧٨ .

(٩٠) انظر : الوجيز للغزالي ج ٢/٤١ ، وروضة الطالبين ج ٧/٢٧١ .

وحاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٧ .

(٩١) المغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٩ ، كشف القناع ج ٥/٢١٠

و ٢١١ والروض المربع ص ٤٠٨ .

(التحكيم) لدى الحنفية (٩٢) ، وهذه الشروط هي :

١ - العدالة (٩٢) : فلا يجوز أن يكون الحكم صبيا أو مجنونا ، أو فاسقا ، إذ من لوازم العدالة : النكيف ، اى البوغ والعقل .

٢ - الاسلام : فلا يصح حكم غير مسلم بين زوجين مسلمين ، أو زوج مسلم وزوجة كتابية ، كذلك لا يصح تحكيم ذمى بين متخاصمين أحدهما مسلم والآخر ذمى .

٣ - الحرية : فلا يجوز كون الحكم عبدا .

واشترطه المالكية باعتبار أن العبد لا تقبل شهادته عندهم ، واعتبر الحنفية الحرية من الشروط العامة ، وعدها الحنابلة - أى الحرية - باعتبار الحكمين حاكمين إذ الحاكم لا يجوز أن يكون عبدا ، أما باعتبار الحكمين وكييلين فلا تشترط الحرية لجواز توكيل العبد (وسيأتى الخلاف فى ذلك) (٩٤) .

٤ - الفقه والعلم بما يحكمان فيه :

فلا يصح حكم جاهل بما ولى فيه ، فان كان غير فقيه وشاور العلماء بما يحكم به ، ثم حكم بما أشاروا عليه به كان حكمه نافذا ، كما قرره المالكية (٩٥) ، وعبر الشافعية عن هذا الشرط : باهتداء الحكمين الى المقصود من بعتهما ،

(٩٢) انظر : الفتاوى الهندية (باب التحكيم) ج٢ / ٣٩٧ و ٣٩٨ .
وحاشية ابن عابدين ج٥ ص ٤٢٧ و ٤٢٨ (باب التحكيم) وص ٤٦١ و ٤٦٢ (كتاب الشهادات) .

(٩٣) اعتبره الحنفية ضمن الشروط العامة فى الشهادة ، اى صلاحيته للشهادة والقضاء وقت التحكيم ووقت الحكم .

(٩٤) أى فى كون الحكمين حكمين أو وكييلين (فى المطلب الآتى) .

(٩٥) بلغة المسالك للصاوى مع الشرح الصغير للدردير ج٢/١٤٤ و

رأيهما بالجمع والتفريق (٩٦) . ووافقهم الحنابلة قائلين :
لأن ذلك يفكر إلى الرأى والنظر ، ولأنهما يتصرفان فى ذلك
فيعتبر كلهما به (٩٧) .

وعند الحنفية . « إذا اصطلحا على حكم بينهما على أن
يسأل الفقهاء تم يحكم بينهما بما اجمعوا عليه جاز (٦٨) ،
وظاهره عدم اشتراط الفقه إلا أنه يوافق مذهب المالكية ،
فالشرط الفقه سواء كان لدى الحاكم أم سئل فيه الفقهاء ، ثم
حكم بذلك .

٥ - الرشد : ومحترزه (السفه) ، فلا يصح حكم سفيه
إذا كان مولى عليه . أما إذا كان السفيه مهملًا واتصف
بصفات العدل ، فعدل ، وإلا فلا ، لأن شرط العدل إلا يكون
مولى عليه ، وهو مذهب المالكية (٩٩) ، وعبر الحنفية عن
ذلك بالعقل ، واعتبروا ذلك من شرائط التحمل (١٠٠) ،
ووافقهم الحنابلة (١٠١) ، وعبر الشافعية بالتكليف (١٠٢)

والواقع أنه بالنظر لهذا الشرط الأخير ألفينا أنه يمكن
أدراجه فى الشرط الأول وهو (العدالة) إذ من لوازمها
التكليف : أى البلوغ والعقل .

ثانيا : ما اختلف فيه الفقهاء :

سبق أن هناك خلافا فى شرطى الرشد والفقه ، ولكنه
خلاف لا يكاد يذخر ، لذلك اعتبر الشرطان من الشروط المتفق

(٩٦) روضة الطالبين ج٧/٢٧١ . حاشية الشراوى ج٢/٢٨٧ ،
وقليوبى وعميرة ج٢/٢٠٧ .

(٩٧) المغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٧٠ . وكشاف القناع ج ٨/

٢١١

(٩٨) الفتاوى الهندية ج٢/٢٩٨ ، وانظر . الهداية ج٣/١٠٩ .

(٩٩) بلغة السالك مع الشرح الصغير ج ٢/١٤٤ و ١٤٥ ، والمدونة

ج٢/٢٥٦ ومختصر خليل ص ١١٩ .

(١٠٠) حاشية ابن عابدين ج٥/٤٦١ و ٤٦٢ .

(١٠١) روضة الطالبين للنووى ج٧/٢٧١ .

عليها بين جمهور الفقهاء . أما الشرط المختلف فيه حقيقة ، فهو شرط (الذكورة) ، والخلاف فيه على مذهبين :

الأول : تشترط الذكورة فى الحكمين .

وهو مذهب المالكية ، لأن الحكم حاكم ، وإمام مقتدى به ، فلا يصح الحكم من النساء ولا الاقتداء بهن لنقصهن فى العقل والدين (١٠٣) .

وظاهر مذهب الحنابلة ، يقول ابن قدامة : « ويكوفان ذكرين لأنه مفتقر الى الرأى والنظر » (١٠٤) ، وفى (كشاف القناع) ورد شرط الذكورة قبل العدالة . (١٠٥) .

وهو قول عند الشافعية ، باعتبار الحكمين حاكمين (١٠٦) ، وقال الشيخ زكريا الأنصارى : « يسن كونهما ذكرين » (١٠٧) .

الثانى : لا تشترط الذكورة - فيجوز تحكيم المرأة .

وهو مذهب الحنفية ، فالحكم عندهم كالتقاضى ، والمرأة تصلح للقضاء ، فيجوز أن يجعلها بينهما امرأة ، كما أن التحكيم يبتنى على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة (١٠٨) .

(١٠٣) بلغة السالك للصاوى مع الشرح الصغير للدردير ج٢/١٤٤ و ١٤٥ . وانظر : المدونة الكبرى ج٢/٢٥٤ و ٢٥٥ ، مختصر خليل ص

١١٩ ، وحاشية الدسوقى مع الشرح الكبير ج٢/٢٤٤ .

(١٠٤) المغنى مع الشرح ج٨/١٧٠ .

(١٠٥) كشاف القناع عن متن الاقناع ج٥/٢١٠ .

(١٠٦) روضة الطالبين ج٧/٢٧١ ، وقلوبى وعميرة مع منهاج

الطالبين ج٣/٣٠٧ .

(١٠٧) شرح التحرير بهامش حاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٧ ، وعبر

الشيخ قلوبى فى حاشيته بالنسب ج٣/٣٠٧ .

(١٠٨) انظر : باب التحكيم فى : حاشية ابن عابدين ج٥/٤٢٧ و

٤٢٨ ، والفتاوى الهندية ج٣/٣٩٨ ، و (كتاب الشهادات) فى حاشية ابن

عابدين ج٥ ص ٤٦١ و ٤٦٢ .

وهو القول الآخر عند الشافعية ، باعتبار الحكمين
وكيلين (١٠٩) .

وبناء على ما سبق ، يمكن القول أن شرط الذكورة محل
اتفاق بين المالكية والحنابلة ، وشرط عند الشافعية على القول
بأن الحكمين حاکمان ، ويبدو لى أن اجازة الحنفية تحكيم
المرأة لاينفى شرط الذكورة إذ أنه الأصل ، وعلى ذلك جعلت
هذا الشرط محل اختلاف ، ومع ذلك يترجح لدى اشتراطه لما
استدل به المالكية والحنابلة ، ولما يتصور حالة فشل المرأتين
فى الحكم بين الزوجين وانقلابهما بعد ذلك شاهديتين
يستشهد بهما القاضى فلا بد من انضمام رجل اليهما فلا
تصلح شهادتهما ، فضلا عن تسمية الله تعالى لهما بأئنهما :
حكما ٠٠ و ٠٠ وحكما ، فترجع القول بالذكورة .

ثالثا : الشروط التى استقلت بها بعض المذاهب دون بعض :

١ - يشترط رضا الزوجين بالحكمين ، وألا يفعلا
شيئا حتى يأذن كل من الزوجين .

وهذا الشرط نص عليه (أبو بكر الجصاص) من
الحنفية (١١٠) ، وذكره فقهاء الشافعية والحنابلة الا أنهم
قيده بكون الحكمين وكيلين عن الزوجين (١١١) ، أما
باعتبارهما حاکمين فلا يشترط ذلك (١١٢) .

(١٠٩) روضة الطالبين ج٧/٣٧١ .

(١١٠) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩١ .

(١١١) انظر : عند الشافعية : منهاج الطالبين مع قليوبى وعميرة

ج٢/٣٠٧ ، مختصر المزنى بهامش الأم ج٤٨/٤٨ ، والأم ج١٧٧/٥ ، وعند

الحنابلة : المغنى مع الشرح ج ١٧١/٨ ، كشف القناع ج ٢١١/٥ والعدة

ص ٤٠٦ .

(١١٢) الامام النورى فى منهاج الطالبين - مع قليوبى وعميرة ج٢/

٣٠٧ .

والواقع أن هذا الشرط راجع الى الخلاف فى الحكمين
هل هما حاكمان أو وكيلان وذلك محله المطلب الآتى .

٢ - يشترط عدم التهمة فى الحكم :

ويؤخذ هذا الشرط من (الهداية) عند الحنفية ، ففيها :
« وحكم الحاكم لأبويه وولده باطل ٠٠٠ وهذا لأنه لا تقبل
شهادته لهؤلاء لمكان التهمة ، فكذلك لا يصح القضاء » (١١٣) ،
الا أنه اذا حكم عليهم جاز لانتفاء التهمة لقبول شهادته
عليهم (١١٤) .

٣ - يشترط عدم قرابة وعدم عداوة دنيوية :

وهذا الشرط ذكره (ابن عابدين) فى كتاب الشهادات ،
وعده من شرائط الشهادة (١١٥) ، وذلك لابتناء الحكم عند
الحنفية على الشهادة (١١٦) ، والواقع أن هذين الشرطين
الأخيرين لا يتصوران فى الحكمين ، أى لا يمكن تحقيقهما ،
اذ هما من الأهل وجوبا أو استحبابا ، فالقرابة موجودة ، ثم
انهما اثنان أحدهما من أهله والآخر من أهلها ، والفرض
أنهما يريدان الاصلاح ، والله تعالى ولى التوفيق .

(تنتمة) حول شرط العدالة :

العدل فى اللغة : هو الذى لا يميل به الهوى ، فيجوز
فى الحكم ، والعدل من الناس المرضى قوله وحكمه (١١٧) .

وفى اصطلاح الفقهاء : من اجتنب الكبائر ، ولم يصر
على الصغائر ، وغلب صوابه ، واجتنب الأفعال الخسيسة .

• (١١٣) و (١١٤) الهداية شرح بداية المبتدى ج٣/١٠٩ .

• (١١٥) حاشية ابن عابدين ج٥/٤٦١ و ٤٦٢ .

• (١١٦) الفتاوى الهندية ج٣/٣٩٧ .

• (١١٧) لسان العرب لابن منظور ج٤/٢٨٣٨ و ٢٨٣٩ .

• كالأكل فى الطريق والبول (١١٨) .

وقد يرد تساؤل - خاصة فى زماننا هذا - ماذا لو كان الحكماء أحدهما أو كلاهما غير عدل بهذا الوصف ، أى ماذا يكون حكمه آنذاك ؟ .

وقد وجدت اجابة ذلك بحمد الله تعالى - فى مصدرين :

أحدهما : فى (أحكام القرآن ، لابن العربى) حيث قال : « وينفذ فعل الحكم فى كل مسألة ، هذا اذا كان كل واحد منهما عدلا ، ولو كان غير عدل ، قال عبد الملك : حكمه منقوض لأنهما تخاطرا بما لا ينبئنى من الغرر ، قال ابن العربى : والصحيح نفوذه ، لأنه ان كان توكيلا ففعل الوكيل نافذ ، وان كان تحكيما فقد قدماه على أنفسهما ، وليس الغرر بمؤثر فيه كما لم يؤثر فى باب التوكيل ، وباب القضاء مبنى على الغرر كله ، وليس يلزم فيه معرفة المحكوم عليه بما يؤول اليه الحكم . اهـ » (١١٩) .

والآخر : فى (بلغة السالك) للصاوى المالكى : « أنه اذا تعذر وجود العدل الموصوف بتلك الأوصاف ، كما فى زماننا هذا اكتفى بالحر المسلم البالغ العاقل المستور الحال الذى لا يعرف عليه فسق » (١٢٠) .

(١١٨) كتاب التعريفات للجرجانى ص ١٩١ ، وروى عن أبى يوسف صاحب الامام أبى حنيفة أن العدل هو من لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطاه ومروءته ظاهرة .
انظر : الصيغ الشرعية الدعوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض عبد التواب ، ص ٢٥٩ طبعة ١٩٨٨ م .

(١١٩) أحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢٧ (المسألة الخامسة

عشرة) .

(١٢٠) و (١٢١) بلغة السالك مع الشرح الصغير ج٣/٣٠٢ ، وقوله (الموصوف بتلك الأوصاف) اشارة الى شروط العدل على المذهب وهى : الحرية والاسلام والبلوغ والعقل ، وعدم الحجر عليه لسفه ، والأى يكون

ولما كانت العدالة تستلزم الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق (١٢١) ، فانه يمكن القول ان هذا الشرط اى كون الحكم ، دالا هو عمدة الشروط كلها .

أما شرط الذكورة فقد ترجح بناء على اشتراط جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة ، وقول عند الشافعية .

أما شرط الذكورة فقد ترجح بناء على اشتراط جمهور الفقهاء ثم يحكم بما أجمعوا عليه ، ومن ثم لا يشترط فيه كونه فقيها ، وعلى ذلك فالشرط الاساسى (العدالة) بما تستلزمه من اسلام وبلوغ وعقل وحرية وعدم فسق .

أما كونه ذكرا فهو الراجح ، وجواز كونه امرأة هو الرأى المرجوح .

الدلب السادس

هل الحكمان حاكمان او وكيلان

قال الله عز وجل فى اية التحكيم : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، فهل الحكم هنا حاكم بين الزوجين ، وقاض بينهما له الجمع والتفريق بينهما دون توقف على رضائهما ، أو هما وكيلان عن الزوجين قائمان بأمرهما الذى رضائهما أو هما وكيلان عن الزوجين قائمان بأمرهما الذى قيام الزوجين بأمر أنفسهما؟ (١٢٢) .

بدعيا ولو متأولا ، وأن يكون ذا مروءة ، وهى كمال النفس بصونها عما يوجب ندمها عرفا ولو مباحا فى ظاهر الحال ، وانظر الشرح الصغير مع بلغة السالك ج٣/٣٠١ الى ٣٠٤ ، وحاشية الدسوقى ج٤/١٦٤ الى ١٦٩ .

(١٢٢) راجع معنى كلمة (حكم) فى المطلب الأول من هذا البحث ، وسيأتى مزيد بيان لمعنى (الوكيل) .

(م ٩ قواعد الصرف)

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

المذهب الأول :

ان الحكمين حاكمان على الزوجين ، ونهما الجمع والتفريق بينهما ، ولا يتوقف ذلك على رضا الزوجين بحكهما .

وهو مذهب المالكية قولاً واحداً (١٢٢) ، ومقابل القول الصحيح عند الشافعية (١٢٤) ، واحدى الروايتين عن الامام أحمد بن حنبل رضى الله تعالى عنه . (١٢٥) ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ، به قال الأوزاعى واسحاق (١٢٦) .

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا اليه ، بالكتاب ، وأخبار الصحابة والمعقول :

أولاً : من الكتاب قول الله تعالى : « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » ووجه الدلالة من وجوه ، هى :

١ - أن الله تعالى خاطب غير الزوجين عند خوف الشقاق بينهما ، ببعث الحكمين ، واذا كان المخاطب غيرهما ، فكيف يكون ذلك بتوكيلهما ، والتوكيل من كل واحد لا يكون الا فيما

(١٢٣) انظر : أحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢١ الى ٤٢٦ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، حاشية الدسوقى ج٢/٢٤٤ ، بدالية المجتهد ج٢/١٢٣ ، والكافى ص ٢٧٨ .

(١٢٤) الوجيز للغزالى ج٢/٤٠ و ٤١ ، وانظر : روضة الطالبين ج٧/٢٧١ ، قليوبى وعميرة ج٢/٣٠٦ .
(١٢٥) المغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٨ و ١٦٩ ، والعدة شرح العدة ص ٤٠٦ .

(١٢٦) انظر : تفسير القرطبى ج٥/١٧٦ ، والمغنى مع الشرح ج٨/١٦٨ . وفتح البارى ج٩/٣١٤ .

يخائف الآخر ، وذلك لا يمكن ما هنا (١٢٧) ، اذ من شأن الحكم أن يحكم بغير رضى المحكوم عليه (١٢٨) .

٢ - ان الله تعالى سماهما حكمين ، والحكم هو الحاكم والقاضى ، ولم يسمهما وكيلين ، والوكيل مأذون ليس بحكم ، ولكل من الحكم والوكيل اسم فى الشريعة ومعنى (١٢٩) .

٣ - أنه لما كان المخاطب بالآية الحكام ، وكان بعث الحكمين منهما ، كان بلوغ الغاية من الجمع والتفريق اليهم (١٣٠) .

ثانيا : من أخبار الصداقة وأفوالهم ما يلى :

(أ) ما رواه الامام مالك فى (الموطأ) عن على بن أبى طالب قال فى الحكمين: ان اليهما الفرقة بينهما والاجتماع قال مالك : وذلك أحسن ما سمعت من أهل العالم : ان الحكمين يجوز لهما قولهما بين الرجل وأمراته فى الفرقة والاجتماع (١٣١) .

(ب) ما أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ، والبيهقى فى (السنن الكبرى) ، والدارقطنى فى (سنننه) عن ابن سيرين عن عبيدة السلمانى قال : شهدت على بن أبى طالب ، وجاءته امرأة وزوجها ، مع كل واحد منهما فئام من الناس . فأخرج هؤلاء حكما من الناس ، وهؤلاء حكما ، فقال على

• (١٢٧) أحكام القرآن لابن العربي ج١/٤٢٢ و ٤٢٣ .

• (١٢٨) تفسير ابن كثير ج ١/٤٩٣ .

• (١٢٩) أحكام القرآن لابن العربي ج١/٤٢٤ ، وتفسير القرطبي

ج٥/١٧٦ و ١٧٧ ، ومنهاج الطالبين مع قليوبى وعميرة ج٣/٣٠٦ و ٣٠٧ .

• والمغنى مع الشرح ج ٨/١٦٨ .

• (١٣٠) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج٩/٣١٥ .

• (١٣١) موطأ الامام مالك - مع تنوير الدرالك ج٢/١٠١ ، وانظر :

• المدونة ج٢/٢٦٧ .

نُحْكَمِينَ : اتَّحْرِيَانِ مَا عَلَيْكُمَا ؟ اِنْ رَاَيْتُمَا اِنْ تَفَرَّقَا فَرَقْتُمَا ،
وَ اِنْ رَاَيْتُمَا اَنْ تَجْمَعَا جَمَعْتُمَا ، فَقَالَ الزَّوْجُ : اَمَّا الْفَرْقَةُ غَلَا .
فَقَالَ عَلِيٌّ : كَذَبْتَ وَاللَّهِ لَا تَبْرَحُ حَتَّى تَرْضَى بِكِتَابِ اللّٰهِ لَكَ
وَعَلَيْكَ ، فَقَالَتِ الْمَرْءَةُ : رَضِيْتُ بِكِتَابِ اللّٰهِ تَعَالَى لِي وَعَلَى (١١٢)

قال الامام القرطبي : « وهذا اسناد صحيح ثابت وروى
عن علي من وجوه ثابتة عن ابن سيرين عن عبيدة » ثم قال :
« فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما : اتحريان
ما عليكما ؟ إنما كان يقول : اتحريان بما وكلتكما ؛
أى فيه (١٣٣) .

وقال القاضي أبو اسحاق : فبين علي رضي الله عنه أن
الأمر الى الحكمين اللذين بعثنا من غير ان يكون للزوج
والزوجة أمر في ذلك ولا نهى (١٣٤) وقال ابن قدامة : ان في
قول علي - رضي الله عنه - ذلك للزوج ، اجبار له علي قبول حكم
الزوجين (١٣٥) .

(ج) وعن عبد الرزاق عن معمر بن طاووس عن عكرمة بن
خالد ، عن ابن عباس قال : بعثت أنا ومعاوية حكمين ، فقبل
لنا : ان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما أن تفرقا
فرقتما ، قال معمر : وبلغني أن الذي بعثهما عثمان (١٣٦) .

(١٣٢) مصنف عبد الرزاق (واللفظ له) ج ٥١٢/٦ و ٥١٣ (رقم
١١٨٨٢) ، والسنن الكبرى للبيهقي ج ٣٠٥/٧ و ٣٠٦ و سنن الدار قطنى
ج ٣/٢٩٥ . وفي التعليق المغنى على الدار قطنى : (الحديث رواه النسائى
فى الكبرى ، والبيهقى واسناده صحيح) ومعنى (فثام) أى : جماعة .
(١٣٣) تفسير القرطبي ج ١٧٧/٥ .

(١٣٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ٤٢٢/١ .

(١٣٥) المغنى مع الشرح الكبير ج ١٦٨/٨ .

(١٣٦) مصنف عبد الرزاق ج ٥١٢/٦ ، رقم (١١٨٨٥) وانظر قصة

بعث ابن عباس ومعاوية ص ٥١٣ رقم (١١٨٨٧) ، والسنن الكبرى للبيهقى
ج ٧/٣٠٦ .

(د) وعنه أيضا عن معمر عن يحيى بن أبى كثير عن أبى سلمه بن عبد الرحمن ، قال : ان شاء الحكمان ان يفرقا فرقا ، وان شاء ان يجمعا جمعا (١٣٧) .

(هـ) وعنه أيضا عن الثورى عن جابر وغيره عن الشعبى ، قال : ان شاء الحكمان فرقا ، وان شاء جمعا (١٣٨) .

هذا وقد روى الحافظ عبد الرزاق فى مصنفه أقوالا آخر تؤيد ما ذهب اليه أصحاب المذهب الأول (١٣٩) .

ثالثا : من المعقول ، استدلووا بما يأتى :

١ - أن فعل الحكمين ينفذ هنا كما ينفذ فى جزاء الصيد . وهى أختها (١٤٠) ، أى فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم » (١٤١)

٢ - أنه لما كان القاضى لا يقضى بعلمه ، فقد خص الشرع هاتين الواقعتين بحكمين لينفذ حكمهما بعلمهما ، وترتفع بالتعدد التهمة عنهما (١٤٢) .

٣ - أن الحكمين - هنا - يشبهان القاضى ، وهو يطلق للضرر عند تبينه (١٤٣) ، كما يطلق على المولى والعنين (١٤٤)

(١٣٧) مصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١١ (رقم ١١٨٨٢) .

(١٣٨) المرجع السابق ج ٦/٥١٢ (رقم ١١٨٨٤) .

(١٣٩) انظر : ج ٦ من ص ٥١٢ الى ٥١٤ .

(١٤٠) أحكام القرآن لابن العربى ج ١/٤٢٥ .

(١٤١) صدر الآية (٩٥) من سورة المائدة .

(١٤٢) أحكام القرآن لابن العربى ج ١/٤٢٥ .

(١٤٣) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢/١٢٣ ، وانظر حاشية الدسوقى

ج ٢/٣٤٥ ، وفى (الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية للمستشار

معرض عبد التواب) ص ٢١٥ ، أن التطبيق للضرر مأخوذ عن مذهب الامام

مالك ومثله مذهب الامام أحمد بن حنبل . وانظر : الروض المربع فى

الفقه الحنبلى ص ٤٣٨ .

٤ - أنه لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله اذا امتنع ، وكما يطلق الحاكم على المولى اذا امتنع (١٤٥) .

المذهب الثانى :

أن الحكمين وكيلان عن الزوجين ، لا يمكن التفريق الا باذنهما . وهو مذهب الحنفية (١٤٦) ، والقول الصحيح عند الشافعية (١٤٧) ، واحدى الروادتين عند الحنابلة (١٤٨) وبذلك قال : عطاء ، والحسن ، وأبو ثور . (١٤٩) .
وقد استدلل أصحاب هذا المذهب ، بالكتاب ، وأخبار الصحابة ، والمعقول :

أولا : من الكتاب :

١ - استدلل أبو بكر الجصاص الحنفى - بذات الآية التى بين أيدينا ، على أن الذى من أهله وكيل له ، والذى من أهلها وكيل لها ، وكأن الله تعالى قال : فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها .

-
- (١٤٤) انظر : تفسير القرطبى ج٥/١٧٧ ، والأم ج٥/٢٥٦ ، وقلوبى وعميرة فى الطلاق على المولى ج٤/١٣ . والمولى هو الذى آلى أى أقسم ألا يقرب زوجته مدة معينة أقصاها أربعة أشهر ، قال تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » الأيتان ٢٢٦ و ٢٢٧ سورة البقرة ، والعنين هو الذى لا يستطيع اتيان امراته لعيب فيه .
(١٤٥) المغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٩ .
(١٤٦) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ الى ١٩٢ .
(١٤٧) الوجيز للغزالي ج ٢/٤٠ و ٤١ ، ولأم ج٥/١٧٧ ، وروضة الطالبين ج ٧/٣٧١ ، وقلوبى وعميرة ج ٣/٣٠٦ و ٣٠٧ .
(١٤٨) المغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٧ ، والعدة شرح العمدة ص ٤٠٦ .
(١٤٩) انظر : تفسير القرطبى ج ٥/١٧٦ ، والمغنى مع الشرح ج ٨/١٦٧ ومصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١١ .

وقال : « انما سمي ههنا الوكيل حكما تأكيدا للوكالة
التي فوضت اليه » .

وقال : فجائز أن يكونا سمييا حكيمين لقبول قولهما
عليهما « »

وانتهى الى القول .. بأن اسم الحكم يفيد تحرى
الصلاح فيما جعل اليه ، فلما أشبه فعلهما فعل الحاكم فى
القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحرى الخير والصلاح
سميا حكيمين ، ويكونان مع ذلك وكيئين لهما ، اذ غير جائز
أن تكون لأحد ولاية على الزوجين من خلع أو طلاق الا
بأمرهما (١٥٠) .

(ب) ما رواه عبد الرازق عن ابن جريح عن عطاء ، قال
له انسان : أيفرقا الحكمان ؟ قال : لا ، الا أن يجعل الزوجان
٢ - كما استدلل أيضا بقوله تعالى : (ان يريدوا اصلاحا)
على أنه ليس للحكمين أن يفرقا ، لأن الله تعالى لم يقل :
« ان يريدوا فرقة » (١٥١) .

ثانيا - من أخبار الصحابة ، استدلوا بما يأتى :

(أ) بما روى عن على بن أبى طالب كرم الله وجهه -
وهو ما استدلل به أصحاب المذهب الأول ، الا أنهم قاتوا فى
وجه الدلالة ما يلى :

« ان قوله رضى الله عنه للزوج : (والله لا تبرح حتى
ترضى بكتاب الله) ، يدل على أن قول الحكمين انما يكون برضى
الزوجين ، حيث قال الزوج (لا أرضى بالفرقة) وذلك بعد
رضاء المرأة بالتحكيم ، فيدل على أن الفرقة عليه غير نافذة
الا بعد توكييله بها » (١٥٢) .

• (١٥٠) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ و ١٩١ .

• (١٥١) المرجع السابق ص ١٩٣ .

• (١٥٢) المرجع السابق صفحات ١٩٠ الى ١٩٢ .

(ب) ما رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء ، قال له انسان : أيفرقان الحكمان ؟ قال : لا ، الا أن يجعل الزوجان ذلك بأيديهما (١٥٣) .

(ج) ما رواه أيضا عن معمر عن سمع الحسن يقول :
يحكمان في الاجتماع ولا يحكمان في الفرقة (١٥٤) .

ثالثا : من المعقول ، استدلوأ بما يأتي :

١ - ان الحال بين الزوجين قد يؤدي الى الفراق ، والبضع حق الزوج ، والمال حق الزوجة ، وهما رشيدان فلا يؤولى عليهما في حقهما (١٥٥) ، ولا يجوز لغيرهما التصرف في ذلك الا بوكالة منهما . (١٥٦)

٢ - أن الزوج لو أقر بالاساءة اليها أم يفرق بينهما ، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين ، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا رد مهرها . فاذا كان ذلك حكمهما تبيل بعث الحكمين ، فكذلك بعد بعثهما ، فلا يجوز ايقاع الطلاق من جهتهما من غير رضی الزوج وتوكيأه ، ولا اخراج المهر عن ملكها من غير رضاها (١٥٧) .

(١٥٣) و (١٥٤) مصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١١ (رقما ١١٨٨٠ و ٨١) ، وانظر : سنن البيهقي الكبرى ج ٧/٣٠٧ وفيه : « عن الحسن : قال انما عليهما أن يصلحا وأن ينظرا في ذلك وليس الفرقة في أيديهما ، ، وكلمة (أيفرقان) في النص الأول هكذا في المصنف .

(١٥٥) منهاج الطالبين مع قليوبي وعميرة ج ٢/٣٠٦ و ٣٠٧ ، وشرح التحرير مع حاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٧ .

(١٥٦) المغنن مع الشرح ج ٨/١٦٧ ، وكشاف القناع ج ٥/٥١١ .
والعدة ص ٤٠٦ .

(١٥٧) أحكام القرآن للجصاص ج ٢/١٩١ .

٣ - أنه لا فرق بين الوكيل والحكم ، اذ كل من فوض إليه أمر يمضيه على جهة تحري أخير والصلاح ، فهذه الصفة التي وصفه الله بها لاحقة به (١٥٨) .

٤ - أن الله تعالى حظر على الزوج أخذ شيء مما أعطى زوجته إلا بطيب نفس منها ، لقوله تعالى : « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً » (١٥٩) ، أو على شريطة الخوف منهما ألا يقيما حدود الله ، لقوله سبحانه : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » (١٦٠) وهذا الخوف المذكور ههنا هو المعنى بقوله تعالى : (وان خفتم شقاق بينهما) ، فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقاً من غير رضى الزوجين ، والحاكم وغيره سواء فى أنه لا يملك أخذ مال أحد ودفعه الى غيره ، لقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتحلوا بها الى الحكام » (١٦١) ، فثبت أنه لا يملك أخذ مال الزوجة ودفعه الى زوجها ، ولا ايقاع الطلاق على الزوج بغير توكيله ولا رضاه (١٦٢) .

المناقشة والترجيح :

بعد استعراض أدلة المذهبين ، يمكن مناقشة بعض ما استدلل به أصحاب المذهب الثانى - على النحو التالى :

١ - استدلال الامام الجصاص بأن الآية تدل على أن الذى من أهل الزوج وكيل له ، والذى من أهل الزوجة وكيل لها ، منقوض من وجهين : أحدهما : أنه لا قائل بهذا المعنى من

• (١٥٨) المرجع السابق ص ١٩٢ .

• (١٥٩) نهاية الآية (٤) من سورة النساء .

• (١٦٠) من الآية (٢٢٩) سور البقرة .

• (١٦١) صدر الآية (١٨٨) من سورة البقرة .

• (١٦٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٢ .

المفسرين لهذه الآية (١٦٣) والآخر : أن الحنفية يجيزون كون الحكم امرأة ، فلم خصصت الرجل هنا ، ولماذا لم يقل الله تعالى (رجلا من أهله ورجلا من أهلها) مع أن حروف الكلمتين (حكما) و(رجلا) متساوية .

٢ - استدلالة - رضى الله عنه - بأن فى فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا . ليس له ما يؤيده ، بل يقال : « لم تعرض الآية فى مهمة (التحكيم) الى الطرف المقابل ، وهو طرف التفريق ، سدا لباب اليأس من الوصول الى الاصلاح المنشود » (١٦٤) .

كما أن الاصلاح فى الآية معناه نقيض الافساد ، أما التوفيق فمن الموافقة ، وعليه فقد يكون فى استمرار الزوجين معا افسادا بوجود الشقاق الدائم بينهما ، فيحدث التوفيق بين ارادتيهما فى الفرقة : « وان يفرقا يغن الله كلا من سعته » (١٦٥) ، فليس بلازم أن يكون الاصلاح بمعنى الجمع بينهما ، أو يكون ضد الافتراق ، بل المدار على ما فيه صلاح لهما .

٣ - أن قوله بعدم الفرق بين الوكيل والحكم باعتبار أن كلا منهما فوض اليه أمر يمضيه على جهة تحرى الخير والصلاح ، مردود أيضا من وجوه :

(أ) اختلاف معنى كل منهما فى اللغة والشريعة : فالحكم فى اللغة بمعنى الحاكم وهو القاضى ، أما الوكيل فى اللغة فهو : الكفيل والكافى والحافظ ، والقائم بالأمر ،سمى بذلك لأن موكله قد وكل (بالتحريك) اليه القيام بأمره ،

(١٦٣) راجع المطلب الأول فى معنى الآية الكريمة .

(١٦٤) الاسلام عقيدة وشريعة للامام الشيخ محمود شلتوت ص

١٧٠ .

(١٦٥) صدر الآية (١٣٠) من سورة النساء .

ويقال : وكلت أمرى الى فلان : أى أجاته اليه واعتمدت فيه عليه (١٦٦) .

وعلى ذلك فمعنى الحكم غير معنى الوكيل ، فلا يسوغ استخدام أحدهما بدلا عن الآخر أو مكانه ، فكيف بأحكام الحاكمين سبحانه ؟

(ب) أن تحرى الخير الصلاح من كل منهما لا يتنافى مع كون الحكم حاكما وقاضيا ، ومع كون الوكيل مفوضا اليه من الزوجين بالقيام بالأمر .

(ج) ان الله تعالى لم يخاطب الزوجين بالآية - عفى الرأى الراجح (١٦٧) - حى يقال ان الحكمين - وكيلان عنهما يفعلان ما يريانه بتوكيل منهما .

٤ - أن استدلالهم بما روى عن الامام على رضى الله عنه ، مردود عليه باستدلال أصحاب المذهب الأول بذات القصة ، فضلا عن أن الرواة والقائلين من الصحابة وغيرهم بفقوى اذهب الأول أكثر عددا من رواة المذهب الثانى .

٥ - أن قولهم : (ان الزوجين رشيدان فلا يبوأ عليهما فى حقهما) ، منقوض بقول أصحاب أصحاب المذهب الأول من أنه لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق .

٦ - ان اقرار الزوج بالاساءة ، واقرار المرأة بالنشوز وعدم تفريق الحاكم بينهما بطلاق أو خلع : مردود عليه بأنه يجوز التطليق للضرر ، فاذا ثبت ذلك للمقاضى كان له أن يطلق على الزوج (١٦٨) ، كما يجوز للحاكم أن يرد مهر الزوج اليه

(١٦٦) انظر : معنى (الحكم) فى لسان العرب ج٢/ ٩٥١ الى ٩٥٣ .

ومعنى (الوكيل) ج٦/ ٤٩٠٩ و ٤٩١٠ .

(١٦٧) راجع المطلب الثانى فيما سبق .

(١٦٨) قال الامام خليل فى مختصرة ص ١١٩ : لها التطليق بالضرر

البين ولو لم تشهد البينة بتكررد ، وانظر حاشية السوقى ج٢/ ٣٤٥ .

كما حدث فى قصة (امرأة ثابت بن قيس) عندما جاءت الى النبى ﷺ : فقالت « يا رسول الله ما انقم على ثابت فى دين ولا خلق ، الا أنى أخاف الكفر (وفى رواية : ولكفى لا اطيعه) فقال رسول الله ﷺ : فتردين عليه حقيقته ، فقالت : نعم . فردت عليه وأمره ففارقها » (١٦٩) وهذا دليل على جواز الخلع من الحاكم ورد مهر الزوج اليه .

فضلا عن أنه لا تقاس حالة ارتفاع الأمر الى التقاضى ثم بعته للحكمين ، على ما قبل ذلك .

٧ - ان حظر أخذ الزوج شيئا من مال زوجته الا برضاها ، وكذا ايقاع الطلاق عليه بغير توكله ولا رضاه ، يكون فيما قبل التحكيم ، أما « فى حكم الحكمين لم يختار الطلاق بل جبره عليه الحكمان ، كما جبرا الزوجة على اعطاء المال ، فساغ له أخذه عوضا عن اخراج الزوجية عن ماله ، حكما من الله عز وجل » (١٧٠) .

٨ - ان الخطاب فى سورة البقرة فى قوله تعالى : (فان خفتم ألا يقيم حدود الله) ، وان كان للحاكم والمتوسطين اثل هذا الأمر وان لم يكونوا حكاما ، ، ذلك حالة الخوف من ترك طاعة الله بالمغاضبة منهما (١٧١) ، فقد رفع الله الحرج عن الزوجين (فلا جناح عليهما) فأجاز للزوج أخذ ما دفعه أزوجه وهو الخلع وذلك بقوله تعالى : (فيما أفقدت به) .

أما الخطاب فى سورة النساء فهو للحكام ولأهل الزوجين يبعث الحكمين عند خوف الشقاق والمضارة ،

(١٦٩) الحديث أخرجه الامام البخارى فى (كتاب الطلاق - باب الخلع) ج٣/٢٧٣ (مع حاشية السندي) .

(١٧٠) المقدمات المهدات لابن رشد (الجد) مع المدونة ج٢/٢٥٤ و ٢٥٥ .

(١٧١) انظر : تفسير القرطبي ج٢/١٣٨ الى ١٤١ .

فكيف يجوز للزوج هناك اخذ العوض فى الخلع ، ولا يجوز هنا فى ايه التحكيم ، ثم ان الحكمين لم ياخذوا اى مان من اى احد ، بل احذا ممن حدث منه الظلم والنعدي ، واعطياه لمظوم واعتدى عليه من الزوجين ، فصلا بن اهما - اى الحكمين - يعلمان الجمع والتفريق ، فالامر فى ذلك اليهما بحكم الله تعالى .

وبناء على ذلك يمكن القول برجحان المذهب الاول ، وهو ان الحكمين حاكمان قاضيان على الزوجين ، ههما الجمع والتفريق ، وان طريقيهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة (١٧٢) ، وعلى الحكمين ان يأتيا الى الحاكم ليخبراه بما فعلا ، وعليه - اى القاضى - ان ينفذ حكمها ، ولا يجوز له معارضته او نقضه ، ويقول الحاكم : حكمت بما حكمتما به . (١٧٣) .

المطلب السابع

فى مهمة الحكمين ، والحكم اذا اتفقا او اختلفا

ترجح فى المطلب السابق ، كون الحكمين حاكمين مولييين من جهة الحاكم ، طريقيهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ، ومع ذلك فهما يسعيان فى مهمتهما تحدوهما الرغبة فى الاصلاح ، يبدشان التوفيق الذى وعدهما الله تعالى به ، وقد يتفقان على امر من الأمور يريان فيه الاصلاح ، وقد يختلفان ، لذا اتناور هذه الأمور الثلاثة على الترتيب الآتى :

(١٧٢) انظر : تفسير القرطبي ج٥/١٧٧ ، وحاشية الدسوقي

ج٢/٣٤٤ .

(١٧٣) انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ج٢/٢٤٥ و ٢٤٦ ،

والصينغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض

عبد التواب ، ص ٢٦٢ ، وفيه : « والمقرر فى قضاء هذه الحكمة أن الحكمين

طريقيهما الحكم لا الشهادة والوكالة ، وأنه اذا اتفقا على رأى نفذ حكمهما

ووجب على الحاكم اضاءه دون تعقب . » .

أولا - مهمة الحكمين :

يتبين من أقوال الفقهاء حول هذه المهمة ، أن الحكمين عليهما :

١ - النظر فيما عند الزوجين ، باختلاء كل حكم بقريبه ، ومعرفة ما فى نفسه ، من رغبة فى الصحبة أو نزعه الى الفرقة (١٧٤) .

٢ - أن يجتمعا معا ليخبر كل منهما بما فعل الآخر ، « ينبغى ألا يخفى أحد الحكمين عن الآخر شيئا اذا اختص به » (١٧) .

٣ - عليهما أن ينويا الاصلاح (للآية الكريمة) ، وأن يئطفا القول للزوجين وان ينصفا ويرغبا ويخوفا ، ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ، ليكون أقرب لتوفيق بين الزوجين (١٧٦) .

٤ - اذا ظهر لهما أن النشوز من أحدهما دون الآخر ، أقبلا عليه بالوعظ والزجر والنهي (١٧٧) ، فان أطاعهما كان بها ، والا أقبلا على الآخر فان سمع منهما وأقبل الى الذى يريدان فبها ونعمت (١٧٨) .

٥ - يضيف المالكية - أنه بعد الكشف عن حال الزوجين فان الأمر لا يخلو من اساءة أحدهما ، أو اساءتهما معا :

(١٧٤) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ج ١/٤٢٤ ، وتفسير القرطبي ج ٥/١٧٥ و ١٧٦ ، وروضة الطالبين للنووى ج ٧/٣٧١ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج ٨/١٦٧ ، وأحكام القرآن للجصاص ج ٢/١٩٠ .

(١٧٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ج ١/٤٢٤ ، ومصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١٣ ، وقلوبى وعميرة ج ٣/٣٠٦ ، وبنه الشافعية الى اشتراط حضور نحو محرم حالة اختلاء الحكم بالزوجة دفئا للخلوة المحرمة (روضة الطالبين ج ٧/٣٧٢ ، وحاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٦) .

(١٧٦) كشاف القناع ج ٥/٢١١ .

(١٧٧) تفسير القرطبي ج ٥/١٧٥ و ١٧٦ .

(١٧٨) أحكام القرآن للجصاص ج ٢/١٩٠ .

(أ) فان كانت الاساءة من الزوج - طلقا عليه طائقة بائنه ، بلا خلع أى بلا مال يأخذانه من الزوجة للزوج ، لاساته .

(ب) وان كانت الاساءة من الزوجة : طلقا بخلع ، أى بمال يعطيانه له أو يأتمانه عليها بلا طلاق ، بأن يأمره بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها ، ان اقتضى النظر والمصلحة ذلك .

(ج) أما ان أساءا معا ، فأضر كل منهما بصاحبه ، فانه يتعين الطلاق بلا خلع عند أكثر فقهاء المذهب ، اذا لم ترض الزوجة بالمقام مع زوجها (١٧٩) .

ويتفق جمهور الفقهاء على أن الحكمين لهما أن يفعلوا ما فيه المصلحة سواء أكان جمعا أم تفريقا ، (١٨٠) .

٦ - ثم يأتیان الحاكم فيخبرانه بما فعلا وبما رأيا ، وعليه آنذاك أن ينفذ حكمهما وجوبا بلا معارضة أو نقض فيحكم بما حكما به ، على ما ذهب اليه المالكية (١٨١) ، واكتفى الحنفية بالقول بأنهما يردان الى الحاكم ما يقفان عليه من أمر الزوجين (١٨٢) ، ويرجع ذلك للخلاف في كون الحكمين

(١٧٩) انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٢/٢٤٥ و ٢٤٦ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ج٢/١٤٥ و ١٤٦ .

(١٨٠) انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص ٢٧٨ وفيه : (فلهما ان رأيا أن يفرقا التفريق ولهما الجمع ان رأيا ذلك) ، وأحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ ، وفيه عن سعيد بن جبير (فما حكما من شيء فهو جائز) . وروضة الطالبين للنووي وفيه : (والاصلاح بينهما أو التفريق ان عسر الاصلاح) . والمغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٦٧ ، والعدة شرح العدة ص ٤٠٦ .

(١٨١) حاشية الدسوقي ج٢/٢٤٥ و ٢٤٦ ، وبلغة السالك ج٢/١٤٥

و ١٤٦ .

(١٨٢) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩٠ .

حاكمين قاضيين - على الرأى الراجح ، أو وكيلين عن الزوجين على الرأى المرجوح .

ثانيا - الدخيم إذا ما اتفق الحكمان :

لا يخلو الأمر هنا ، من اتفاقهما على الجمع بين الزوجين ، أو على التفريق بينهما .

ولا خلاف بين الفقهاء فى الأمر الأول (١٨٣) ، لكن فى الأمر الثانى أى الاتفاق على التفريق ، وينحصر الخلاف فى مذهبين :

الأول : جواز التفريق ، ونفاذ حكم الحكمين دون توقف على رضاء الزوجين وهو مذهب المالكية (١٨٤) ، والقول المقابل للصحيح عند الشافعية (١٨٥) ، وأحدى الروايتين عند الحنابلة (١٨٦) .

وأدلة المالكية ومن وافقهم هى ذات الأدلة التى استدلوا بها على كون الحكمين حاكمين أى قاضيين (١٨٧) .

الثانى : لا يجوز التفريق الا برضاء الزوجين . وهو مذهب الحنفية (١٨٨) ، والقول الصحيح عند

(١٨٣) انظر : الموطأ مع تنوير الحوالك ج٢/١٠١ ، وأحكام القرآن لابن العربى ج١/٤٢٤ و ٤٢٥ ، وأحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩١ الى ١٩٣ ، وروضة الطالبين ج٧/٣٧١ ، والمغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٦٧ و ١٦٨ ، وكذلك فتح البارى ج٩/٣١٤ .

(١٨٤) الموطأ ج٢/١٠١ ، مختصر خليل ص ١١٩ ، تفسير القرطبى ج٥/١٧٦ ، وبداية المجتهد ج٢/١٢٣ .

(١٨٥) روضة الطالبين ج٧/٣٧١ ، قليوبى وعميرة ج٣/٢٠٦ و ٢٠٧

(١٨٦) المغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٦٧ و ١٦٨ ، والعدة شرح

العدة ص ٤٠٦ .

(١٨٧) انظر : المطلب السابق .

(١٨٨) أحكام القرآن للجصاص ج٢/١٩١ الى ١٩٣ .

الشافعية (١٨٩) ، والرواية الأخرى عند الحنابلة (١٩٠) ، وهو مذهب الظاهرية (١٩١) ، وبه قال عطاء والحسن وقتادة . (١٩٢) .

هذا والخلاف فى هذه المسألة كذات الخلاف فى المطب السابق ، وقد سبق ترجيح مذهب المالكية ومن وافقهم من أن الحكمين طريقتهما الحكم فيفعلان ما يريان فيه المصاحة من جمع أو تفريق دون وكالة من الزوجين أو تتوقف على رضا أى منهما .

(فروع)

الأول : اذا حكم الحكمان بالفراق بين الزوجين ، فان الطلاق يقع بائنا لوجهين : أحدهما كلى : فان كل طلاق ينفذه الحاكم فانه بائن (١٩٢) والآخر معنوى : لأن المعنى الذى لأجله وقع الطلاق هو الشقاق ، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان ، فلم يكن ذلك يفيد شيئاً فامتنعت الرجعة لأجله (١٩٤) .

الثانى : ان اتفق الحكمان على ايقاع أكثر من طائفة : ففي المذهب المالكي قلان : أحدهما : قول ابن القاسم وأصبع : ينفذ قولهما ، ووجه ذلك بأنهما حاكمان فينفذ ما حكما به .

(١٨٩) روضة الطالبين ج٧/٢٧١ ، وقلوبى وعميرة مع منهاج الطالبين ج٣/٣٠٧ .

(١٩٠) المغنى مع الشرح الكبير ج٨/١٧١ ، وكشاف القناع ج ٥/٢١١ ، والعدة ص ٦٠٤ .

(١٩١) المحلى لابن حزم ج١٠ ص ٨٧ و ٨٨ مسألة (١٩٢١) .

(١٩٢) انظر : مصنف عبد الرزاق ج ٦/٥١١ ، وفتح البارى

ج٩/٣١٤ و ٣١٥ .

(١٩٣) ويستثنى طلاق المعسر بالنفقة والمولى فانهما رجعيان .

(١٩٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ١/٤٢٦ ، والكافى ص ٢٧٨ .

(م ١٠ قواعد الصرف)

والآخر : قول مطرف وابن المحاشون : لا يكون الا واحدة ،
ووجهة هذا القول أن حكمهما لا يكون فوق حكم الحاكم ، وهو
لا يطلق أكثر من واحدة ، فكذاك الحكمان (١٩٥) .

وهذا القول هو الراجح في المذهب لأن الزائد خارج عن
معنى (الاصلاح الذى بعثا اليه ، فللزوج رد الزائد(١٩٦)) .

الثالث : فى الفقه الشافعى : اذا رأى حكم الزوج
الطلاق استقل به ولا يزيد على طلاقه ، لكن ان راجعها الزوج
وداوما على الشقاق طلق ثانية وثالثة (١٩٧) .

الرابع : هل للزوجين الاقلاع عن الحكمين وعدم الرضا
بحكهما ؟

أجاب عن ذلك المالكية ، وفرقوا بين حالتين :

احدهما : ان كان الزوجان هما اللذان أقاما الحكمين ،
أو أقاما واحدا فقط ، فينظر : ان لم يستوعب الحكمان
الكشف عن حال الزوجين ولم يعزما على الحكم فللزوجين
الاقلاع ، والا فلا .

والأخرى : ان كان الحكمان قد أقامهما الحاكم فليس
للزوجين الاقلاع عنهما ، ولو لم يستوعبا الكشف ، وذلك
لعدم اختيارهما فى اقامتهما .

وقال ابن يونس المالكي : اذا رضيا معا بالبقاء بعد
العزم على الحكم بالطلاق من الحكمين فيبني أن لا يفرق
بينهما (١٩٨) .

(١٩٥) أحكام القرآن لابن العربي ج١/٤٢٦ .

(١٩٦) الشرح الكبير مع حاشية النسرقى ج١/٢٤٤ و ٢٤٥ .

(١٩٧) روضة الطالبين ج٧/٣٧١ ، قليوبى رعميرة ج٣/٣٠٧ .

(١٩٨) الشرح الكبير مع حاشية النسرقى ج٢/٢٤٥ و ٢٤٦ .

والشرح الصغير مع بلغة السالك ج٢/١٤٥ و ١٤٦ .

ثالثا : الحكم اذا ما اختلف الحكماء :

قد يختلف الحكماء ، فيقضى أحدهما بالصلح ، ويقضى الآخر بالفرقة ، أو يقضى أحدهما بطلاق ، ويحكم الآخر بالبقاء ، أو يحكم أحدهما بمال والآخر بغير مال . وقد ذهب المالكية والشافعية الى أنه حالة الاختلاف لا ينفذ شيء ، الا اذا اجتمعا عليه (١٩٩) وذلك قياسا على كل حكيم حكما فى أمر ما .

أما اذا التزم أحد الزوجين بما حكم به أحد الحكمين ، نفذ ذلك ، فان التزم الزوج الطلاق مضى ووقع ، وان التزمت الزوجة دفع المال فى الخلع ، فانه يقع وتبين الزوجة من زوجها ، على ما ذهب اليه المالكية (٢٠٠) ويبدو لى أن الأمر كذلك عند الشافعية على أى من القولين عندهما فى الحكمين .

أما اذا لم يلتزم أحد الزوجين شيئا ، فلا يقع شيء ويعود الحال كما كان ، لكن ماذا يكون واجب القاضى آنذاك ؟

يقول المالكية : « وحينئذ فيجددان الحكم » (٢٠١) ، وظاهره أن الحكمين يعودان لمباشرة مهمتهما لعلهما يتفقان على حكم واحد .

ويذهب الشافعية الى بعث القاضى حكيمين آخرين حتى يجتمعا على شيء (٢٠٢) ، وظاهر هذا أنه لا يلزم قول أحدهما حالة الاختلاف بينهما ، الا أن الامام النووى يذكر مع ذلك ففرق : نفذ التفریق ان جوزنا الاقتصار على حكم ففرق : نفذ ذالتفردق ان جوزنا الاقتصار على حكم

(١٩٩) الكافى فى فقه اهل المدينة ص ٢٧٨ ، وحاشية الدسوقى ج٢/٢٤٧ . وروضة الطالبين ج٧/٣٨٢ وحاشية الشرقاوى ج٢/٢٨٦ .
(٢٠٠) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ج٢/٢٤٦ و ٢٤٧ ، وبلغة السالك ج٢/١٤٧ . وبداية المجتهد ج٢/١٢٣ .
(٢٠١) روضة الطالبين ج٧/٣٧٢ .
(٢٠٢) حاشية الدسوقى ج ٢/٣٤٧ وحاشية الشرقاوى ج ٢/٢٨٦ .

واحد (٢٠٣) ، ويبدو أن ذلك مناقض لما قبله ، ويمكن تخريج رأيهم الأول على عدم جواز الافتصار على حكم واحد كما سبق لهم (٢٠٤) . كما يظهر لى أن بعث حكيمين جديدين سيستغرق مدة طويلة لينظر الحكمان الجديدان فى أمر الزوجين من جديد ثم يحكمان .

إذا يبدو لى رجحان مذهب المالكية فى (تجديد الحكم) وعليه فلو أعطاهما الحاكم مهلة أخرى للنظر والتروى ثم الاتفاق على حكم واحد لكان فى ذلك خير .

(فرعان)

أحدهما : ان اتفقا على الطلاق لكن اختلفا فى العدد : فقال أحدهما بطلقة واحدة ، وحكم الآخر باثنتين أو بثلاث ، فقولان عند المالكية :

١ - ينفذ الواجب ، وهى الواحدة التى اتفقا عليها ، ويلغى ما زاد . ونص على ذلك الامام خليل بقوله : وتلزم ان اختلفا فى العدد ، لاتفاق الحكمين على الواحدة .

٢ - لا ينفذ شىء ، لأنهما اختلفا .

والراجع الأول قايما على الشاهدين اذا اختلفا فى العدد ، فانه يقضى بالأقل (٢٠٥) .

والآخر : اذا حكم أحدهما بمال والآخر بغير مال : فقال (الامام ابن العربى المالكى) : « لم يكن شىء ، لأنه اختلاف محض ، كالشاهدين اذا شهد أحدهما ببيع والآخر بهبة ، فانه لا ينفذ اتفاقا (٢٠٦) .

(٢٠٣) روضة الطالبين ج ٧/٣٧٢ .

(٢٠٤) راجع المطلب الرابع .

(٢٠٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربى ج ١/٤٢٧ ، ومختصر خليل

ص ١١٩ ، والشرح الكبير مع حاشية النسوقى ج ٢/٣٤٥ .

(٢٠٦) انظر أحكام القرآن لابن العربى ج ١/٤٢٧ (المسألة الثانية

أما إذا التزم أحد الزوجين بما حكم به عليه كأن تلتزم الزوجة بدفع المال فى الخلع فان ذلك يلزمها على ما مر آنفا .

المطلب الثامن

الحكمان فى قانون الأحوال الشخصية الجديد

(رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م)

فى سنة ١٩٢٩ م ، صدر القانون رقم (٢٥) الخاص بأحكام الأحوال الشخصية ، وقد عدلت بعض مواد القانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ .

وفى ١٦ من شوال سنة ١٤٠٥ هـ ، الموافق ٣ من يولية سنة ١٩٨٥ م صدر برئاسة جمهورية مصر العربية ، القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ م بتعديل بعض المواد الواردة بالقانون (٥) لسنة ١٩٢٩ م .

والذى يعنينا من القانون الجديد المواد من رقم (٦) الى رقم (١١) والخاصة بالتحكيم بين الزوجين (٢٠٧) .

وبعد بحث ما يتعلّق بالحكمين ودراسته من الناحية الشرعية ينبغى مقارنة المواد القانونية بالأحكام الشرعية لبيان مدى تمثيها معها ، أو مخالفتها لها .

ولما كانت المواد المذكورة ست مواد ، فسوف أتناولها واحدة تلو الأخرى لبيان الحكم الشرعى فيها ، وذلك من خلال النقاط الست الآتية :

(٢٠٧) انظر : نصوص المواد المذكورة : فى المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية وفقا لآخر تعديلات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، لأشرف مصطفى كمال ج ٩٨/١ الى ١٤٩ ، وكتاب الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية ، للمستشار معوض عبد القواب (طبعة ١٩٨٨) ص ٢١٤ وما بعدها .

اولا : المادة السادسة : (مطابقة) (٢٠٨)

النص القانونى : « اذا ادعت الزوجه اصرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين امثالها ، يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائننه اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، مادام رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ » .

الحكم الشرعى : ثبت فى الفقه الاسلامى : ان نزوجة التطلاق على الزوج بالضرر ، اذ الضرر لا يجوز شرعا كهجره ما بلا موجب شرعى وضربها كذلك وسبها وسب ابيها ، وهذه الطلقة تكون واحدة بائننه (٢٠٩) وقد سبق بيان ما على القاضى حيال النزاع بين الزوجين ، وقبل بعثه للحكمين (٢١٠) ، وعلى هذا فالنص القانونى يتفق مع الفتوى الاسلامى من أنه اذا لم يثبت الضرر لذى القاضى ، ورفض طّب الزوجة التى قامت بالشكوى مرة أخرى مما يعنى استمرار الشقاق ، وأشكل الامر على القاضى فعليه بعث الحكمين .

هذا وقد بينت (المذكرة الايضاحية) فى تعليقها على المادة المذكورة الاجراءات التى تقوم بها المحكمة ، بدءا من قيام الزوجة بطلب الطلاق للضرر ، وانتهاء بدخول دعوى الطلاق مرحلة جديدة هى استحالة العشرة ، أو الشقاق بين

(٢٠٨) فهى ذات المادة رقم (٦) من القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٩ م .
انظر : : ص ٩٨ من المشكلات العملية لأشرف مصطفى كمال ، وص ٢١٤ من الصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب .

(٢٠٩) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير على مختصر خليل ج ٢ /

الزوجين ، ومحاولة التوفيق بينهما وازالة الخلافات (٢١١)
الا أنه يستدرك مأخذا على تلك المذكرة - فى قولها :
« فاذا اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق
مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم اضرار الزوج
بالزوجة ٠٠ » (٢١٢)

والمأخذ هو عدم الدقة فى التعبير فى العبارة الاخيرة :
اذ مقنضاها أنه ثبت للمحكمة عدم الضرر ، وليس الامر كذلك ،
فينبغى أن يستدرك هذا ، فيقال : من أهم ما يميزها عدم
ثبوت اضرار الزوج ٠٠ الخ .

ثانيا : المادة السابعة : (معدلة)

النص القانونى : « يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين
من أهل الزوجين ان أمكن ، والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة
بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما » (٢١٣) .

الحكم الشرعى : يلاحظ أن نص المادة يتعرض
لناحيتين :

الأولى : ما يشترط فى الحكمين ، والثانية : ممن يكون
الحكمان .

أما عن الناحية الثانية فهى ما تناولها المطلب الرابع من
هذا البحث ، وهى تتفق مع ما ذهب اليه الفقهاء فى ذلك .

(٢١١) انظر : المشكلات العملية ، لأشرف مصطفى كمال ج ١ من ١١٠

الى ١١٢ .

(٢١٢) المرجع السابق ص ١١٢ .

(٢١٣) المرجع السابق ص ١٣٦ وكان نص المادة (٢٥) قانون سنة

١٩٢٩ بزيادة لفظ (رجلين) قبل كلمة (عدلين) ، أى أن المادة الجديدة

رفعت لفظ (رجلين) وابتقت على نص المادة الباقى . وانظر : الصيغ

الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٥٨ .

والملاحظ هو فيما يشترط فى الحكمين ، ويتبين ما يلى :

١ - أن المادة السابقة المعطلة كانت تنص على (رجلين عدلين) .

٢ - أن المادة الجديدة من القانون الحالى - رفعت لفظ (رجلين) وابتقت على (عدلين) . وهذا وما كان مرجع القانون فى مواد التحكيم ، هو المذهب المالكى ، وهو ما قرره المذكرة الايضاحية (٢١٤) ، فان ظاهر النص الجديد ان القانون يخالف المذهب المالكى فى اشتراط الذكورة ، ويتيح كون الحكمين امرأتين ، وهو ما آجازه الحنفية فى (باب التحكيم) كما انه قول عند الشافعية باءنبار الحكمين وكيلين ، فضلا عن اطلاق كلمة (عدل) لى امرأه كاطلاقها على الرجل فى اللغة العربية(٢١٥) .

ويرى البعض : (٢١٦) انه يمكن تفسير النص على خلاف ذلك ، بحيث لا يجوز ان يكون الحكمان غير رجلين عدلين على أساس أن المذكرة الايضاحية تزعم أن هذه النصوص مأخوذة من المذهب المالكى وهو يشترط الذكورة فى الحكمين ، ولم يصرح القانون ولا مذكرته بغير ذلك ، بل سكت عن ذلك ، فيفسر سكوته فى ضوء ما جاء بمذكرته الايضاحية .

ويبدو لى - أنه لما كان « لا ينسب الى الساكت قول » كما هو مقرر فى قواعد الفقه الاسلامى(٢١٧) . وأنه بوجود كلمة

(٢١٤) انظر : المشكلات العملية ج١/ ١١٠ وما بعدها ، والأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م ، للدكتور عبد الناصر العطار ، ص ٩١ ، والصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٦٨ .

(٢١٥) لسان العرب لابن منظور ج٤/ ٢٨٢٨ و ٣٩ .

(٢١٦) الأستاذ الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فى كتابه السابق

ص ٩١ .

(٢١٧) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى (القاعدة الثامنة

عشرة) ص ١٥٨ .

(رجلين) في القانون ١٦٢٩ م وان المرأة - في ذلك السنين - لم يكن لها من دور كما لها اليوم ، وأنه بحذف الكمة من القانون الجديد ، لايحاء الى القاضي بجواز تحكيم المرأة .

ويؤيد هذا ما دار من مناقشات في مجلس الشعب ، ورجاء أحد الاعضاء ان يتضمن نص المادة اشتراط الذورة بحجة أن الحكمين قد يتحولان بعد أداء مهمتهما الى شاهدين ، ومع ذلك وبعد الاستفسار عن جواز تحكيم المرأة والاجابته بجواز ذلك ، حذفت كلمه (رجلين) في التعديل الجديد (٢١٨) .

وعليه فخلو المادة من الكمة ليس اختصارا للكلام لا يخل بالمعنى ، بل المعنى يعطى فهما هو جواز كون الحكمين امرأتين .

غير انه جاء في التعليق على المادة السالفة ، ان التعديل الذي أدخل على النص يسمح بان يكون الحكمان رجلين او رجلا وامرأتين ، وهو ما لا يمكن تفسيره الا على النحر السالف وما يتفق ومناقشات المجلس التشريعي في هذا الخصوص (٢١٩) .

لكن هذا التفسير - في نظري - يدعو للتساؤل في حالة كون الحكمين رجلا وامرأتين ، فيما لو كان الرجل من احد أحد الزوجين ، فهل تكون المرأتان من أهل الآخر ؟ وهل يؤدي ذلك الى احتمال ميل المرأتين في الهوى والحكم الى من هما من جهته ؟

ثم ان اجازة كون الحكم امرأة (في المذهب الحنفي) حالة قراضى الزوجين على تحكيم المرأة . لا تنفى بعث الحاكم

(٢١٨) انظر : المشكلات العملية . ملحق الكتاب ص ٤٥٩ - وعضو مجلس الشعب هو (محمد محفوظ) الذى طلب ذلك . كما أن رئيس المجلس استفسر من الشيخ عطية صقر عن جواز تحكيم المرأة .

(٢١٩) مناقشات مجلس الشعب للمادة ، مضبطة جلسة ١٩٨٥/٧/١ ص ٩٩ ، الجلسة ٩٨ . انظر : المشكلات العملية ص ١٢٧ .

لامرأة في التحكيم بين الزوجين ، وذلك يتفق مع مذهب المالكية في موضوع التحكيم ، أى بين المدعيين من غير تولية قاض للحكم ، ونى المذهب أقوال أربعة فى صحة حكم المرأة وعدم الصحة (٢٢٠) .

لكن موضوعنا عن التحكيم عند الرفع للحاكم ، وهو يشترط فيه الذكورة على الراى الراجع (٢٢١) .

وعلى ذلك فإضافة أسبابه تخالف اراجع فى الفقه الإسلامى ، وتسير على المرجوح من عدم اشتراط الذكورة وهو مبنى على القول بأن الحكمين وكيلان وليسا حاكمين .

ثالثا : المادة الثامنة : (معدلة) .

النص القانونى :

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على الا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك ، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكيم مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، فان لم يقدموا تقريرهما اعتبرتتهما غير متفقتين (٢٢٢) .

الحكم الشرعى :

باستقراء مهمة الحكمين من الوجهة الشرعية لم نجد تحديدا لمدة هذه المهمة ، وكان الأمر متروك تقديره للقاضى ،

(٢٢٠) حاشية الدسوقي ج٤/١٣٦ ، ١٣٧ .

(٢٢١) راجع المطلب الخامس - البند (ثانيا) .

(٢٢٢) المشكلات العملية ص ١٣٩ . وكان نص المادة السابقة

مغايرا : « وعلى الحكمين ان يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما فى الاصلاح فان أمكن الاتفاق على طريقة معينة قرراها ، وانظر :

الصيغ الشرعية للمستشار معوض عبد التواب ص ٢٦٤ .

وقد تقصر المدة أو تطول حسب نوعية الشقاق وظروف الزوجين المتنازعين .

والنص على هذه المدة بحد أقصى امر لا باس به ، كما أن تحديد بدء المهمة ونهايتها ، وكذا اخطار الحكامين والزوجين بذلك امر كسابقه .

أما مسألة تحنيف الحكامين فلم يرد بشأنها شيء - فيما اطلعت عليه من مراجع فقهية - فليس هناك ما يمنع من ذلك شرعا ، وهو ملحظ طيب على هذه الفقرة الأولى ، وهو امر : «ينظم عمل الحكامين بما يكفل حسن سير العدالة ، ويقطع طرائق الارجاء ويمنع عرقنة عمل الحكامين » (٢٢٢) ، وكذا يلزمهما بتحرى الحق والعدل فى حكمهما التزاما بيمين الله تعالى التى حلفا بها .

أما الفقرة (ب) فمعناها : أنه اذا لم يتفق الحكمان ، أو لم يتوصلا الى حكم نهائى وانتهت المدة الأولى ، فإنه يجوز للمحكمة اعطاؤهما مهلة أخرى لا تزيد على ثلاثة أشهر ، وبانقضاء هذه المدة وعدم تقديم التقرير منهما ، يعتبران غير متفقين ، أى لا يؤخذ بحكمهما بعد ذلك .

وهذا يتفق مع ما ذهب اليه المالكية والشافعية فى هذا الامر (٢٢٤) .

هذا وقد جاء فى التعليق على المادة « أنه قد جرى العمل بالمحاكم على تقدير أتعاب للحكم - اذا كان من غير أهل الزوجين - فى صورة أمانة على ذمة مصاريف انتقالاته تشبها بما جرى عليه العمل فى حالة الحكم بنذب خبير مختص ، وذلك لمواجهة الرفض المطرد من الحكام الأجانب عن الزوجين للقيام بمهمة التحكيم ، وتلزم المحكمة الزوجة

(٢٢٢) د عبد الناصر العطار . المرجع السابق ص ٩٠ .

(٢٢٤) راجع المطلب السابق (ثالثا) .

بسدود امانه الحكم باعتبار أنها صاحبة ادعوى» (٢٢٥) .

ومن الناحية الشرعية اجاز فقهاء الشافعية أخذ الاجرة
حالة الاستتجار لنقصاء قياسا على الاستتجار لتدريس العلم
ان عين أشخاصا ، ومسائل مضبوطة يعلمها لهم (٢٢٦) :

هذا وقد رجحت القول بأخذ الاجرة في القضاء من حيث
ان الصرورة داعية الآن لوجود القاضي لفصل بين المتنازعين ،
ولا يوجد من يتبرع بذلك فجاز الاخذ لهذه الصرورة (٢٢٧) .

رابعاً : المادة التاسعة (معدلة) :

النص القانوني :

« لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن
حضور مجلس التحكيم متى تم اخضاره . وعلى الحكمين ان
يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في
الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة » (٢٢٨) .

وفي المذكرة الايضاحية : حضور الزوجين معا مجلس
التحكيم ليس شرطا لصحة عمل الحكمين ، ولكن حضور
أحدهما شرطا لصحته . (٢٢٩)

(٢٢٥) المشكلات العملية ص ١٤٠ .

(٢٢٦) مغنى المحتاج على متن المنهاج ج٢/٢٤٤ .

(٢٢٧) رسالة دكتوراه للباحث : نظرية الثمن في الفقه الاسلامي

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، ص ٣٧١ و ٣٧٢ ، (فرع : الاجرة على عمل

القاضي) ، كلية الشريعة والقانون بأسبوط ، والرسالة غير منشورة .

(٢٢٨) المشكلات العملية ص ١٤١ : وكان النص السابق : « اذا

عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل

الحال قررا التفريق بطلقة بائنة » ، والصيغ الشرعية ص ٢٦٤ .

(٢٢٩) المشكلات العملية ص ١٤١ .

الحكم الشرعى :

(أ) لما كان القول الراجح هو ان الحكمين حاکمان يقضيان على الزوجين بغير رضاهما ، فان فى وجود الزوجين أو أحدهما ما قد يعرقل مهمة الحكمين خاصة اذا رضى أحدهما وامتنع الآخر .

وعلى ذلك فلا تتمشى الفقرة الاولى مع أى من القولين فى الحكمين :

فعلى القول بكونهما حاکمين ، فلا يشترط حضور الزوجين ولا رضائهما ، وعلى القول بأنهما وكيلان ، فإنهما ينفذان ما وكلا فيه من قبل موكليهما ، فلا يشترط حضورهما كذلك .

وعليه ، فأرى أنه لا ضرورة لهذه الفقرة الأولى .

أما ان حضر أحد الزوجين أو كلاهما مجلس التحكيم فقد يكون فى ذلك فائدة حالة اختلاف الحكمين ، ورضاء أحد الزوجين بالتطبيق أو بالخلع ، كما سبق . (٢٣٠) .

(ب) أما الفقرة الثانية ، فهى حول مهمة الحكمين ، وتنتهى فى عجزها باجازة الاصلاح بين الزوجين على أية طريقة ممكنة .

وبما أن الاصلاح لا يعنى مجرد الجمع دون التفريق ، بل يعنى ازالة الافساد ، أى سواء أكان ذلك بجمع أم بتفريق ، فان الفقرة بذلك تتمشى مع الناحية الشرعية . ويلاحظ أن هذه الفقرة هى فحوى المادة الثامنة (المعدلة) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م .

خامساً - المادة العاشرة (معدلة) (٢٣١) :

إذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

- ١ - فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلاق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .
- ٢ - واذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطلاق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة .
- ٣- وان كانت الاساءة مشتركة اقترحا التطلاق دون بدل ، أو ببديل مناسب مع نسبة الاساءة .
- ٤ - وان جهل الحال ذلم يعرف المسمى منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل .

الحكم الشرعى :

سبق أنه لا يخلو الأمر - بعد كشف الحكمين عن حال الزوجين - عن أحوال ثلاثة : وهى أن تكون الاساءة من أحد الزوجين ، أو تكون منهما معا ، وما على الحكمين تجاه كل حالة (٢٣٢) :

وبالنظر لهذه المادة ، فانه يلاحظ عليها ما يأتى :

- (أ) تكرر لفظ (الاقتراح) من الحكمين ، فى البنود الأربعة ، وذلك بوحى بأن رأى الحكمين مجرد اقتراح ، للمدكمة أن تأخذ به أو لا تأخذ .

(٢٣١) وكانت المادة السابقة مغايرة : « اذا اختلف الحكمان ،

أمرهما القاضى بمعاودة البحث . فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما ،

وانظر المشكلات العملية ص ١٤٤ ، والصيغ الشرعية ص ٢٦٤ و ٢٦٥ .

(٢٣٢) . (٢٣٣) راجع : (أولا) فى مهمة الحكمين من المطلب

السابع .

وهو ما يتنافى مع كونهما حاكمين - على الرأى الراجح - وما قرره الفقه الاسلامى من أنه على الحاكم وجوباً تنفيذ حكمهما ، ولا يجوز له معارضته ونقضه ، (٢٣٢) ولو قلنا بالرأى المرجوح من كونهما وكيلين فهما ينفذان ما وكلا فيه من قبل الزوجين . فاذا كان رأيهما اقتراحاً ، فما الفائدة فى بعثهما ؟ اللهم الا أن يقال : الفائدة الاستثناس بما وصلا اليه ، وهى لا تتفق مع الحكمة من بعثهما .

(ب) اتفقت البنود الثلاثة الأولى مع مذهب المالكية ، وجاءت الحالة الرابعة مضافة للحالات الثلاث دون داع لذلك ، من عدة وجوه :

١ - كيف يتسنى مع الجهل بالمسئء منهما التطليق وبدون بدل ؟

٢ - هل يعنى الجهل بالحال اساءة الزوجين معا حتى يكون ذلك كالحالة الثالثة ؟

٣ - وهل جهل الحال جاء بعد المهلة الأولى (ستة أشهر) أو بعد المهلة الثانية (ثلاثة أشهر) ؟ فان كان بعد المدة الكاملة ، فيعتبر الحكمان غير متفقين ، وعلى المحكمة تعيين غيرهما للنظر فى أمر الزوجين كما ذهب الى ذلك فقهاء الشافعية (٢٣٤) .

وعلى ذلك ينبغى :

١ - رفع كلمة (اقتراح) من البنود الثلاثة واستبدال كلمة (قررا) بها .

٢ - الاء البند رقم (٤) اذ لا ضرورة لوجوده .

وأرى أنه كان يكفى نص المادة التاسعة من القانون السابق فى هذا الشأن خاصة أنها استخدمت لفظ (قررا) . وذهبت الى التفريق بطلقة بائنة حال الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال .

سادسا : المادة الحادية عشرة : (معدلة) .

« على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بنى عليها ، فان لم يتفقا ، بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح ، وحلفته اليمين الجبينة في المادة (٨) ، واذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات ، وان عجزت عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطابق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها ، والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتضى » (٢٣٥) .

الحكم الشرعى :

بالجمع بين المادة (٨ فقرة ب) والمادة التي بين أيدينا ، يتضح ما يلى :

- ١ - أن عدم تقديم الحكمين لتقريرهما بعد مدة التسعة أشهر ، يعتبر ذلك ادى المحكمة أنهما غير متفقين .
- ٢ - أن المحكمة بعد ذلك تعين حكما ثالثا له خبرة بالحال . . . الخ . وهذا الحكم الثالث من غير أهل الزوجين حتى يتسهم بالحياد ، وعليه أن يتعرف أسباب الشقاق وقد يصل الحكام الثلاثة الى أى من النتائج المذكورة بالمادة العاشرة (٢٣٦) .

٣ - اذا اختلف الحكام الثلاثة أو لم يقدموا تقريرهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة الثامنة ، وكانوا بذلك

(٢٣٥) وكانت المادة السابقة : « على الحكمين أن يرفعا الى القاضى ما يقرانه وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه » المشكلات العملية ص ١٤٨ والصيغ الشرعية ص ٢٦٦ .

(٢٣٦) المشكلات العملية ص ١٤٨ و ١٤٩ .

فى حكم المختلفين « سارت المحكمة فى الاثبات » وههنا وقفة من عدة وجوه :

(ا) هل المدة التى بمنح للحكام الثلاثة تكون وفق المادة الثامنة - من جديد وعلى ذلك تصل المدة الاجمالية الى ثمانية عشر شهرا (مثلا) . فان كان ذلك كذلك فهى مدة طويلة قد يترتب فيها ضياع حقوق لآى من الزوجين ، أو حدوث مالا تحم عقباه بالنسبة لهما أو لاولادهما .

(ب) كيف تسير المحكمة فى الاثبات ، وقد عجز الحكام الثلاثة طوال المدة السابقة عن الاصلاح أو معرفة المسئء من الزوجين .

فانه يترتب على ذلك - كما يقول البعض : (٢٢٧) طرح اللغظ بين الزوجين أمام المحكمة تتوصل كل منهما الى اثبات أن الزوج الآخر هو المسئء . وهو ما يتنافى مع الحكمة من بعث الحكّمين سنرا للعيوب وحفظا لاسرار العائلات ، لذلك وصف المادة بالحكم المعيب ثم يرى أن الحال لا يخلو من ثلاثة فروض :

الأول : أن يتفق حكمان من الثلاثة فعندئذ تقضى المحكمة برأى الأغلبية اذ لا يلزم اجماع الحكام الثلاثة على رأى .
ويبدو لى وجاهة هذا الفرض الأول ، أعنى الأخذ برأى الأغلبية .

الثانى : أن يختلف الحكام جميعا بحيث يكون لكل منهم رأى غير الآخر ، وهذا يعنى جهالة حال الزوجين ، وتعذر الوصول الى معرفة المسئء منهما ، وهو ما يقتضى اجابة طالب الزوجة التطبيق دون المساس بحقوقها . ولا أميل لهذا الرأى ، - اذ انه يبدو لى - أن اختلاف الحكام الثلاثة لا يعنى جهالة

(٢٣٧) الأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص

الحال ، والا لعاد بنا الحال الى البند (٤) من المادة العاشرة ، لكن - يبدو - أن عدم اتفاقهم راجع الى عدم تحديد المسئء منهما ، وهذا يعنى اساءتهما معا ، اذ يبعد بعد هذه المدة من البحث والتقصى من الحكمين ثم الثالث معهما - ثم الوصول الى معرفة المسئء ، فاذا ما فطنا باساءة الزوجين ، فللحكام الثلاثة - فى مجموعهم او باغلبيتهم - انصديق دون بدل ، وهو مقتضى البند (٣) من المادة العاشرة .

الثالث : اذا لم يقدم حكم من الثلاثة ، او اثنين او كنههم التقرير فى الميعاد ، ففى هذه الحالة كان ينبغى النص على أن تقضى المحكمة بغرامة تهديدية على من لم يقدم تقريره فى الميعاد .

وأرى وجاهة هذا الراى خاصة اذا كان الحكام جميعهم أو الثالث أجنبياً عن الزوجين وتقاضى اجرا على التحكيم ، وذلك بمقتضى (الغرم بالغنم) .

هذا والفقرة الأولى من هذه المادة هى فحوى المادة الحادية عشرة من القانون السابق ، أما الفقرة الثانية ، فليس هنث ما يمنع منهما من الوجة الشرعية - اعنى جواز ارسال حكم ثالث - حيث يجوز الاقتصار على حكم واحد ، فانقول بارسال ثالث للترجيح ، قول مقبول .

كما أنه فى التغريم المالى حث على بذل الجهد والاهتمام بانجاز المهمة وتكليلها بوضع تقرير مطابق ومبين لحالة الزوجين .

وبناء على ما سبق ، فتتمثل الملاحظات على المواد الخاصة بالتحكيم من القانون الجديد (١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م) فيما يلى :

اولا : الابقاء على لفظ (رجلين) فى المادة السابعة لتكون
كما كانت (رجلين عدلين) ، فى المادة المعدله .

ثانيا : لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع احد
الزوجين او كلاهما عن حضور مجلس التحكيم .
ثالثا : رفع كلمة (اقتراح) ، واستبدال كلمة (قررا)
بها ، فى البنود الثلاثة من المادة العاشرة .

رابعا : الغاء البند رقم (٤) اذ لا ضرورة لوجوده فى
المادة العاشرة .

خامسا : تعديل المادة الحادية عشرة - بالأخذ برأى
الاغبييه ، وتقرير الغرامة المائيه على المتخلف عن تقديم
تقريره من الحكام الثلاثة .

وبعد - فانه يتضح دون أن نضع خاتمة يتكرر فيها
بعض ما سلف ذكره فى البحث :

أن التحكيم يكون ابتداء لسهولته ويسره وقرب الحكمين
من الزوجين ، مراعاة لشمريه ، وللمشاعر ، وذلك باعتبار أن
الآية الكريمة تخاطب اهل الزوجين والمجاورين لهما عند
خوف الشقاق ، وقبل نفاقم الأمر والوصول به الى ساحة
القضاء اذ القضاء يوجب الشحناء والتفرق بخلاف الصلح ،
فهو أقرب لجمع الخواطر وتأليف النفوس المطلوب شرعا وفى
ذات الوقت قد يكون اليه - أى التحكيم - المنتهى حين
لا يستبان الدليل أمام القاضى ، فيبعت الحكمين .

وصدق الله العظيم الذى يهدينا الى أن نضع أيدينا على
الوسيلة الجادة فى الصلح والاصلاح ، ويخصص أمر
الزوجين بأية قرآنية نزلت فى شأنهما . ونظر فيها

المفسرون والفقهاء ففسروا واجتهدوا ، وتفسيرا واثرا وفقها
ولغة وإشارة . ويمكن القول بأن العلماء فى مناهجهم جميعا
أبرزوا ما تحويه آية ألفاظها قلبية ، وتتزاحم فى ظلالها معان
كثيرة . كما أن سمو التشريع الإسلامى وإيمانه لا يزال
يشار إليه بالبنان ، وما انفكت القوانين الوضعية تترسم
خطاه ، ونحن تصل إليه ، لأنه من عند العليم بأحوال خلقه :

« ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »

« ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » .

صدق الله العظيم

تم بحمد الله تعالى

الباحث

د . حمدى عبد النعم شلبى
مدرس الفقه العام بشريعة دمنهور

مصادر ومراجع البحث

أولاً : القرآن الكريم •

ثانياً : الحديث وعلومه •

١ - سنن الدار قطنى : للامام على بن عمر الدار قطنى (٣٠٦ هـ - ٢٨٥ هـ) • القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٦ م •

٢ - السنن الكبرى للبيهقى : للامام أبى بكر أحمد بن الحسين بن عفى البيهقى (ت ٤٥٨ هـ) • الهند : مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، ط أولى ١٣٥٢ هـ •

٣ - صحيح البخارى : (الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه) للامام أبى عبد الله محمد ابن اسماعيل البخارى (ت ٢٥٦ هـ) • ومعه حاشية السندي (للامام نور الدين محمد بن عبد الهادى السندي ، ت ١١٢٨ هـ) القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبي وشركاه •

٤ - فتح البارى بشرح صحيح البخارى : للامام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٧٧٣ - ٨٥٢ هـ) القاهرة : دار الريان للتراث ، ط أولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م

٥ - مصنف عبد الرزاق : للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى (١٢٦ - ٢١١ هـ) • لبنان : بيروت ، المكتب الاسلامى ، ط الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م •

٦ - موطأ الامام مالك : للامام مالك بن أنس رضى الله عنه (٩٣ - ١٧٩ هـ) ، مطبوع مع (تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، لجلال الدين السيوطى) • القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبي وشركاه •

ثالثا : التفسير وعلوم القرآن :

٧ - أحكام القرآن : للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعى رضى الله عنه (١٥٠ - ٢٠٤ هـ) . لبنان : بيروت دار الكتب العلمية ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

٨ - أحكام القرآن : لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفى (ت ٣٧٠ هـ) . لبنان : بيروت ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٩ - أحكام القرآن : لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ، المالكى (٤٦٨ - ٥٤٣ هـ) لبنان : بيروت ، دار الجيل ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

١٠ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير : للإمام الحافظ عماد الدين اسماعيل بن كثير القرشى (ت ٧٤ هـ) القاهرة : مكتبة دار التراث .

١١ - تفسير أبى السعود : المسمى (ارشاد العقل السليم الى مزايا القرآن الكريم) ، لقاضى القضاة الامام أبى السعود محمد بن محمد العمادى (ت ٩٥١ هـ) لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى .

١٢ - جام البيان فى تفسير القرآن : للإمام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى (ت ٣١٠ هـ) لبنان : بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط ٤ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

١٣ - الجامع لأحكام القرآن : لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى (ت ٤٧٨ هـ) . القاهرة : الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٦٨٧ م .

١٤ - روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثانى : للعلامة أبى الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسى البغدادى (ت ١٢٧٠ هـ) . لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى .

رابعاً : الفقه الاسلامى :

(ا) الفقه الحنفى :

١٥ - حاشية ابن عابدين : المسماة (حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ)

القاهرة : مطبعة مصطفى الحبى ، ط ٢ ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

١٦ - الفتاوى الهندية : المسماة بالفتاوى العالمكيرية على مذهب الامام الأعظم . لبنان : بيروت ، دار احياء التراث العربى ، ط ٤ ، ١٩٨٦ م .

١٧ - الهداية شرح بداية المبتدى : لأبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى (ت ٥٩٣ هـ) . القاهرة : مطبعة مصطفى الحبى ، الطبعة الأخيرة .

★ ★ ★

(ب) الفقه المالكى :

١٨ - أسهل المدارك : لأبى بكر بن حسن الكشناوى ، شرح ارشاد المسالك فى فقه امام الأئمة مالك : للعلامة شهاب الدين عبد الرحمن بن عسكر البغدادى (ت ٧٣٢ هـ) . لبنان : بيروت ، دار الفكر ، الطبعة الثانية .

١٩ - الاكليل شرح مختصر خليل : للأمير (محمد بن محمد السنباوى الأزهرى ، (١١٥٤ - ١٢٣٢ هـ) القاهرة : مكتبة القاهرة ، ميدان الأزهر .

٢٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : أبى الوليد محمد أحمد بن رشد (ت ٥٩٥ هـ) القاهرة : مطبعة حسان ، الناشر : دار الكتب الحديثة .

٢١ - باغة المسالك : للشيخ أحمد الصاوى المالكى ، (١١٧٥ - ١٢٤١ هـ) أبى الشرح الصغير السعوى (أقرب المسالك

الى مذهب الامام مالك (للشيخ الحرير . القاهرة :
دار احياء الكتب العربية ، عيسى الببى الحلبي
وشركاه .

٢٢ - حاشية الدسوقي : للشيخ محمد بن أحمد عرفة الدسوقي
(ت ١٢٣٠ هـ) على الشرح الكبير للرددير على مختصر
خليل .

القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى الببى
الحلبي وشركاه .

٢٣ - الشرح الصغير للرددير : المسمى (أقرب المسالك الى
مذهب الامام مالك) للشيخ الدردير (أحمد بن محمد
ابن أحمد بن أبى حامد العدوى ، ١١٢ ، ١٢٠١ هـ)
مطبوع بذييل بلغة السالك للصاوى .

القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى الببى
الحلبي وشركاه .

القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى الببى
الحلبي وشركاه .

٢٤ - القوانين الفقهية : المسمى (قوانين الأحكام الشرعية
ومسائل الفروع الفقهية) ، لابن جزى المالكي (محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزى الكلبي) (٦٩٣ -
٧٤١ هـ) .

بيروت : الناشر (دار الكتاب العربي) ، ط أولى ،
١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٢٥ - مختصر خليل : للامام خليل بن اسحاق بن شعيب
المالكي ، (ت ٧٧٦ هـ) .

القاهرة : مطبعة مصطفى الببى الحلبي ، سنة
(١٣٤١ هـ - ١٩٢٢ م) .

٢٦ - المدونة الكبرى : لامام دار الهجرة مالك بن أنسى رضى
الله عنه (٩٣ - ١٧٦ هـ) ، رواية الامام سحنون
(١٦٠ - ٢٤٠ هـ) عن الامام ابن القاسم (ت ١٩١ هـ) .

- ٢٧ - مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام : للامام الحافظ أبى الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (ت ٥٢٠ هـ) ، مطبوع بذييل المدونة .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- ٢٨ - الكافي فى فقه أهل الديانة المالكي : للعلامة أبى عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت ٤٦٣ هـ) . لبنان : بيروت ، دار الكتب العلمية ط أولى ، (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) . ٠٠

★ ★ ★

(ج) الفقه الشافعى .

- ٢٩ - الأم : للامام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، رضى الله عنه (١٥٠ - ٢٠٤ هـ) .
القاهرة : مطابع كتاب الشعب ، سنة ١٩٦٨ م .
- ٣٠ - حاشية الشرقاوى : للشيخ عبد الله بن حجازى بن ابراهيم الشرقاوى (١١٥٠ - ١٢٢٧ هـ) ، على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى .
القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى الحلبي .
- ٣١ - حاشيتا قليوبى وعميرة : للشيخين الامامين الشيخ شهاب الدين القليوبى ، والشيخ عميرة ، على شرح جلال الدين الحلبي على منهاج الطالبين للامام محى الدين النووى . القاهرة : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبي وشركاه .
- ٣٢ - روضة الطالبين وعمدة المفتين : للامام محى الدين يحيى ابن شرف النووى .
بيروت ودمشق : المكتب الاسلامى ، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٣٣ - مختصر المزنى : لاسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المزنى ، (ت ٢٦٤) ، مطبوع بهامش « الأم » .
القاهرة : مطابع كتاب الشعب ، سنة ١٩٦٨م .

٣٤ - الوجيز فى فقه الامام الشافعى : لحجة الاسلام الامام محمد بن محمد أبى حامد الغزالى (٤٥٠ - ٥٠٥ هـ) .
لبنان : بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، سنة ١٣٩٩ - ١٩٧٩م

★ ★ ★

(د) الفقه الحنبلى .

٣٥ - الروض المربع : للامام منصور بن يونس ، الشهير بالبهوتى (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ) ، بشرح زاد المتقنع للامام أبى النجا موسى بن أحمد الحجاوى المقدسى (ت ٩٦٨ هـ) القاهرة : دار مصر للطباعة ، نشر وتوزيع دار التراث .

٣٦ - العدة : لبهاء الدين أبى محمد عبد الرحمن بن ابراهيم السعدى المقدسى (٥٥٦ - ٦٢٤ هـ) ، شرح (العمدة) لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن قدامة العمري (٥٤١ - ٦٢٠ هـ) لبنان : بيروت ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

٣٧ - كشاف القناع عن متن الاقناع : للشيخ العلامة منصور ابن يونس بن ادريس البهوتى . لبنان : بيروت ، عالم الكتب ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م .

٣٨ - المغنى لابن قدامة : الشيخ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) ، مطبوع مع الشرح الكبير ، وكلاهما على (متن المقنع) لأبى القاسم عمر بن أحمد الخرقى . لبنان : بيروت ، دار الكتابى العربى ، سنة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م .

(ه) الفقه الظاهري ..

- ٢٩ - المحلى لابن حزم : أبى محمد على بن أحمد بن سعيد
ابن حزم الظاهري (ت ٤٥٦ هـ) • القاهرة : دار التراث
(تحقيق أحمد محمد شاكر) •

(و) اللغة :

- ٤٠ - لسان العرب : لابن منظور (جمال الدين بن محمد بن
مكرم الأنصاري) • القاهرة : طبعة دار المعارف ، سنة
١٩٧٩م •

(ز) مراجع عامة :

- ٤١ - الأسرة وقانون الأحوال الشخصية : للأستاذ الدكتور
عبد الناصر توفيق العطار • القاهرة : المطبعة العربية
الحديثة ، سنة ١٩٨٥م •

- ٤٢ - الاسلام عقيدة وشريعة : للإمام الشيخ محمود شلتوت
القاهرة : دار الشروق ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٠ هـ -
١٩٨٠م -

- ٤٣ - التعريفات : للرجزاني (على بن محمد بن على ،
٧٤٠ - ٨١٦ هـ) • لبنان : بيروت ، دار الكتاب العربي ،
ط أولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م •

- ٤٤ - الصيغ الشرعية لدعوى الأحوال الشخصية :
للمستشار معوض عبد التواب • القاهرة : المنصورة ،
طبعة ١٩٨٨م •

- ٤٥ - المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية ،
وفى لآخر تعديلات القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م .
للأستاذ : أشرف مصطفى كمال . القاهرة : دار المؤمن
للطباعة والنشر ، سنة ١٩٨٦م .

(ح) رسائل جامعية .

- ٤٦ - نظرية الثمن فى الفقه الإسلامى : رسالة دكتوراة ،
اعداد : حمدى عبد المنعم شلبى ، كلية الشريعة والقانون
بأسيوط - جامعة الأزهر ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

العدول عن خطبة النكاح
وآثاره فى الفقه الاسلامى
« دراسة مقارنة »

بقلم

دكتور / حمدى رجب عبد الغنى حسن
مدرس الفقه المقارن بالكلية

١٩٨٩م - ١٤٠٩هـ

obeikandi.com

نبذة عن صاحب البحث

الاسم / د . حمدى رجب عبد الغنى حسن .

تاريخ ومحل الميلاد ١٩٤٩/٥/٤م - زهرة القبالية - دمنهور
- بحيرة .

المؤهلات العلمية التى حصل عليها :

- الليسانس من كلية الدراسات الاسلامية والعربية
- جامعة الأزهر - بالقاهرة عام ١٩٧٤م بتقدير عام «جيد جدا»
وكان ترتيبه الاول على الدفعة .

- الماجستير - فى الفقه المقارن من كلية الشريعة
والقانون - جامعة الأزهر - بالقاهرة - عام ١٩٧٨م - بدرجة
« جيد جدا » وكان موضوع رسالته « لا جريمة الا بقانون
ولا عقوبة الا بنص » فى الفقه الاسلامى والقوانين الرضعية
- دراسة مقارنة .

- الدكتوراه - فى الفقه المقارن من كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة عام ١٩٨٦م بمرتبة الشرف الاولى - وكان
موضوع رسالته « نظام الاتهام وحق الفرد والمجتمع فى
الخصومة الجنائية » فى الفقه الاسلامى والقوانين الرضعية
دراسة مقارنة .

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم :

الحمد لله والصلوة والسلام على رسول الله ورضى الله عنه وعن اطمان قلبه الى قبول ما عرضه عليه من الهدى والاحكام فاتبع سنته وعمل بهديه الى يوم الدين .

« وبعد »

فقد كثرت في العصر الحديث حالات العدول عن الخطبة - بكسر الخاء - لأسباب متعددة تكاد لم تكن موجودة في العصور السابقة منها :

التسرع في اتمام الخطبة قبل استكمال البحث والتحرى عن الطرف الآخر ، وكثرة الغش والرياء في الزواج ، وتنوع مطالب كل من الخاطب والمخطوبة ، فلم يعد الخاطب يكفى بأن تكون المخطوبة ربة بيت ، وانما قد يريدها مثقفة ، لبقة متعاونة على نحو معين . الخ ، ولم تعد المخطوبة تكتفى بأن يكون الخاطب رب أسرة ، وانما قد تريده سخيا الى درجة معينة ، متحضرا بطريقة معينة . الخ ، كما أدى اختلاط الخاطب بالمخطوبة الى اكتشاف كل منهما بعض عيوب الآخر التي يرى معها العدول عن الخطبة (١) .

وقد كان اختياري للكتابة في هذا الموضوع بالذات - العدول عن خطبة النكاح وآثاره في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - لاهميته ، لانه يسترعى انتباه الجماهير الاسلامية استفقاء وتطبيقا .

واذا كان يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات يبين كل واحد من العاقدين مطالبه ورغباته ، فاذا

(١) وانظر : د . عبد الناصر العطار - خطبة النساء - ص ١٤١ -

تلاقت الرغبات أقدمًا على اتمامه ، فعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقديه ، لأنه يعقد على أساس النوام الى نهاية الحياة ولهذا كانت مقدماته لها خطره وشأنه ، وان الشريعة الاسلامية - كسائر الشرائع - لم تعن بمقدمات أى عقد من العقود مثله ، فقد عنيت بها وجعلت لها أحكاما خاصة . ومقدمات عقد الزواج هى ما يسمى فى لسان الشرع بالخطبة .

وإذا كانت الخطبة أمرا مباحا بل ومحببا اليه فهل اذا لم يحدث توافق أثناء الخطبة يكون العدول عنها حلالا ، أم أن الامر فيه غير ذلك ، وما الذى يترتب على العدول عن الخطبة فيما يقدم من الهدايا والمهر ، وهل الامر يمكن فيه تعويض بغض النظر عن الهدايا أم لا ؟ .

وسنتكلم فى هذا الموضوع :

تعريف الخطبة ومشروعيتها فى مطلب أول ، أما المطلب الثانى فسيكون فيمن تحرم خطبتهن ، وندناول فيه المحرمات من النساء بسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ، ثم جزء خطبة المحرمات ، ثم حكم الخطبة على الخطبة ، وما يترتب على ذلك ، ثم من له حق القبول أو الرد ؟

أما المطلب الثالث فسنحدث فيه عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج ، وفيه نتكلم عن الوعد بين الجواز والالزوم ، وهل ينزل القول بوجوب الوفاء بالوعد عند القائلين به على خطبة النكاح ، أم ان الوعد بالزواج له طبيعة خاصة ، ويكون العدول عن الخطبة جائزا حتى عند القائلين بوجوب الوفاء بالوعد ؟ .

أما المطلب الرابع فسنتكلم فيه عن آثار العدول عن الخطبة فى الهدايا .

ثم المطلب الخامس ونتكلم فيه عن آثار العدول عن الخطبة فى المهر .

وأخيرا نتكلم فى مطلب سادس عن التعويض عن نسخ
الخطبة .

وان اذن قد وفقت الى الصواب فمن الله وان تكن
الاخرى فمى وحسبى اذى بذلت جهدا كبيرا فى ذلك
الموضوع والكمال لله وحده .

« المطلب الاول »

فى تعريف الخطبة ومشروعيتها

تعريف الخطبة :

التعريف اللغوى :

- بكسر الخاء - فعلة كجلسة وقعدة وهى فعل الخاطب
من كلام وقصد واستنطاق بفعل وقول ، والخطب الرجل
الذى يخطب المرأة ، يقال خطب المرأة - أى طلبها للزواج -
يخطبها خطبا وخطبة فخر خاطب وخطيب وخطب ، ورجل
خطاب أى كثير التصرف فى الخطبة ، ويقال أيضا هى
خطيبة ومخطوبة وخطب . وخطب فلانه أى طلبها للزواج ،
وخطبها الى أهلها أى طلب منهم الزواج ، واختطب فلانا ،
دعاه الى تزوج امرأة .

وفى لسان العرب ، كان الرجل فى الجاهلية يأتى الحى
خاطبا فيقوم فى ناديبهم فيقول : خطب (بكسر الخاء) أى
جئت خاطبا ، فيقال له نكح (بكسر النون) أى انكحناك
اياها .

أما الخطبة (بضم الخاء) فهى ما يوعظ به من الكلام

• (١)

(١) وانظر : لسان العرب لابن منظور - ج ٣ - ص ٤٦٥ ، والقاموس
المحيط للفيروز آبادى - ط ١٣٠١ هـ بمصر ج ١ - ص ٦٢ و ٦٣ والمعجم
الوسيط ط ١٩٦٠ بمصر - ج ١ - ص ٢٤٢ . والجامع لاحكام القرآن
للإمام القرطبى طبعة دار الريان للتراث ج ٢/٩٩٧ .

ومما سبق يتضح ان المعنى اللغوى للخطبة (بكسر الخاء) هو طلب الرجل امرأة معينة للزواج بها .

أما معنى الخطبة فى الشريعة الاسلامية فانه لا يخرج عن معناها اللغوى ، فالخطبة فى الشريعة الاسلامية : هى طلب مخاطب الزواج بالمخطوبة ، سواء أكان تصريحاً أم تعريضاً .

أما التصريح بالخطبة فهو ان يكون بعبارة صريحة ، فى طلب التزوج بالمرأة واطهار الرغبة فى ذلك بحيث لا تحتمل العبارة غير ذلك ، كما اذا قال الخاطب ان يريد التزوج بها : أريد أن أتزوجك ، ومثل ذلك من العبارات التى تفيد الرغبة فى زواج الخاطب بالمخطوبة افادة صريحة .

أما التعريض بالخطبة :

فهو الكلام الذى يحتمل الرغبة فى الزواج وعدم الرغبة فيه ، أى يكون كلاماً محتملاً للأمريين معا ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : كثيرون يرغبون فى السزواج بك ، أو من يجد مثلك ؟ (٢) .

(٢) انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - ج٢ - ص ٢١٦ .
ومغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني - طبعة دار الفكر - ج٢ - ص ١٢٥ ، وحاشية سليمان البجيرمى على شرح الخطيب - ج٢ - ص ٢١٨ وحاشيتا قليوبى وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين - دار احياء الكتب العربية بمصر - ج٣ - ص ٢٠٧ ، والمغنى لابن قدامة ج٦ - ص ٦٠٤ ، ونيل الاوطار للشوكانى - ج٦ - ص ١٠٩ ، وسبل السلام للصنعانى - ج٢ - ص ١١٥ ، والجامع لاحكام القرآن للقرطبى طبعة دار الريان - ج٢ - ص ٩٩٧ ، والفقهاء على المذاهب الأربعة للجزيرى - ج٤ - ص ٨ ، وفتح البارى بشرح صحيح البخارى - لابن حجر العسقلانى - ج٩ - ص ٨٤ ، ٨٥ . ومفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير للامام محمد =

وسنتكم عن تجوز خطبتها تصريحاً ومن تجوز
خطبتها تعريضاً ومن لا تجوز خطبتها بعد ان نتكم عن
مشروعية الخطبة .

« مشروعية الخطبة »

الخطبة فى الشريعة الاسلامية مشروعة بالكتاب
والسنة والاجماع ، أما الكتاب : فقوله تعالى : « ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم
علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن
تقولوا قولاً معروفاً ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ
الكتاب أجله » (٣) .

وجه الاستدلال :

النهى صريح فى الآية عن الماعدة سرا مع المتوفى عنها
زوجها ، وفسر العلماء الماعدة هنا بأنها الجماع ، لانه مما
يسر به : أى لا يقول فى العدة أنى قادر على هذا العمل ،
ونفى الله الأثم عن التعريض بالخطبة للمعدة فثبت بهذا
الخص مشروعية التعريض بالخطبة .

أما السنة :

١ - فعن نافع عن ابن عمر عن النبى - صلى الله عليه
وسلم - أنه قال : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب

الرازى فخر الدين - ج ٢ - ص ٢٧٩ - الطبعة الاولى بالمطبعة العامرة -
١٣٠٨ هـ . وأسائدتنا د . محمد أبو زهرة - الاحوال الشخصية - طبعة
دار الفكر العسرى - ص ٢٨ . د . رافت عثمان - فقه النساء -
ص ١٢ - طبعة دار الاعتصام - وخطبة النساء - د . عبد الناصر العطار
- ص ٥ - مطبعة السعادة . ود . احمد الحصرى النكاح والقضايا المتعلقة
به ص ٢٤ - طبعة دار ابن ريدون - بيروت .

(٢) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة ، وأنظر القرطبى - الجامع

لاحكام القرآن - ج ٢ - ص ٧٩٧ .

على خطبة أخيه إلا ان ياذن له « حتى يذر ، وفى رواية حتى يندح أو يترك ، وفى ثالثه حتى يترك الخاطب قبله أو ياذن له الخاطب (٤) .

٢ - قوله - صلى الله عليه وسلم : « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع ان ينظر منها الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » . قال جابر روى الحديث « فخطبت جاريه فكنت اتخبها لها حتى رايت منها ما دعانى الى نكاحها فتزوجتها » ، رواه أحمد وأبو داود ورجال ثقات وصححه الحاكم (٥) .

٣ - وقوله - صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبه - وقد خطب امرأة : « أنظر اليها فانه أحرى ان يؤدم بينكما » رواه الخمسة إلا أبا داود (٦) .

وجه الاستدلال :

الحديث الأول : فيه نهى من الرسول - صلى الله عليه وسلم - للمسلمين يقضى باحترام حق الخاطب فيمن خطبها ، وبعدم الاعتداء على هذا الحق وفى ذلك تأكيد صريح من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن الخطبة مشروعة وأنها تباح لصاحبها ما دام صادقاً فيها وعازماً

(٤) رواه البخارى ومسلم وأحمد والنسائى وانظر صحيح مسلم بشرح النووي - ج ٩ - ص ١٩٩ ، وسبل السلام - ج ٣ - ص ١١٣ ، ونيل الاوطار للشوكانى - ج ٦ - ص ١٠٧ .

(٥) فتح القدير - ج ٥ - ص ٤٥٢ وهناك أحاديث كثيرة وردت غيره بالفاظ متقاربة . وانظر نيل الاوطار للشوكانى - ج ٦ - ص ١١٠ ، وسبل السلام - ج ٣ - ص ١١٣ . وفى صحيح مسلم - ج ٩ - ص ٢١٠ عن أبى هريرة أن رجلاً أخبره انه تزوج امرأة من الانصار فقال له - ﷺ : أنظرت اليها قال : لا ، قال فانهب فانظر اليها فان فى عين الانصار شيئاً .

(٦) نيل الاوطار للشوكانى - ج ٦ - ص ١٠٩ ، ١١٠ ، وسبل السلام للصنعانى - ج ٣ - ص ٣١٣ .

حفا يجب على الناس عدم الاعتداء عليه ، فهو كانت الخطبة غير مشروعة لما سحقت الرسول عن النهي عنها ، وما امر الناس باحترامها وعدم الاعتداء عليها محذراً ان يخاطب رجل على خطبه رجل سابق عيه الا باذن من الخاطب الاول .

واما الحديث الثامى : فالرسول يبين نيه ان الخطبة مشروعة وانها تباح لصاحبها ما دام صادقاً فيها وعازماً ان تكون وسيله للنكاح مشروع ، وابان المصطفى صلوات الله وسلامه عليه ان الخطبة بجيز لصاحبها ان ينظر الى ما يرغبه فى مخطوبته لكى يتم نكاحها ، والجزء الثانى فى الحديث ، الخاص بما فعله جابر راوى الحديث يفيد ان الخطبة تبيح للخاطب ان ينظر الى مخطوبته بدون اذنها فى ذلك ، وأنه قام بهذا العمل فنظر الى مخطوبته نظرة فاحصه كان من نتيجتها انه تزوجها .

والحيث الثالث يؤكد ، بصفة عامة ، اقرار الرسول - صلوات الله وسلامه عليه - للخطبة وانها عمل مشروع ، فقد خطب المغيرة بن شعبه امرأة ، وعلم الرسول - صلى الله عليه وسلم - بهذا الخبر ، فلم ينكر عليه ، بل اقره وطلب منه ان ينظر من مخطوبته ما يقوى رابطة الالفه بينهما (٧) ، فدل ذلك على مشروعية الخطبة ، اذ لا يقرر الرسول - صلى الله عليه وسلم - أمراً منكراً ، ولا يسكت عليه (٨) .

(٧) انظر المراجع السابقة .

(٨) وقد اختلف الفقهاء فى حكم خطبة النكاح : فيرى جمهور الفقهاء . انها مباحة فى الاصل وقد تحرم كخطبة المحرمات وقد تكره كخطبة المحرم فى الحج والعمرة ، ويرى بعض الشافعية انها مستحبة ، ويرى بعض آخر من الشافعية أيضاً انها تأخذ حكم الزواج لانها تابعة له . فان كان مباحاً كانت مباحة وان كان مكروهاً كانت مكروهة

هذا ، ولما كان البحث ينصب على خطبة تمت على الوجه الشرعى ثم حدث عدول عنها ثم النظر فيما يترتب على العدول فيما يختص بالهدايا والمهر فيجدر أن نشير فيما يأتى الى مالا تجوز خطبتهن من النساء وذلك فى المطلب الآتى :

« المطلب الثانى »

من تحرم خطبتهن

اشترط الفقهاء لباحة الخطبة أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل بسبب القرابة أو الرضاع أو المصاهرة (٩) .

=

وان كان مندوبا كانت مندوبة وهكذا ، وانظر المغنى والشرح الكبير - ج ٧ - ص ٣٦٨ و ٣٦٩ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ٢ ، واحياء علوم الدين للغزالي - ج ٢ - ص ٢٢٨ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ - ص ١٣٥ ، والبجيرى للخطيب على الشربيني - ج ٢ - ص ٣٤٥ ، وحاشية الدسوقى - ج ٢ - ص ٢١٦ ، وحاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ١٢ ود . عبد الناصر العطار مشار اليه سابقا - ص ١٤ . ويبدو رجحان القول بانها مباحة لانه لم يرد نص يدل على انها غير ذلك . وانظر المراجع السابقة .

(٩) يقول الله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف أن الله كان عفورا رحيفا » الآية ٢٢ من سورة النساء .

وفى صحيح مسلم بشرح النووى - ج ٩ - ص ١٩٢ - قوله **يُنْتَهَى** . « ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، فتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بهذا النص النبوى فى الحديث المذكور . أما بالنسبة للتحريم بسبب الرضاع فقد روى الشيخان : البخارى ومسلم قول النبى - **يُنْتَهَى** . « يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم »

=

وكذلك لا يجوز للإسلام أن يتزوج ممن لا تحين
بالإسلام (١٠) ، إلا أن تكون كتابية مسيحية أو يهودية
(١١) .

—

وفى لفظ من النسب - متفق عليه - وأنظر صحيح مسلم - ج ١٠ -
ص ٢١ وما بعدها . ونيل الاوطار للشوكاني - ج ٦ - ص ٢١٧ .
وهذا الحديث يعتبر قاعدة أساسية ومبدأ عام فيما يحرم نكاحه بسبب
الرضاع وان كان هناك بعض الفقهاء له وجهة نظر فى التخرىج فى
بعض الصور كمسألة « لبن الفحل » وهى أن يكون للرجل امرأتان
فترضع هذه طفلة والآخرى ترضع طفلا وهنا يجوز أن تتزوج الطفلة
بالطفل ، لان كلا منهما رضع من امرأة ولم يجتمعا على ثدى واحد
كما يرى هذا البعض كسعيد بن المسيب والنخعى لكن الجمهور على
تحريم زواجهما وهو الراجح لان الرجل الذى كان منه الحمل أساسا
فى المرأتين - اللقاح واحد - فكان بين الطفل والطفلة علاقة أخوة
بسبب اللقاح وهذا أجمال فى ذلك الموضوع دون تفصيل ، اذ ليس
مقصود بحثه هنا ، وأنظر صحيح مسلم نفس المرجع ، والمغنى لابن قدامة
- ج ٧ - ص ٥٤٤ ، وبداية المجتهد لابن رشد - ج ٢ - ص ٣٤
وما بعدها ، ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ١٧٧ ، ومغنى المحتاج
- ج ٣ - ص ١٧٨ ، ٤١٩ ، الاستاذ محمد أبو زهرة مشار إليه
سابقا - ص ٨٢ . وبدائع الضائع ج ٢/٤ .

(١٠) يقول الله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولامة
مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا
ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم » - الآية ٢٢١ من سورة البقرة
وان كان يرى البعض خطبة بعض الطوائف منهن كالمجوس ويذكر تعليلا
لذلك ولكنه ضعيف بما يمكن أن يسمى كونه خلافا لا يذكر ولا يتسع
المقام لبسطه . وأنظر المغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٥٨٠ وما بعدها .
(١١) يقول الله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين
أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات
والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا أتيتموهن أجورهن
محصنين غير ءسافحين ولا متخذى أخدان » الآية ٥ من سورة
المائدة .

أما المرأة المسلمة فلا يجوز أن تتزوج بغير المسلم ، وكذلك هناك ما كان تحريمه بسبب حق الغير على المرأة ، فيحرم على الرجل أن يتزوج بزوجة غيره ومن في حكم ذلك (١٢) ، كالمعتدة على خلاف بين الفقهاء في جواز الخطبة في بعض أنواع المعتدات .

كما نهى الاسلام عن الخطبة على الخطبة ، وسنتكم عن النقطتين الاخيرتين بشئ من التفصيل على التوالي : -

أنواع المعتدات وحكم خطبة كل منها :

المعتدات ثلاثة أنواع :

١ - النوع الاول : المعتدة من وفاة ، أو من طلاق لثالث مرة ، أو من فسخ الزواج لتحريمها على زوجها ، كالفسخ بعد أن تبين أن الزوجين أخوان من الرضاع ، وما ماثل ، مما لا تحل بعده لزوجها ، كالفسخ بعد اللعان .

وهذا النوع لا يجوز التصريح فيه للمرأة بالخطبة باتفاق العلماء ، وأما التعريض بالخطبة فقد اختلف الفقهاء فيه :

اذ يرى الحنفية أنه يجوز خطبة المعتدة من وفاة فقط بطريق التعريض وأما خطبة غيرها بطريق التعريض فلا يجوز ، مستدلين بأن القرآن الكريم قد بين أنه يجوز أن تخطب المعتدة من وفاة بطريق التعريض .

فقد قال الله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » وسياق الآية الكريمة يدل على أن النساء

(١٢) وانظر المجيرمي في حاشيته - ج٢ - ص ٢٤٥ ، ومغنى

المحتاج - ج٢ - ص ١٢٠ ، وحاشيتا قليوبى وعميرة - ج٢ -

ص ٢١٢ ، والمغنى لابن قدامه - ج٦ - ص ٥٩١ - وبدائع الصنائع

للكاساني - ج٢ - ص ١٤١٠ ، ود عبد الناصر العطار - ص ١٩ -

المرجع السابق .

هنا هي اللاتى توفى عنهن أزواجهن لان الآية التى قبل هذه الآية تتكلم عن الزوجات اللاتى توفى أزواجهن فتوضح أنه يجب عليهن الانتظار مدة اربعة أشهر وعشرة أيام قبل أن يتزوجن ، ثم بعد ذلك جاءت الآية التى معنا الآن . والتى تفيد التعريف بالخطبة ، فتبين من السياق أن - المراد التعريض بخطبة المرأة المعتدة من وفاة ، ولما كانت الآية قد قصرت الجواز على التعريض فقط ، فقد عرفنا من ذلك أن - التصريح بالخطبة لا يجوز والا لما اقتضت الآية على بيان جواز التعريض .

ولما كان الاصل هو تحريم الخطبة مطلقا للمعتدة سواء أكانت بطريق التصريح أم بطريق التعريض ، ولم يبح القرآن الا التعريض بخطبة المتوفى عنها زوجها ، فقد تبين من هذا ان الجواز مقصور على التعريض بخطبة المتوفى عنها زوجها وما عداها داخل تحت الحكم الاصلى وهو التحريم (١٣) .

هذا هو رأى الحنفية ، وأما جمهور العلماء فيرون ان جواز التعريض بالخطبة ليس قاصرا على خطبة المعتدة من وفاة ، بل التعريض بالخطبة يجوز أيضا للمعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

وقد استندوا فى هذا الى الكتاب الكريم والى السنة النبوية .

أما الكتاب الكريم فقول الله تبارك وتعالى « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » وهى الآية التى

(١٣) وأنظر نيل الاوطار للشوكانى - ج٦ - ص ١٠٨، ١٠٩ ، والمغنى لابن قدامه - ج٦ - ص ٦٠٨ - ٦٠٩ ، والبجيرمى على الخطيب - ج٢ - ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، وحاشيتا قليوبى وعميرة على جلال الدين المحلى - ج٢ - ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، وبدائع الصنائع للكاسانى - ج٢ - ص ١٤١٠ ، وأستاذنا د. رأفت عثمان ص ١٠ وما بعدها - مشار اليه سابقا .

استدل بها الحنفية ايضاً . الا ان الحنفية قد فسروا جواز التعريض باحضبه على المعتد من وفاة ، وجمهور العلماء انحفوا المعتد من طلاق بائن بينونه كبرى بالمعتد من وفاة لان كلا منهما ليس بزوجه سبب الى الرجوع اليها الان ، فالمعتد من وفاة لن يرجع اليها زوجها ابداً ، والمعتد من طلاق بائن بينونه كبرى لا يجوز زوجها ان يرجع اليها الا بعد ان يتزوج غيره ، ويطلقها ذلك الغير ، وتنتهي عدتها . فليس لزوجه الان فيها مطمع .

وأما السنة : فما روته فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثاً فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم : « اذا حللت فاذنيني (أى اذا انتهت عدتك فاءلميني) فاذنته ، فخطبها معاوية وأبو جهم ، واسامة بن زيد ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ، فقانت بيدها ، هكذا أسامة أسامة ، فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم : طاعة الله وطاعة رسوله ، قالت فاطمة : فتزوجته فاغتبطت ، أى حسن حالى معه .

وقد روى هذا الحديث بلفظ : « لا تفوتينا بنفسك » وكل هذا تعريض بخطبتها فى عدتها (١٤) .

أما النوع الثانى : وهو المعتد من طلاق رجعى :

وهذه تحرم خطبتها باتفاق الفقهاء سواء أكانت بطريق التصريح أو بطريق التعريض ، لان المطلقة رجعيًا زوجيتها

(١٤) انظر المراجع السابقة وشرح النووى - ج٩ - ص ١٩٨ .
وفتح البارى - ج٩ - ص ٨٥ . ويلاحظ أن بعض العلماء يرى أن الخطبة بطريق التعريض للبائن بينونة كبرى جائزة ولكنها مكروهة ،
الفخر الرازى - ج٢ - ص ٤٠٠ ، فتحصل من ذلك فى البائن بينونة كبرى ثلاثة آراء وأنظر المراجع السابقة وحاشية الدسوقى - ج٢ - ص ٢١٧ ، ود . عبد الناصر العطاس - ص ٢٠ مشار اليه سابقاً .

غائمة وحقوق الزوج عليها ثابتة ما دامت هي العدة فله مراجعتها في أي وقت شاء فخطبتها كخطبة الزوج تماما (١٥) فتكون حراما من كل الوجوه (١٦) .

(١٥) ومن باب أولى المتزوجة غير المطلقة ، وانظر حاشيتنا قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المصلى - ج ٢ - ص ٢١٢ ، والمغنى الشيخ محمد ابو زهرة - مشار اليه سابقا - ص ٢١ ، والمغنى لابن قدامه - ج ٦ - ص ٦٠٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٢١٨ ، والقرطبي - ج ٢ - ص ٩٩٨ ، وتفسير الرازى - ج ٢ - ص ٢٨٥ ، وبدائع الصنائع للكاسانى - ج ٢ - ص ١٤١٠ .

(١٦) ويلاحظ انه بالنسبة للزانية فان الفقهاء اختلفوا في الزواج منها فيرى الجمهور ومنهم الفقهاء الاربعة جواز الزواج منها وان كان خلاف الاولى عندهم . ويرى بعض الفقهاء تحريم الزواج من الزانية ومنهم على بن ابي طالب وعائشة وابن مسعود ، وبناء على الراى الثانى فان خطبتها تكون حراما اما من يرى جواز الزواج بالزانية وهم الجمهور تعتددهم ان من اراد الزواج بها فهو جائز وبالتالي يجوز ان تسبقها الخطبة له منها وله ايضا ان يعقد عليها ويدخل بها ان كان هو الذى زنى بها حتى ولو كانت حاملا لان حملها منه اما ان كان الذى يريد الزواج منها غير من زنى بها . وهى غير حامل فانه يجوز عقد الزواج عليها عند هؤلاء الفقهاء والدخول بها ومن باب أولى خطبتها لانه لا عدة لها ، ذلك لانه وطء من زنى فيجوز العقد عليها ، كما يرى الفقهاء وكذلك الدخول بها ان لم تكن حاملا وان كان كره محمد صاحب ابي حنيفة الدخول بها قبل استبراء رحمها لجواز ان تكون حاملا .

اما اذا كانت حاملا ثبت حملها فقال ابو حنيفة والشافعى ومحمد انه يجوز العقد عليها ولكن لا يدخل بها الا بعد الوضع وجواز العقد لأنها حلال ولا نص ولا قياس على نص يمنع الحل ويثبت التحريم ، واما عدم الدخول بها فلما رواه الترمذى ان رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقى ماؤه زرع غيره » .

وقال مالك واحمد وأبو يوسف وزفر لا يصح العقد على الزانية الحامل لحق الحمل ان لا جنابة منه ولانه باتفاق الفقهاء لا يحل الدخول بها . والدخول حكم ملازم للعقد ، واذا منع الدخول منع العقد ،

وأما النوع الثالث : وهو المعتدة البائن التي يجوز
لزوجها أن يتزوجها فاما أن يكون مريد خطبتها هو زوجها
أولا .

فاذا كان مريد خطبتها زوجها فانه يجوز له خطبتها ،
سواء أكان ذلك بطريق التعريض أم بطريق التصريح ، وذلك
لأنه يباح له أن يتزوجها قبل أن تنتهي عدتها ، فهي بالنسبة
اليه كغير المعتدة .

وأما غير زوجها ، فقد اختلف العلماء فيه ، هل يجوز
أن يعرض لها بالخطبة أولا ؟

على رأيين :

الرأى الاول :

أنه يجوز لغير الزوج أن يعرض بخطبتها ، وهذا
الرأى يراه المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنفية .

ان منع اللازم منع للملزم فلا يحل للعقد حتى تضع وهذا الرأى الأخير
هو الراجح فى نظرنا بالنسبة للعقد سدا للزرائع ولحق الحمل
أما عن خطبتها فانها تجوز فى نظرنا فى هذه الحالة . وذلك يتفق
مع قول المجيزين للعقد عليها دون الدخول بها أما عن الفريق الثانى
الذى لا يرى صحة العقد عليها لان الدخول حكم لازم للعقد وهو
لا يجوز فان الأمر يختلف فى الخطبة لان العقد ليس أمرا لازما
للخطبة ان أنه قد يجوز الرجوع فى الخطبة وأيضا قد يوجد العقد بدون
خطبة .

وانظر أحكام القرآن للجصاص - ج ٣ - ص ٢٦٤، ٢٦٥ .
والقرطبى - ج ٧ - ص ٤٥٥٩ وما بعدها ، وبداية المهتد
- ج ٢ - ص ٢٩ ، ٤٠ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ - ص ١٣٥ ، ١٧٨
وحاشية الدسوقي - ج ٢ - ص ٢٢٠ والاستاذ محمد أبو زهرة - مشار
اليه - ص ١١٠ .

الرأى الثانى :

أنه لا يجوز لغير الزوج أن يعرض بخطبتها وهو لبعض الشافعية وجمهور الحنفية .

وقد استند الرأى الاول الى أمرين :

الأمر الاول : عموم الآية الكريمة التى أفادت رفع الجناح أى رفع الاثم عن التعريض بخطبة النساء .

الأمر الثانى : أن الزوج قد أنقضت سلطته عليها ، بالطلاق البائن قد قطع الزوجية .

وأما الرأى الثانى فقد استند الى ان الزوج لا زال يملك أن - يستبيحها بعقد جديد ، وما دام يملك استباحتها فهى من هذه الناحية تشبه المطلقة الرجعية .

وفى المذهب الحنبلى رأيان :

رأى كالاول ، ورأى كالثانى .

أما الظاهرية : فلا يحلون التصريح بخطبة امرأة فى عدتها ، ويجيزون التعريض لها بما تفهم منه الرغبة فى نكاحها ، وقد سوا فى الحكم المذكور بين المعتدات جميعا (١٧) .

وإذا كان ذلك هو حكم خطبة الرجل للمرأة فان العلماء بينوا أنه فى الحالات التى يجوز خطبة الرجل فيها ، يجوز

(١٧) المغنى لابن قدامه - ج٦ - ص ٦٠٩ ، والخرشى على مختصر خليل - ج ٣ - ص ٥٢٤ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم القزى - ج ٢ - ص ١٧٩ ، وحاشيتا قليوبى وعميره على شرح المحلى - ج ٢ - ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، وبدائع الصنائع للكاسانى - ج ٢ - ص ١٤١٠ ، والمحلى لابن حزم - ج ٩ - ص ٤٧٨ - ٤٨١ - طبعة دار التراث - بالقاهرة ، ود . رأفت عثمان مشار اليه - ص ١٧ . ود . أحمد الحصرى - ص ٤٥ - مشار اليه سابقا .

لها أو لوليها أن تجيبه ، وإن كانت فى حالة لا يجوز خطبة الرجل لها فيها فأجابتها كذلك منهى عنها (١٨) .

أما الشيب أن كانت فى حالة يجوز التصريح فيها بخطبتها فأجابتها أعنى قبولها الخطبة تكون حلالا ، وأن كانت فى حالة يجوز التعريض فيها لا التصريح فتكون الإجابة بالتعريض أيضا دون التصريح .

أما ان كانت فى حالة لا يجوز التصريح فيها أو التعريض فيها أيضا بالخطبة فأجابتها حينئذ بالتصريح أو التعريض تكون حراما (١٩) .

جزاء خطبة المحرمات :

إذا خطب شخص امرأة محرمة عليه كان آثما ديانة وكانت خطبته باطلة ، وتعتبر كأن لم تكن ، وبالتالي يجوز لغيره أن يخطب المرأة دون أن يعتبر معتديا عليه (٢٠) .

وإذا خطب شخص معتدة من وفاة أو معتدة من طلاق مكمل للثلاث تصريحاً لا تعريضاً أثم ديانة لان التصريح بخطبة هذه المعتدة أو تلك منهى عنه شرعا ، والنهى هنا يقتضى التحريم وفساد الخطبة ومع ذلك إذا صرح شخص بخطبة معتدة من وفاة أثناء عدتها ثم عقد الزواج عليها بعد انقضاء العدة ، صح هذا الزواج طالما استوفى شروط

(١٨) لكن يلاحظ أنه فى حالة ما إذا كانت المرأة هى الخاطبة

- وهو جائز - فإن الأمر يختلف قليلا بالنسبة للمرأة كما سنبين .

(١٩) وقد مثل العلماء لجواب المرأة تعريضا بأن تقول للرجل

مثلا : أنت لا ترغب عنك . وانظر المراجع السابقة ، والقرطبي - ج ٢ -

ص ٩٩٦ وما بعدها .

(٢٠) وبدعى أن الزواج بامرأة محرمة باطل . وانظر المغنى لابن

قدامة - ج ٦ - ص ٥٨١ ، ٥٨٢ ، والقرطبي - ج ٣ - ص ٩٩٧ ،

رمواهب الجليل - ج ٢ - ص ٤١٣ ، والرازي - ج ٢ - ص ٤٠٠ ، وشرح

المحلى على المنهاج - ج ٣ - ص ٢١٣ .

صحته ، ففساد الخطبة لا أثر له على الزواج لان الخطبة لا تعد من أركان الزواج ولا من شروط صحته (٢١) ، أما اذا عقد الخاطب الزواج على هذه المعتدة أثناء عدتها ، فعقد زواجه بها لا يصح باجماع العلماء ، ويفسخ الحاكم هذا الزواج ويفرق بين الزوجين (٢٢) .

هذا ، وبعد أن تكلمنا عن تحريم خطبتين بسبب القرابة أو الرضاع أو المصاهرة ، فسنتكلم عن المخطوبة للغير فيما يأتى : -

« المخطوبة للغير »

قد يلابس الخطبة ما يجعلها ممنوعة ، وذلك اذا خطب الرجل امرأة سبق اليها غيره وخطبها فان ذلك منهى عنه الاحاديث الواردة فى ذلك ، ومنها :

ما رواه البخارى فى صحيحه عن ابن عمر - رضى الله تعالى عنهما - كان يقول : « نهى النبى - صلى الله عليه وسلم - أن يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب » (٢٣) .

(٢١) وفى رواية عند المالكية يجب فسخ هذا الزواج لأنه منى على خطبة فاسدة ، وفى رواية أخرى يستحب هذا الفسخ ولو دخل الرجل بزوجته ، رسواهب الجليل - ج٣ - ص ٤١٢ ، والقرطبي - ج٣ - ص ٩٩٧ ، والمحلى - ج٩ - ص ٤٧٨ ، وابن كثير - ج١ - ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ود . عبد الناصر العطار - مشار اليه سابقا - ص ٣٠ .

(٢٢) وقد اختلف العلماء حول ما اذا كان يحل لمن فسخ زواجه فى مثل هذه الحالة أن يتزوج بالمرأة من جديد وهذه الحالة تبحث فى الزواج .

(٢٣) انظر صحيح البخارى مطبوع مع فتح البارى لابن حجر

.. ج٩ - ص ١٠٥ - دار الريان للتراث بالقاهرة .

وروى الامام مسلم فى صحيحه عن ابن عمر عن النبى
- صلى الله عليه وسلم قال « لا يبيع الرجل على بيع اخيه
ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له » .

وفى صحيح مسلم أيضا عن ابى هريرة ان النبى
- صلى الله عليه وسلم « نهى أن يبيع حاضر لباد او
يتناجسوا او يخطب الرجل على خطبه اخيه او يبيع على
بيع اخيه ولا تسأل المرأة طلاق اختها لتكتفىء ما فى
اناتها ٠٠٠ » (٢٤) .

وكما هو ظاهر فان الاحاديث النبوية تحرم خطبة
الرجل على خطبة اخيه ، وكما ذكرنا فان الخطبة هى طلب
الرجل التزوج من المرأة (٢٥) ، واذا ما قبل طلبه فتكون له عليه

(٢٤) صحيح مسلم مع شرح النووى - ج٦ - ص ١٩٧ ، ١٩٨
- دار الريان للتراث - بالقاهرة ١٩٨٧م ولا يفوتنا ان نشير الى : ان
المرأة اذا خطبت رجلا وهو جائز فى الفقه الاسلامى فان اجابها
الرجل المخطوب فحينئذ ننظر . فاما ان تكون الخاطبة الاولى مكملة
للمعد أى هى الرابعة أو كان الرجل لا يريد الزواج الا بواحدة فقط
أو لم يكن هذا ولا ذاك ففي الحالة الاولى والحالة الثانية يكون تقدم
امراة اخرى لخطبة هذا الرجل حرام وان كان فى الحالة الاولى البعض
يرى أنها مكروهة ان كان عاما على طلاق احدى زوجاته وليس حراما
ولكنه ضعيف . أم فى الحالة الثالثة بأن تكون ليست مكملة للمعد
الشرعى وليس الرجل أيضا مريدا للاقتصار على زوجة واحدة فان
خطبته امراة أخرى على خطبة الاولى فانها تكون غير محرمة . وانظر
فتح البارى - ج٩ - ص ١٠٦ ، ونهاية المحتاج - ج٥ - ص ١٥٧
ومغنى المحتاج - ج٣ - ص ١٣٧ ، وصحيح مسلم بشرح النووى - ج٩ -
ص ١٩٢ ، والبجيرمى فى حاشيته على شرح الخطيب - ج٣ - ص ٣٤٥ ،
وقليوبى وعميره - ج٣ - ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، والمغنى لابن قدامه ج٦
ص ٥٩١ ، وبدائع الصنائع - ج٣ - ص ١٤١٠ .

(٢٥) وقد يكون الطلب من المرأة للرجل كما ذكرنا .

(م ١٣ قواعد الصرف)

قد تمت ، لكن أولا : من المعول عليه فى القبول أو الرد ،
المرأة أو وليها أو هما معا ؟

وثانيا : ما الحکم لو كان هناك تردد أو رفض من
الخطيبة أو وليها بعد اجابتها فذل تجوز الخطبة على الخطب
ام لا ؟ وهذا ما سنتكلم عنه على التوالى :

من له حق القبول أو الرد ؟

يرى جمهور الفقهاء أنه يلزم فى البكر العاقلة البالغة
مع رضاها رضا وليها ، أما الأحناف والظاهرية : فانه
يكتفى برضاها (٢٦) .

أما اذا كانت المرأة لا يصح اجبارها على الزواج بأن
كانت ثيبا بالغة فهى التى تعتبر أجابتها للخاطب أو ردها
لها لأنها أحق بنفسها من وليها .

أما الثيب الصغيرة فعند الشافعية والحنابلة لا يجوز
اجبارها ، ويرى المالكية والحنفية أنه يجوز لابيها
تزويجها (٢٧) .

أما البكر الصغيرة فقد ذهب جمهور الفقهاء الى أن
البكر الصغيرة التى لم تبلغ لوليها أن يجبرها على النكاح

(٢٦) وتسمى عند الجمهور ولاية أيبان وعند الأحناف ولاية
استحباب ، وانظر البحر الرائق - ج ٣ - ص ١١٧ ، ١١٨ ، وشرح
فتح القدير - ج ٢ - ص ١٥٧ ، والمدونة - ج ٢ - ص ١٤١ ،
والمغنى - ج ٦ - ص ٤٨٩ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ - ص ١٤٩ ،
ونيل الاوطار - ج ٦ - ص ١٢٣ ، والمصلى لابن حزم - ج ١١ -
ص ٣٦ .

(٢٧) وزاد الحنفية الجد وغيره من الاولياء ، والبحر الرائق
- ج ٣ - ص ١٢٢ ، وحاشية ابن عابدين - ج ٣ - ص ٩٦ ،
والمجموع للنووى - ج ١٦ - ص ١١٦ ، والمغنى لابن قدامه - ج ٦ -
ص ٤٩٢ .

بشرط أن يكون كفتاً لها (٢٨) .

هذا ، ويلحق بالصغيرة الصغیر فجمهور الفقهاء متفقون على جواز جبر التصغير على النكاح (٢٩) .

وذهب الظاهرية إلى أن الصغیر لا تثبت عليه ولاية الإيجاب بل ينتظر به حتى بلوغه فإن أجبر فالعقد مفسوخ أبداً (٣٠)

(٢٨) وذهب ابن شبرمة وأبو بكر الاصم وعثمان البتي إلى أنه لا تجبر الصغيرة على النكاح حتى تبلغ وتأن في تزويجها إلا أن تكون مجنونة أو معتوهة . المصلى - ج ١١ ص ٢٦ ، وأبو زهرة - مشار إليه سابقاً - ص ١٢٤ . والمجموع - ج ١٦ - ص ١٧٠ ، والمغنى - ج ٦ - ص ٤٨٧ ، والمدونة - ج ٢ - ص ١٤٠ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ - ص ١٤٩ ، والبحر الرائق - ج ٢ - ص ١٢٦ .

(٢٩) وإن كان المالكية يقيدون ذلك بشرط أن يكون للصغير مصلحة ، وقالت الشافعية لا يجبره غير الأب . وزاد الحنابلة أو وصيه . وانظر شرح فتح القدير - ج ٢ - ص ١٧٤ ، والفقهاء على المذاهب الأربعة للجزيري - ج ٢ - ص ٢٧ ، وحاشية النسوفى - ج ٢ - ص ١٢٢ ، والمجموع - ج ١٦ - ص ١٧١ ، ١٧٢ ، والأم - ج ٥ - ص ١٨ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٦ ص ٤٩٥ .

(٣٠) ويلحق الحكم في المجنون والمجنونة في مجمله بالحكم في الصغيرة وهو الراجح فقها وإن كان هناك تفضيل لا يتسع المقام لبسطه . وانظر المراجع السابقة .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تقدم رجل يريد الزواج من المرأة ووافقت على الزواج به ولكن الولي رفض ذلك مع تحقق الكفاءة في الرجل واستعداده لدفع مهر مثلها فليس من حقه المنع ، أما إن كان من غير كفاءة لها فإن لوليها الحق في الامتناع عن تزويجها وقد اختلف العلماء فيما إذا عضل الولي هل تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد كما إذا كن الذي عضل - أي منع بدون وجه حق - شقيق المرأة فهل تنتقل إلى الأخ لأب أو الحاكم والاولى أنها تنتقل إلى الحاكم إذا عضل الولي الأقرب . وانظر المراجع السابقة والفتاوى =

وإذا كان ذلك هو الحكم فى الزواج ففى الخطبة أولى ،
ومن هنا فتعتبر الخطبة قد قبلت إذا ظهر رضا المخطوبة أو
وليها أو رضاهما معا حسب التفصيل السابق بيانه .

ويلاحظ انه قد تكون الموافقة جادة وقد يكون هناك
رفض وقد تكون ثمة حالة ثالثة فيها تردد بين القبول
والرفض فما الحكم فى ذلك وهذا ما سنتكلم عنه فيما ياتى :

أحوال الخاطب السابق : تختلف الى ثلاثة أقسام :

الحالة الاولى :

أن تتلقى خطبته بالقبول ، وفى هذه الحال قد اتفق
على أنه لا يجوز لخطب آخر أن يتقدم للخطبة ، لان ذلك
اعتداء صريح على حق الاول بشرط أن تكون الخطبة السابقة
جائزة شرعا والا فلا عبرة بها .

الحالة الثانية :

إذا رفضت خطبة الخاطب الاول ، فقد اتفق على جواز
ان يتقدم آخر لخطبتها لان الاول لم يثبت له شىء ، ولا يحل
له أن يغضب من تقدم الثانى ، وأن غضب لا يؤبه لغضبه .
والا ما تقدم أحد قط لخطبة من تخطب وترفض خطبة
خطبها (٣١) .

=

الكبرى لابن تيمية - ج ٤ - ص ٧٣ ، وحاشية الدسوقي - ج ٢ -
ص ٢٣٢ ، وبداية المجتهد - ج ٢ - ص ١٥ ، ومغنى المحتاج - ج ٢ -
ص ١٥٧ .

(٣١) فتح البارى - ج ٩ - ص ١٠٨ ، ١٠٩ ، وحاشية ابن عابدين
- ج ٢ - ص ١٥٧ ، والخرشى على مختصر خليل - ج ٣ - ص ١٩٥
وكشاف القناع - ج ٣ - ص ١٠ ، والمغنى والشرح الكبير - ج ٧ -
ص ٣٦١ - ٣٦٤ ، والنووى على صحيح مسلم - ج ٩ - ص ١٩٧ .

=

الحالة الثالثة :

التردد بين القبول والرفض :

ذهب جمهور الفقهاء الى جواز الخطبة على الخطبة فيها
مستقلين بحديث فاطمة بنت قيس (٣٢) .

ويرى بعض الفقهاء (٣٣) أنه في حالة التردد بين قبول
الخطبة ورفضها لا يجوز للانسان أن يخطب على خطبة
أخيه في حالة التردد بين قبول الخطبة ورفضها لان أحاديث
النهى عن الخطبة على الخطبة قد وردت مطلقة غير مقيدة
لتمام قبول الخطبة السابقة ، ويبدو رجحان رأى الجمهور
لان مصلحة المرأة تقتضى العمل به طالما أنها مترددة بين
القبول والرفض وهى الطرف الأضعف . هذا ويرى بعض
الفقهاء أنه في حالة عدم التردد ليس للانسان أن يخطب على
خطبة أخيه الا خطبة الصالح على خطبة الفاسق اذا كانت
المخطوبة سالحة (٣٤) .

وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز - ج ٢ ص ٢١٧ .
والأم - ج ٥ - ص ١٤٥ ، وتفسير الفخر الرازى - ج ٢ - ص ٢٧٩
وما بعدها .

(٣٢) وهو انه قد توفي زوجها فقال لها رسول الله - ﷺ :
« اذا حلت فأذنينى » أى اذا انقضت عدتك فخذى رأى قاتته بعد
انقضاء عدتها واخبرته أن معاوية خطبها . كما خطبها أبو جهم ،
فاشار عليها الرسول - ﷺ . بالزواج من أسامة بن زيد فتزوجته .
وانظر المراجع السابقة . ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ١٥٨ ، وسبقت
الاشارة الى تلك القصة .

(٣٣) الظاهرية ، انظر المحلى - ج ١٠ - ص ٣٣ .

(٣٤) ابن القاسم المائكى وهو الظاهر فى المذهب الظاهرى
على أساس ان الدين النصيحة وأن الصالح أولى للمخطوبة من الفاسق .
وانظر مواهب الجليل - ج ٣ - ص ٤١٤ ، وحاشية الدسوقي - ج ٢ -
ص ٢١٧ . والمحلى لابن حرم - ج ١٠ - ص ٣٣ .

ويلاحظ أنه إذا أذن الخاطب الأول دون أكرام لمن يريد أن يخطب على خطبته جازت خطبة الثاني ، وهذا محل اتفاق (٣٥) .

(٣٥) وانظر المراجع السابقة وصحيح مسلم بشرح النووي - ج ٩ - ص ١٩٧ وفتح الباري - ج ٩ - ص ١٠٦ ، ١٠٧ . وكذلك إذا ارتد الخاطب الأول وزاد الشافعية سفر الخاطب الأول سفرا بعيدا وقطع مراسلته لمخطوبته وأيضا حينما تشهد قرائن الاحوال بعود الخاطب الأول عن خطبته كأن يتزوج بمن يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة أو يعقد على أربع من خمس خطبهن معا أو مرتبا أولا يعلن خطبته مما أدى الى جهل الخاطب الثاني بالخطبة الاولى ، أو ان تكون خطبة الاولى محرمة كأن خطب في عدة الغير ، ويتفق الحنابلة مع الشافعية في الاعذار السابقة بل وزادوا عليها أعدارا أخرى . منها أن يؤخر الخاطب الأول العقد لمدة طويلة وتتضرر من ذلك المخطوبة أو ان نزول ولاية من أسباب الخاطب الى خطبته بموت أو جنون أو نزول ولاية المرأة عن نفسها بجنونها وكانت هي التي جابت الخاطب ، وفي المذهب الحنفى : لا تباي قواعد المذهب الحنفى الاعذار السابق ذكرها لاتفاقها مع قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » لكن لم تذكر هذه الاعذار مفصلة في كتب الحنفية . وان كانت تفهم من مجمل ما يكتب فيها . وذهب الظاهرية الى ان العذر المبيح للخطبة على الخطبة هو ما ذكرته السنة وهو الأذن من الخاطب الأول - بالخطبة أو تركه لخطبته ، أو اذا كان الخاطب الثاني أفضل في دينه وحسن صحبته من الخاطب الأول .

أما فسق الخطيب الأول فلا يعد عذرا يجيز الخطبة على خطيبه عند الجمهور ويعد عذرا مجيزا عند ابن حزم . ويرى المالكية أنها تجوز اذا كانت المخطوبة سالحة وكان الخاطب اثناي سالحا أو مجهول الحال . أما خطبة الصالح فلا تجوز ، كذلك لا يجوز ان يخطب مسلم انثى كتابية مخطوبة لغير مسلم عند الجمهور لعدم الاحاديث الواردة في النهى ويرى البعض - الحنابلة - جواز ذلك وهو مجروح لأنه يؤدي الى الفتن . وانظر انبجيري على الخطيب - ج ٣ - ص ٢٤٦ ومغنى المحتاج ج ٣ - ص ١٣٦ ، وبدائع الصنائع

هذا ، واذا حصل قبول - للخطبة - وتمت بالموافقة عليها فهذا يترتب عليه الحق في عدم اعتداء خطبة رجل آخر على تلك الخطبة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية يترتب على العدول عنها من جانب كل من الخاطب ومخطوبته آثار والمعول عليه في العدول هو المرأة ان كانت ثيبا أو هي أو وليها ان كانت بكرا حسب البيان السابق .

ما يترتب على الخطبة على خطبة الغير

ويلاحظ أن عدم حواز الخطبة على خطبة غيره أمر ديني . فاذا خطب على خطبة غيره ، وتمت خطبته ، وعقد العقد نتيجة لها ، كان العقد صحيحا من كل الوجوه ، ولكنه أثم بخطبته على خطبة أخيه ولكن ذلك الأثم لا أثر له في صحة العقد ، لأنه لم يصاحب العقد بل كان الأمر سبقه ، ولم يتصل بشروط صحته ولا بأركانها .

وهذا القول هو أحد أقوال ثلاثة ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وقد جعلوا له نظيراً في عدم تأثيره في صحة العقد وهو أن من اغتصب ماء ثم توضأ به فانه تصح به الصلاة ولكن يأنثم بالاغتصاب ، فالأثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد .

وقال داود الظاهري : اذا تزوجها الخاطب على خطبة أخيه كن الزواج غير صحيح وفسخ لأن النهي منصب على النكاح لا على الخطبة في ذاتها أو وحدها إذ النهي عنها ما كان الا لأنها وسيلة للزواج فالنهي لأجله فيكون فاسدا

- ج ٣ ص ١٣٥٤ والأستاذ محمد ابو زهرة مشار اليه سابقا ص ٢٢ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٧ ، والمغنى لابن قدامة - ج ٦ - ص ٦٠٦ ، وحاشية الدسوقي - ج ٢ - ص ٢١٧ ، وفتح للباري - ج ٩ - ص ١٠٦ وصحيح مسلم - ج ٢ - ص ١٩٧ ، و د . عبد الناصر العطار ص ٢٧ ، و د . أحمد الحصري ص ٥٤ .

ويجب الفسخ سواء دخل بها أم لم يدخل . وروى عن مالك رضى الله عنه ثلاثة أقوال ، ولها هو قول الجمهور ، وثانيتها قول الظهيرية ، وثالثها أن الفسخ يكون قبل الدخول ولا يجوز بعده ، لأنه بالدخول تؤكد العند ، فلا يسوغ الفسخ ، والأثم فى عنق صاحبه ويلازمه (٣٦) .

هذا وبعد أن تكلمنا عن تحريم خطبتهن من النساء ومن له حق القبول أو الرد ؟ فسنتكلم فيما يأتى عن الخطبة بآثارها وعدا بالزوج وذلك فى المطاب الآتى :

« المطلب الثالث »

الخطبة باعترابها وعدا بالزوج

الخطبة من مقدمات الزواج فى الشريعة الاسلامية وبالتالي فهى ليست عقدا وانما هى مقدمات عقد وأقصى ما تؤديه الخطبة اذا اتمت هو أن تكون وعدا بعقد وليست عقدا ، وأما ما يذكر عادة عند الخطبة من قراءة الفاتحة فهو ليس أمرا شرعيا لازما وان جرى به عرف كثير من المسلمين ان ثم يكونوا جميعا قاصدين به توثيق الخطبة وتأكيد الارتباط بها لكنه لا يترتب على قراءة الفاتحة

-
- (٣٦) انظر صحيح مسلم مطبوع مع شرح النووى - ج ٩ - ص ١٩٧ ، وفتح البارى - ج ٩ - ص ١٠٦ - ١٠٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٢ - ص ٢١٩ ، والمغنى لابن قدامه - ج ٦ - ص ٦٠٤ - ٦٠٩ ، ٥٢٦ ، وحاشيتا قليوبى وعديرة - ج ٣ - ص ٢١٢ ، ٢١٤ ، والمحلى لابن حزم - ج ١٠ - مسألة ١٨٨٠ ونيل الاوطار - ج ٦ - ص ١٠٧ ، والقرطبى - ج ٢ - ص ٩٧٩ وابن كثير - ج ١ - ص ٢٨٦ ، والرازى - ج ٢ - ص ٢٩٠ وما بعدها ، وحاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ١٥٧ ، وبيدائع الصنائع - ج ٣ ص ١٢٢٢ وما بعدها ، والخرشى على مختصر خليل - ج ٣ - ص ١٩٥ ، ود . رأفت عثمان ششار إليه سابقا ص ٢٢ ، ود . عبد الناصر العطار - مشار إليه سابقا - ص ٢٢ .

عند الخطبة أو قبلها أو بعدها تغيير في وصف الخطبة (٢٧) فلا ينتقل وصفها من كونها وعدا الى كونها عقدا ولا يكون الرجوع بعد ذلك رجوعا عن العقد وانما هو أخلاف للوعد (٢٨) الذي اتفقا عليه الى وقت انشاء الزواج .

ولكن يلاحظ أن الخطبة ان تمت بكلام يفيد حصول الزواج ، فانها حينئذ عقد زواج وليست مجرد خطبة كما لو قال الأب مثلا في جلسة في قراءة الفاتحة زوجتك ابنتي ، وقال الخاطب قبلت وكان ذلك بحضرة شاهدين فهو عقد زواج

(٢٧) وأنظر د . عبد الناصر العطار مشار اليه سابقا - ص ٧٨ .
١٤١ ود . محمد مصطفى شحاته الاحوال الشخصية - ص ٣٥ ،
ود . رأفت عثمان مشار اليه سابقا - ص ١٢ .

(٢٨) ليس هناك مانع شرعى من قراءة الفاتحة ، لكن ان أخلف القارئ لها ما كان قد قرأه على اتفاقهما فكأنه حلف ثم حنث في يمينه وعليه الكفارة . يقول صاحب المغنى (ابن قدامه) - ج ٧ - ص ٦٩٥ وما بعدها « الحلف بالقرآن أو بآية منه يمين وانما انعقد اليمين ثم حنث صاحبها فيها فعليها الكفارة وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعى وابن حنبل وأبو عبيدة وعامة أهل العلم خلافا لأبى حنيفة الذى لا يرى ذلك . ولكن رأيه فى هذا ضعيف هذا من ناحية ومن ناحية ثانية اذا حلف الانسان بالعهد فقال وعهد الله فذلك يمين ، وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي وقتادة والأوزاعي ومالك وابن حنبل وكذلك الشافعى ، ولكن الشافعى قيدها بما اذا نوى بعهد الله اليمين .

أما أبو حنيفة فانه لا يرى أنها يمين ورأيه فى هذا مرجوح .
وأنظر القرطبي - ج ٤ ص ٢٢٦٢ ، ج ٦ - ص ٢٧٨٦ ، وأنظر المغنى نفس المرجع .

ومن هنا فان من حضر قراءة الفاتحة فى خطبة النكاح ثم حصل أخلاف لذلك فان من عليه التعويل فى الاستمرار أو الرد ثم أخلف فيكون عليه الكفارة . أما من قرأ من الحاضرين فقرأته للتبرك وليس عليه كفارة كما يبدو لى ، لأن الخلف لم يكن منه أن أنه ليس هو المعول عليه فى القبول أو الرد .

نافذ شرعا وان كان مجردا عن ذكر المهر وتترتب عليه آثاره الشرعية .

وأز لم ينفذ قانونا حيث لم يثبت فى الوثيقة الرسمية لدى الموظف المختص كما جاء فى قانون الأحوال الشخصية (الفقرة الرابعة من المادة رقم ٩٩ من المرسوم بقانون سنة ١٩٣١) المشتمل على لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها .

على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية والاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، وهذا المبدأ المعمول به حتى الان (٣٩) .

وإذا كانت الخطبة وعدا بالزواج وإذا لم يصاحبها أيجاب وقبول بلفظ الزواج وبحضرة شاهدين أو بمعنى آخر إذا لم تتحول الى عقد كما ذكرنا آنفا بل لا زالت وعدا وإذا كان بعض الفقهاء يرى أن فى الوعد قوة الزام - أى يجب الوفاء به فهل ينطبق ذلك على الوعد بالزواج أم أن وجوب الوفاء بالوعد يمكن أن يكون له تفسير غير الفعل فيما يختص بالزواج أى اتمامه ؟ .

وبناء على ذلك فسنتكلم عن الوعد وارهاء الفقهاء فى حكم الوفاء به ثم يتفرع بنا الحديث عن حكم الوفاء بالوعد لتمام الزواج فيما يأتى : -

الوعد بين الجواز والالزام

اتفق الفقهاء على أن الوفاء بالوعد مطلوب لان ذلك من مكارم الأخلاق ولكنهم اختلفوا فى ان هذا الوفاء واجب أو مستحب على أربعة حالات :

(٣٩) الأستاذ محمد أبو زهرة مشار اليه سابقا ص ٢٢٠ .

و د . محمد مصطفى شحاته - الأحوال الشخصية - ص ١٧٠ ،

و د . رأفت عثمان ص ٩٠ مشار اليه سابقا .

الرأى الاول :

وهو لابن شبرمه ورجحه ابن الشاط وهو أنه يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به مطلقا سواء اكان الوعد مقرونا بسبب أو كان مجردا عن السبب ، ومثال الوعد المقرون بسبب أن يقول زيدا / الواعد ، لعمرؤ / الموعود له ، ابن بيتنا وأنا أعطيك الف جنيه . ويستوى هنا أن يدخل الموعود له وهو عمرو فى السبب (التنفيذ) أم لا .

والمثال الثانى : ان يقول شخص لآخر سأعطيك مائة جنيه دون ذكر سبب فهو وعد مجرد ، اذ الواعد لم يقيد وعده بسبب .

الرأى الثانى :

وهو لجمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض المالكية وغيرهم) أنه لا يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به مطلقا .

الرأى الثالث :

وهو لبعض فقهاء المالكية وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو أنه يجب الوفاء بالوعد أن كان مقرونا بسبب ولو لم يدخل الموعود له فى السبب كقولك أريد أن أتزوج ، أو أن اشتري كذا ، أو أن أقضى غرمائى فأسلفنى كذا ، أو أريد ان أركب غدا الى مكان كذا فاعرنى دابتك ، فقال : نعم ، ثم بداله أى عدم الدخول فى السبب . فانه ذلك يلزمه ويقضى عليه به .

الرأى الرابع :

أنه يقضى به كان مقرونا بسبب ودخل الموعود فى كلفة من أجل ذلك الوعد وهذا هو المشهور عند المالكية وهو مذهب ابن القاسم قال فى المدونة : (لو أن رجلا

اشترى عبدا من رجل على أن يعينه فلان بألف درهم ، فقال له فلان : انا أعينك بألف درهم فاشترى فعلا أو سعى فى شرائها أن ذلك لازم لفلان (٤٠) .

ويستنتج من ذلك أن الرأى الثالث الذى يرى وجوب الوفاء بالوعد المقرون بسبب سواء دخل الموعد له فى السبب أى التنفيذ أم لا . يقيد اطلاق الرأى الاول الذى يرى وجوب الوفاء بالوعد مطلقا لكن الرأى الرابع يقيد اطلاق الرأى الثالث أيضا وهو أنه ان كان مقرونا بسبب ودخل الموعد له فى السبب وبالتالي فهو أى الرأى الرابع يقيد الرأى الاول أكثر مما يقيده الرأى الثالث .

وسوف نتعرض لادلة الفقهاء فى ذلك بايجاز .

استدل أصحاب الرأى الاول القائل بوجوب الوفاء بالوعد مطلقا بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فمن ذلك :

- ١ - قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » (٤١)
- ٢ - يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (٤٢) .
- ٣ - وأوفوا بالعهد أن العهد كان مستؤلا (٤٣) .

(٤٠) وانظر فتح العلى المالك للشيخ عيش ج١ ص ٢٥٤ والفروق للقرافى - ج ٤ - ص ٢٠ وما بعدها ، وتهذيب الفروق - ج ٤ ص ٤٣ ، والمدونة الكبرى ج٣ - ص ٤٦٤ - دار الفكر - بيروت ، والشرح الكبير للدردير - ج ٣ - ص ٣٣٥ ، وشرح النووى مع صحيح مسلم ج ٢ - ص ٤٦ ، وفتح البىارى مطبوع مع صحيح البخارى ج١ - ص ١١٢ والمطلى لابن حزم ج٨ ص ٢٨ .

• (٤١) الآية ٣ من سورة الصف

• (٤٢) الآية رقم ١ من سورة المائدة

• (٤٣) الآية ٢٤ من سورة الاسراء

وجه الدلالة من النص الاول :

الآية ابتدأت بالاستفهام الإنكارى من يقول ولا يفعل ومعلوم ان الوعد اذا اخلف فهو قول لم يعمل . وقد ذم الله الله من يتصف بذلك (كبر مقتاً عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون) ومن هنا فيكون الوفاء بالوعد واجبا اد اليوم لا يكون الا على ترك واجب . ونوقش ذلك بأنه روى ان - الآية نزلت فى قوم كانوا يقولون جاهدنا وأبلينا وهم يسعوا قاله قتادة : وقال الحسن نزلت فى المنافقين وسماعنهم بالايمان لظهارهم له (٤٤) .

فالأية لا تقوى للاستدلال لهم على مدعاهم .

أما قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فقد ذكروا فى وجه الدلالة فيها أن الله أوجب علينا الوفاء بالعقود والوعد يدخل فيها ، ولكن يرد عليه بان هناك ترقا بين العقد والوعد ذلك أن الوعد غير ملزم على الواجب .

ثانيا - العقد يتقيد بصيغة الماضى غالبا وقد يتقيد بالاضارع اذا دلت على ذلك قرينة .

أما الوعد فهو انشاء المخبر معروفا فى المستقبل (٤٥) .

(٤٤) وانظر : الفروق للقرافى - ج ٤ - ص ٢١ ، وتهذيب الفروق - ج ٤ - ٤٣ ، وابن كثير - ج ٤ ص ٥٠٠ ، وفتح العلى المالك نفسه والمحلى لابن حزم - ج ٨ - ص ٢٩ .

والجصاص : أحكام القرآن - ج ٣ - ص ٣٤٢ ، وأحكام القرآن لابن العربى - ج ٤ - ص ١٨٠٠ ، وفتح البارى ، وشرح النووى مع صحيح مسلم - مشار اليهما سابقا .

(٤٥) كما ذكر ابن عرفة الدسوقى ، وانظر فتح العلى المالك للشيوخ عيش - ج ١ - ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، والجصاص - ج ٣ - ص ١٤٢ . وانظر د . سيف رجب قزامل . الوعد بالتعاقد - بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد الثانى - ص ١٤١ وما بعدها .

أما قوله تعانى : « واوفوا بالعهد ان العهد كان مسولا ، فهم يرون فى وجه الدلالة فيه هو أن الله أمر بالوفاء بالعهد والامر يفيد الوجوب ما لم توجد قرينه تصرفه عن الوجوب الى الذنب .

وكن يرد عليهم بأن الله أوجب الوفاء بما عاهد الله على نفسه من النذر والدخول فى القربات فانزله الله انمامها وهو كقوله تعالى : « ومنهم من عاهد الله نثن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما اتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون » (٤٦) .

وقيل أوفوا بالعهد فى حفظ مال اليتيم مع قيام الحجة عليكم بوجوب حفظه (٤٧) .

ثم استدل أصحاب هذا الرأى القائل بوجوب الوفاء بالوعد بالسنة .

١ - بما رواه مسلم فى صحيحه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : أربع . . . من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها اذا حدث كذب واذا عاهد غدر واذا وعد أخلف واذا خاصم فجر غير ان فى حديث سفيان

(٤٦) الآيتان ٧٥ ، ٧٦ من سورة البقرة ، وانظر أحكام القرآن للجصاص - ج ٣ - ص ١٤٢ .

(٤٧) الجصاص فى أحكام القرآن - ج ٣ - ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، وفتح البارى - ج ١ ص ١١٣ ، وصحيح مسلم بشرح النووى - ج ٢ - ص ٤٦ ، ٤٧ وسبل السلام ج ٤ - ص ١٨٧ ، وابن كثير - ج ٢ - ص ٣٧٤ ، وأحكام القرآن لابن العربي - ج ٤ ص ٤٤٢ ، والمصلى لابن حزم - ج ٨ - ص ٢٨ ، ٢٩ .

(٤٨) تهذيب الفروق - ج ٤ - ص ٤٤ وما بعدها . وصحيح مسلم مطبوع مع شرح النووى - ج ٢ - ص ٤٦ ، ٤٧ . وفتح البارى - ج ١ - ص ١١٢ ، ١١٣ ، وسبل السلام للصنعانى - ج ٤ - ص ١٨٧ .

وان حانت فيه خصلة منهن حانت فيه خصلة من النفاق .
وما رواه مسلم ايضاً عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال ،
قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم من علامات المنافق
ثلاثة اذا حدث كذب وادأ وعد اخلف واذا ائتمن خان (٢٨) .

وجه الدلالة فى الحديثين هو ان الرسول - صلى الله
عليه وسلم - ذكر اخلاف الوعد فى سياق الذم وذلك دليل
على تحريمه فدل على ان الوفاء به واجب ، ونوقش ذلك
بان الحديثين صحيحان ولكن كما يذكر الخطابى ان
الحديثين ليسا على ظاهرهما تم نجد الامام القرطبى يذكر
ما يفيد ان للحديثين تاويلات فيقول :

ان العلماء اختلفوا فى تأويل هذين الحديثين فقال
طائفة أن ذلك مخصوص بالمنافقين زمان رسول الله - صلى
الله عليه وسلم - وتعلقوا بما رواه مقاتل بن حيان عن
سعيد بن جبير عن ابن عمرو ابن عباس قالاً : أتينا رسول
الله - صلى الله عليه وسلم - فى أناس من أصحابه فقلنا
يا رسول الله ، انك قلت « ثلاث من كن فيه فهو منافق وان
صام وصلى وزعم أنه ممن اذا حدث كذب واذا وعد أخلف
واذا ائتمن خان ومن كانت فيه خصلة منهن ففيه ثلث
الذفاق » ، فقلنا نا لم نسلم منهن أو من بعضهن ولم يسلم
منهن كثير من الناس ، فضحك رسول الله - صلى الله
عليه وسلم - وقال : « ما لكم ولهن انما خصصت بهن
المنافقين كما خصهم الله فى كتابه أما قولى اذا حدث كذب
فذلك قوله عز وجل « اذا جاءك المنافقون » الآية (٤٩) أفانتم
كذلك ؟ .

قلنا : لا . قال : لا عليكم أنتم من ذلك براء وأما قولى
اذا وعد أخاف فذلك فيما أنزل الله على « ومنهم من عاهد

«لئن آتانا من فضله» الآيات الثلاث (٥٠) أفانتم كذلك ؟ قلنا : لا ، والله لو عاهدنا الله على شيء أو فينا به .

قال : « لا عليكم أنتم من ذلك براء ، وأما قوبى وإذا أتتكم من خان فذلك فيما أنزل الله على أنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال » (٥١) :

فكل إنسان مؤمن على دينه فالؤمن يغتسل من الجنابة في السر والعلانية (المناق لا يفعل ذلك الا في العلانية) أفانتم كذلك ؟ قلنا : لا . قال : « لا عليكم أنتم من ذلك براء » والى هذا صار حثير من التابعين والأئمة .

ويقول القرطبي : قال ابن العربي : والذي عندي أنه لو غلبت عليه المعاصي ما كان بها كافرا ما لم تؤثر في الاعتقاد قال علماؤنا : أن أخوة يوسف عليه السلام عاهدوا أباهم فأخفوه وحدثوه فكذبوه ، وأتتهم على يوسف فخافوه وما كانوا منافقين . قال عطاء بن أبي رباح : قد فعل هذه الخلال أخوة يوسف ولم يكونوا منافقين بل كانوا انبياء (٥٢) .

ويذكر الامام النووي في شرحه على صحيح مسلم ان هذا النص ليس فيه أشكال ، لان العلماء أجمعوا على أن من كان مصعبا بقلبه ولسانه وفعل هذه الخصال لا يحكم عليه بكفر ولا هو منافق يخلد في النار ، ثم ذكر قصة أخوة يوسف سالفة الذكر ثم قال ما نصه : « قال جماعة من

(٥٠) يعنى الآيات ١٧٥ : ١٧٧ من سورة التوبة .

(٥١) صدر الآية ٧٢ من سورة الأحزاب .

(٥٢) انظر الفرق للقرافي - ج ٤ - ص ٢٢ وما بعدها ، وتهذيب

الفرق - ج ٤ - ص ٤٥ ، والقرطبي - ٥ - ص ٣٠٥٢ ، وما بعدها .

وشرح النووي - ج ٢ - ص ٤٦ ، ٤٧ . وفتح الباري - ج ١ -

ص ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ . وأحكام القرآن لابن العربي - ج ٤ -

ص ٤٤٢ ، وأحكام القرآن للجصاص - ج ٢ - ص ٤٤٢ ، وسبل السلام

- ج ٤ - ص ١٧٩ .

العلماء والمراد به أى بالنص الوارد فى علامات المنافق «
المنافقون الذين كانوا فى زمن النبى - صلى الله عليه وسلم -
فحدثوا بايمانهم وكذبوا واؤتمنوا على دينهم فخانوا
ووعدوا فى أمر الدين ونصره فاخلفوا وفجروا فى خصوماتهم
وهذا قول سعيد بن جبير وعطاء بن أبى رباح ورجع اليه
الحسن البصرى - رحمه الله - بعد أن كان على خلافه وهو
مروى عن ابن عباس وابن عمر - رضى الله عنهم - وروياه
أيضا عن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال القاضى عياض
رحمه الله واليه مال كثير من أئمتنا وحكى الخطابى رحمه
الله قولاً آخر أن معناه التحذير للمسلم أن يعتاد هذه
الخصال التى يخاف عليه أن تقضى به الى حقيقة النفاق
وحكى الخطابى - رحمه الله - أيضا عن بعضهم أن الحديث
ورد فى رجل بعينه منافق وكان النبى - صلى الله عليه
وسلم - لا يواجههم بصريح القول فيقول فلان منافق وانما
كان يشير اشارة كقوله - صلى الله عليه وسلم - ما بال
أقوام يفعلون كذا ٠٠ والله أعلم ٠

ويذكر الخطابى فى تعليقه على الحديثين بان المراد
باطلاق النفاق الانذار والتحذير عن ارتكاب هذه الخصال.
وأن الظاهر غير مراد ، ومن هنا فان ما استدل به القانون
بوجوب الوفاء بالوعد قد رد عليهم بأن الحديثين ليسا على
ظاهرهما بل لهما تأويل وتخصيص كما بينا (٥٣) ٠

ويؤيد هذا الاتجاه رأى القائلين بالوجوب بأن موضوع
كون الوعد مألوبا هو فى الخير ، أما فى الشر فيستحب

(٥٣) صحيح مسلم مع شرح النووى - ج ٢ - ص ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ،
والقرطبى - ج ٥ - ص ٣٠٥٢ ، والجصاص - ص ٤٤٢ - ج ٣ -
الرجع السابق ، وفتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر
العسقلانى - ج ١ - ص ١١٢ ، ١١٣ ٠ وسبل السلام للصنعانى - ج ٤
ص ١٨٧ ، ١٨٨ ٠

اخلافه ، وقد يجب أى اخلافه - فى الشر - ما لم يترتب
على ترك انفاذه مفسرة - أى أكبر (٥٤) .

وهذا يدل على أنه ليس كل وعد يجب الوفاء به بل
ما تعين على الانسان ادائه فقط كما أشرنا .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور وهم القائلون بأنه لا يجبر الواعد
على الوفاء وان كان الافضل الوفاء لما رواه أبو داود عن
أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا وعد
الرجل أخاه ومن نيته أن يفى فلم يَف ولم يجيء للميعاد
فلا أثم عليه (٥٥) .

وجه الدلالة : يدل هذا الحديث على أن من وعد وهو
ينوى الوفاء ثم لم يَف لعذر منعه فلا أثم عليه .

ومفهومه أن من وعد وهو ينوى عدم الوفاء فإنه يكون
أثماً سواء وفى بعد ذلك أم لا . لان ذلك من صفات
المنافقين .

ولم يتعرض الحديث لمن وعد وهو ينوى الوفاء ولم يَف
بغير عذر فهو أمر مسكوت عنه ولا يصح القول بأنه خلف .

وورد على هذا الحديث بأن اسناده (ليس بالقوى (٥٦)
ولكنه ورد فى كتاب الاحياء بأنه) ورد حديث ليس الخلف
أن يعد الرجل ومن نيته أن يفى ، وفى لفظ آخر اذا وعد الرجل
الرجل ومن نيته أن يفى ، وفى لفظ آخر اذا وعد الرجل أخاه وفى
نيته أن يفى ولم يجد فلا أثم عليه رواه أبو داود والترمذى

(٥٤) فتح البارى - ج١ - ص ١١٢ ، ١١٣ . وصحيح مسلم

- مشار اليه سابقا . والجصاص مشار اليه سابقا - ج٢ - ص ٤٤٣ .

(٥) ولكن الترمذى ضعفه بهذا اللفظ . وأنظر عون المعبود شرح

سنن أبى داود - ج١٢ - ص ٣٣٩ .

(٥٦) المرجع السابق .

وضعه من حديث ابن أرقم باللفظ السابق الا أنهما قالا فلم يف (٥٧) .

ويذكر العلامة أبى الطيب محمد آبادى صاحب كتاب لا يقدر الا اذا كان العزم على الخلف مقارنا للوعد أما لو كان عازما على الوفاء ثم عرض له مانع أو بدا له رأى فهذا لم توجد منه صورة النفاق الواردة فى حديث آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا ائتمن خان وفى الطبرانى فى حديث طويل ما يشهد له ففيه من حديث سلمان اذا وعد وهو يحدث نفسه أنه يخلف وكذا قال فى باقى الخصال واسناده لا بأس به ليس فيهم من أجمع على تركه .

ويذكر العلامة أبى الطيب محمد آبادى صاحب كتاب عون المعبود فى شرح سنن أبى داود ما نصه ، قال النووى : أجمعوا على أن من وعد أنسانا شيئا ليس بمنهى عنه فينبغى أن يفى بوعده وهل ذلك واجب أو مستحب ، فيه خلاف ، ذهب الشافعى وأبو حنيفة والجمهور الى أنه مستحب فلو تركه فاته الفضل (٥٩) .

وارتكب المكروه كراهة شديدة ولا يأتى معنى من حيث هو خلف وان كان يأتى أن قصد به الأذى .

قال : وذهب جماعة الى أنه واجب منهم عمر بن عبد العزيز وبعضهم الى التفصيل (٦٠) .

وأىضا استدل الجمهور بما رواه مالك عن صفوان بن سليم أن رجلا قال لرسول الله - صلى الله عليه وسلم :

(٥٧) أحياء علوم الدين الغزالي - ج ١ - ص ١١٢ .

(٥٨) ج ١ - ص ١١٢ ، ١١٣ ، والمحلى لابن حزم - ج ٨ -

ص ٢٩ ، ود . سيف رجب - مشار اليه سابقا - ص ١٤٥ .

(٥٩) عون المعبود فى سنن ابن داود - ج ٣ - ص ٣٤١ .

(٦٠) كما بينا .

أَكْذِبْ امْرَأَتِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا خَيْرَ فِي الْكُذْبِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَعْدَهَا وَأَقُولُ لَهَا ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا جَنَاحَ عَلَيْكَ (٦١) .

ووجه الدلالة : أن عدم الوفاء بالوعد لا حرج فيه ولا يسمى كذبا لجعله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قسيم الكذب ، فيكون الوفاء بالوعد غير واجب .

ونوقش هذا الحديث بأن رفع النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الحرج عن الواعد لاحتمال الوفاء لان الواعد اذا وفى فلا جناح .

وكذلك اذا لم يوف مضطرا وان لم يوف مختارا ، أى لغير عذر فعليته الاثم اذ يدل ذلك على النفاق وهو منهي عنه .

وأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يجعل الوعد قسيم الكذب من حيث هو كذب وانما جعله قسيم الخبر عن غير المستقبل الذى هو كذب فكان قسيمه من جهة كونه مستقبلا والكذب غير مستقبل (٦٢) .

واستدل أصحاب الرأى الثالث القائل بوجوب الوفاء بالوعد اذا - اقترن بسبب ولو لم يدخل الموعد له فى السبب أى فى التنفيذ .

استدلوا بالاضافة الى ما ذكره القائلون بالوجوب مطلقا من أدلة - أصحاب الرأى الاول .

(٦١) الموطأ للإمام مالك - ج ٣ - ص ١٥٢ ، وعون المعبود فى سنن أبى داود - ج ٣ - ص ٣٤١ ، وفتح العلى المالك - ج ١ - ص ٢٥٥ ، أحياء علوم الدين للغزالي - ج ١ - ص ١١٢ .
(٦٢) وأنظر الفرق للقرافى - ج ٤ - ص ٢٠ ، ٢١ ، وتهذيب الفرق - ج ٤ - مطبوع مع الفروو - ص ٤٦ ، وفتح العلى المالك - ج ١ - ص ٢٥٦ - وأحياء علوم الدين للغزالي - ج ١ - ص ١١٢ ، ١١٣ .

بأن مجيء الوعد على هذه الصورة دليل على تأكيد العزم على الوفاء وأن اقتران الوعد بسبب يرفعه من دائرة الاستحباب الى دائرة الوجوب وذلك من أجل اقتران الوعد بسبب .

أما أصحاب الراى الرابع وهم القائلون بوجوب الوفاء بالوعد اذا اقترن بسبب ودخل الموعود له فى السبب أى فى التنفيذ .

فقد استدلوا بما ذكره أصحاب الراى الاول والثالث ، بالاضافة الى أنهم قالوا ان عدم الوفاء بالوعد بعد البدء فى التنفيذ ربما يضر الموعود له وذلك معارض لحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « لا ضرر ولا ضرار » (٦٢) . ويرى البعض بأن إلزام الواعد بوعدده فيما يبدو لم يكن بسبب الوعد فحسب وانما بسبب خطأ الواعد خطأ تقصيرياً أدى الى اضرار بالموعود له وهذا مما يستوجب الضمان (التعويض) وخير ضمان أن يلزم الواعد بانوفاء بوعدده .

وورد على استدلال أصحاب هذا الراى بالاضافة الى ما سبق من الرد على أصحاب المذهب الأول والثالث ، بأنه لا نص يقضى بالزام الواعد بالوفاء ولان الموعود له هو الذى غر نفسه ، وهذا القول هو الذى يتفق مع طبيعة الوعد فى نظرنا بناء على ما سبق من أدلة للجمهور وما رد به الجمهور على القائلين بوجوب الوعد حسب التفصيل السابق من أدلة ومن مناقشة لادلة المخالفين :

ومن هنا فالرجح فى نظرنا هو ما يراه الجمهور وهو ان الوفاء بالوعد مستحب وغير واجب . هذا ، وبعد أن

(٦٢) المحلى لابن حزم - ج ٨ - ص ٢٨ ، ٢٩ ، وشرح النووى لصحيح مسلم - ج ٢ - ص ٤٨ ، وسبل السلام - ج ٤ - ص ١٨٨ ، وفتح العلى لمالك - ج ١ - ص ٢٥٦ ، ود . عبد الناصر العطاس - نظرية الالتزام - ص ٨٦ ، ٨٧ ، ود . سيف قزامل مشار اليه سابقا ص ١٤٧ .

استعرضنا آراء الفقهاء فى حكم الوعد فانه يجدر أن ننزل على حكم العدول عن الخطبة ، والا فما هو تفسير القول بوجوب الوفاء بالوعد عند من يرى ذلك بمعنى أن وجوب الوفاء بالوعد عند القائلين به هل يشمل الوفاء بالوعد بالزواج أم ان الوعد بالزواج له طبيعة خاصة ، سنرى أن الظاهر فى الفقه الإسلامى هو جواز العدول عن الخطبة فليس لها قوة الالتزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة اذا تمت أن تكون وعدا بعقد وليست عقدا .

فاذا وعد كل من الخاطب والمخطوبة الآخر بالزواج منه فهذا الوعد لا يكون ملزما حتى على الرأى الذى يعتبر الوعد ملزما عند المالكية لان لزوم الوعد فى هذا الرأى انما كان فى العقود المالية .

وعقد الزواج نيس كذلك كما يجولى ، يقول الامام الطرابلسى فى معين الحكام (٦٤) « المال فى باب النكاح ليس بغرض أصلى » هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان الوفاء بهذا الوعد يفضى أن يمضى عقد الزواج على شخص غير راض به ولا يجوز الاكراه على هذا العقد الخطير (٦٥) .

فقد ورد فى الصحيحين : البخارى ومسلم أن خنساء بنت جزام زوجها أبوها وهى كارهة وكانت ثيبا فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحها .

وروى البخارى أن فتاة جاءت الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت : ان أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع خسيسته فجعل - صلى الله عليه وسلم - الامر اليها فقالت : قد أجزت ما صنع أبى ولكنى ردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء » .

(٦٤) ص ١٥١ - طبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٧٢ م .

(٦٥) وانظر الامام محمد ابو زهرة - مشار اليه سابقا - ص ٢٨ ،

واستانانا د . عبد الناصر العطار - خطبة النساء - ص ١٤٢ - مشار

اليه سابقا .

فهو لا يصح لما ذكرنا يضاف الى ذلك أنه لو صح
لكان متعارضاً مع النظام العام الذى يكفل حرية الزواج
وأيضاً ما قد يترتب عليه من ضرر بالزوجين وبالمجتمع .

ومن هنا فلكل من الخاطب والمخطوبة أن يرجع عن
قوله وان فعل فهو يستعمل خالص حقه والمصلحة توجب ان
يكون كل من طرفى عقد الزواج له الحرية التامة قبل
ابرامه ، لانه عقد الحياة ، ومن المصلحة التروى وترديد
الأمر فيه حتى اذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبهه
شائبة (٦٦) .

ولا يشتبه ذلك بكونه معارضاً لمن يرى أنه يجب الوفاء
بالوعد ذلك أنه لا يمكن تفسير الوفاء بالوعد فيما نحن
بصدده . بالالتزام باستمرار الخطبة و ابرام عقد الزواج (٦٧)
ولكن تفسيره يمكن أن يكون بالتزام الواعد بتعويض الموعد
به اذا ترتب عليه ضرر ، لانه اذا كان الوعد ملزماً فانه فى
هذه الحالة - الخطبة - يفضى الى كونه التزاماً باتمام
الزواج والالتزام باتمام الزواج التزام بعمل ولا يمكن تنفيذه
جبراً كما ذكرنا ، ومن هنا فان الوفاء به يمكن أن يتحول الى
تعويض اذا ترتب عليه ضرر ، أما الالتزام بمعنى اتمام الزواج
فانه لو ألزم الخاطب بخطبته لكان فى ذلك اجبار على العقد
وهو اكراه لا يجوز العقد به .

وهذا ما تقرره كتب الفقه من غير خلاف ، وقد ذكرنا
ما يدل على ذلك من نصوص وتعليل لهذا الحكم .

(٦٦) يلاحظ أن تحريم الخطبة على الخطبة لا يرجع الى أن الخطبة
ملزمة للخاطب أو للمخطوبة ولكنه يرجع الى أن فيها اضراراً بالخاطب
الأول ، وأنظر المرجعين السابقين .

(٦٧) لخطورته وخطورة آثاره .

وبالبحث فى كتب الفقه الاسلامى وجدنا ان عبارات الفقهاء اجازت العدول عن الخطبة بمبرر (٦٨) أو بغير مبرر (٦٩) .

يذكر صاحب حاشية الدسوقى ما نصه (٧٠) : « الخطبة غير لازمة لجواز الرجوع عنها » .

ويذكر صاحب كتاب المغنى (٧١) قوله : ولا يكره للنولى الرجوع ان رأى مصلحة للمخطوبة فى ذلك ولا يكره للمخطوبة الرجوع ان كرهت الخاطب لانه عقد عمرى يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر فى حظها وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمهما .

وفى حاشية الشيخ سليمان بجيرمى على شرح الشربينى الخطيب (٧٢) . يقول ما نصه : « والخطبة ليست بعقد شرعى » .

وقد استظهره السيوطى فقال : الخطبة ليست بعقد شرعى وان - تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز من

(٦٨) لغرض صحيح لان عقدهما يدوم الضرر فيه فكان لكل منهما الاحتياط لنفسه بالنظر فى خطبته .

(٦٩) أى لغير غرض صحيح وهو جائز وان مكروها لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول لكنه لم يحرم لأن الحق بعد لم يلزم ، وانظر المغنى لابن قدامة - ج٦ - ص ٦٠٨ ، وكشاف القناع - ج٢ - ص ١٠ ، ١١ ، ومطالب أولى النهى - ج٥ - ص ٢٥ والفتاوى الانقروية - ج١ - ص ٤٧ .

(٧٠) ج ٢ - ص ٢٢٨ .

(٧١) ج ٦ - ص ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، وفى مطالب أولى النهى مثل

ذلك النص ج ٢ - ص ١٠ ، ١١ .

(٧٢) ج ٢ - ص ٣٤٥ .

الجانبيين قطعا (٧٣) .

ويذكر صاحب كتاب « فتح العلى المالك » الشيخ
عليش (٧٤) ، ما نصه « وأما العدة فليس فيها إلزام الشخص
نفسه شيئا الآن وإنما هي كما قال ابن عرفة أخبار بن انشا
المخبر معروفا فى المستقبل » .

ومن هنا فالخطبة حتى باعتبارها وعدا بالزواج وهذا
أقصى ما يمدن وصفها به فإنه يجوز العدول عنها (٧٥) ،
بمبرر أو بغير مبرر وقد ذكرنا ما يؤيد ذلك مما نص عليه
الفقهاء فى كتبهم .

هذا ، وبعد أن تكلمنا عن حكم العدول عن خطبة النكاح
فينبغى أن نتكلم عن آثار العدول عن الخطبة فيما يقدم من
الهدايا والمهر وسنخصص لكل من الهدايا والمهر مطلباً
على التوالى . ثم نتكلم بعد ذلك عما إذا كان يترتب على
العدول عن الخطبة تعويض أم لا ؟

(٧٢) وفى الدر المختار شرح تنوير الابصار مطبوع معه حاشية
رد المختار لابن عابدين - ج ٢ - ص ١٢ ما يدل على ذلك . وأنظر
أيضا الفتاوى الانقروية - ج ١ - ص ٤٧ ، وكشاف القناع - ج ٢ -
ص ١٠ ، ١١ .
(٧٤) ج ١ - ص ٢٥٤ .

(٧٥) للعدول عن الخطبة مزايا ومساوئ : وأهم مزاياه أنه
يحول دون اتمام زواج فاشل قد يصعب التخلص منه وبغيره قد
يعيش الزوجان فى نعاسة وأولادهما فى شقاء فالعدول وقاية من ما
المستقبل المظلم والوقاية خير من العلاج ، ولهذا ينبغى كما ذكرنا
الاعتراف لكل من الخطيبين بحرية العدول حتى لا يجبر أحدهما على زواج
الابرضاه أما مساوئ العدول فأهمها : ما قد يلحق بسمة
أحد الخاطبين وخصوصا الخطوبة من أقاويل وما قد يصيبهما أو
أحدهما من مغارم مالية أنفقها فى الاستعداد لزواج لم يتم ، وما قد
يضيع عليه من منافع كفرصة لزواج آخر موفق أو فرصة لاستكمال
دراسة أو الالتحاق بعمل . وأنظر د . العطار مشار إليه سابقا
- ص ١٤١ .

« المطلب الرابع »

آثار العدول عن الخطبة فى الهدية

تهديد :

حث التشريع الاسلامى على الهدية ورجب فيها لأنها من العوامل التى تغرس فى القلوب المحبة ، وتحقق فى المجتمع روابط الود والألفة .

يقول النبى - صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » (٧٦) .

وعن عائشة - رضى الله عنها - قالت « كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقبل الهدية ويثيب عليها » (٧٧) .

ولما توصف به الهدية من وصف سام فقد وصف الله تعالى نفسه بها فقال « ووهبنا لحواد سليمان نعم العبد » (٧٨) .

فالهبة عنوان المودة وقلبها النابض وهى تجمع على المودة والوثام ، والهبة بمعنى الهدية وهى تقوى حبل الاتصال لمن أراد الصلة بينه وبين سائر جنسه . وفيها دلالة على تعظيم الموهوب له وتكريمه أو معاونته ودفع شر الحاجة عنه والاصل فى الهبة أنه مندوب اليها اذا أتت على وجهها الصحيح وهى داخلة تحت العمومات من الكتاب الكريم ، قال تعالى : وافعلوا الخير لعلمكم تفلحون » (٧٩) .

وقال تعالى : « واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » (٨٠) .

(٧٦) نيل الاوطار - ج ٦ - ص ١٠١ .

(٧٧) سبل السلام للصنعانى ج ٣ - ص ٩٠ ، وصحيح البخارى

ج ٣ - ص ١٩٥ .

(٧٨) سورة (ص) الآية ٣٠ .

(٧٩) سورة الحج - الآية ٧٧ .

(٨٠) سورة النساء - الآية ٨٦ .

وقيل التحية هنا بمعنى العطية ويرى البعض حملها على الهبة اذا كانت للثواب ويرى البعض أن المراد بالتحية السلام ، الا أنهم قالوا أن حملها على العطية اظهر (٨١) .

هذا ، وقد أجمع العلماء على جواز الهدية واستحبابها لأنها بر قال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » (٨٢) ولأنها سبب التواد والتعاطف . ويجب أن تكون الهدية من مال حلال ويلاحظ أن الهدية لا تقدر عند الفضلاء بارتفاع سعرها وانما بقدر ذوقها ومدى حرص صاحبها على ادخال السرور على من يهديها اليه .

=
وقد جرى عرف الناس على أن يقدم الخاطب الى المخطوبة بعض الهدايا في فترة الخطبة وقد يتبادل الطرفان الهدايا ، وهذا أمر مستحب في الشريعة بشرط أن لا يكون فيه ألزام أو أجبار (٨٣) ، وأن لا تكون من مال حرام أو مقصودا بها أمر غير مشروع .

وقد يقدم الخاطب للمخطوبة في حفل اعلان الخطبة هدية عينية من الحلوى وتسمى (الشبكة) .

وسنتناول الآن آثار العدول عن الخطبة في الهدايا :

ما قدمه الخاطب من الهدايا كالخاتم والساعة والثياب والطعام ، وما يقدم من هدايا في المناسبات والمواسم

(٨١) أنوار التنزيل وأسرار التأويل للبيضاوى - ص ١٠٤ ،
وتفسير القرطبي - ج ٥ - ص ٢٩٧ .

(٨٢) بعض الآية ٢ من سورة المائدة .

(٨٣) في مجمع الضمانات ص ٣١٤ « خطبت امرأة في بيت أخيها فأبى أن يدفعها حتى تدفع اليه دراهم فدفع وتزوجها يرجع بما دفع لأنها رشوة » وانظر فتاوى قاضيخان - ج ١ - ص ٢٣١ - وأستاذنا د . عبد الناصر العطار مشار اليه سابقا - ص ١٢٧ .

والأعياد ، قد اختلف الفقهاء فى رده أو رد قيمته (٨٤) على الوجه التالى :

الحنفية :

يرى الأحناف ان هذه الهدايا تعتبر هبة وتأخذ حكمها وتطبق عليها قواعد الهبة ومن قواعد الهبة عندهم أن الواجب له حق الرجوع فى الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها كهلاكها أو استهلاكها أو تغير حالها بالزيادة المتصلة ، وعلى هذا اذا كان ما اهداه الخاطب لمخطوبته موجودا فى يدها ولم يطرأ عليه ما يمنع الرجوع فى الهبة فللخاطب الحق فى استرداده منها .

وأما اذا كان ما اهداه اليها ليس قائما عندها على حاله بأن هلك أو استهلك أو تغير بالزيادة أو باعته كان كان طعاما فأكل أو خاتما فضاع أو قماشاً فخييط ثوبا ففى كل هذا ، ليس للخاطب الحق فى استرداد ما اهداه ولا استرداد بدله لان هلاك الوضوب وخروجه من يد الموهوب له والزيادة المتصلة فيه كلها من موانع الرجوع فى الهبة (٨٥) .

المالكية :

أختلف المالكية فى هذه المسألة على ما يأتى :

١ - يرى بعضهم أن الخاطب ليس له الحق فى استرداد شيء من الهدايا التى قدمها الى مخطوبته سواء

(٨٤) يلاحظ أن ما يقدم من المصوغ والحلى (الشبكة المتعارف عليها) تأخذ حكم الهدايا ان قدمت على سبيل الهدايا ، أما ان قدمت على أنها جزء من المهر فتأخذ حكمه كما سنبين .

(٨٥) وانظر حاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ١٥٢ وما بعدها .
وبدائع الصنائع للكاسانى - ج ٨ - ص ٢٧٠٤ ، والمبسوط للسرخسى - ج ١٢ - ص ١٥١ . وتبيين الحقائق - ج ٥ - ص ١٠١ ، وقرعة عيون الاخير - ج ٢ - ص ٤٤٥ .

أكان العدول عن اتمام الزواج من جهة المخطوبة أم من جهة الخاطب . وسواء أكانت الهدية باقية على حالها أم لا .

ومعناه : أن الخطيب لا يسترد ما قدمه من هدايا الى مخطوبته ولو كان الرجوع من جانبها ، وهذا هو أصل المذهب كما يذكر الامام الدردير وابن عرفة .

٢ - ويرى بعضهم : وهو الراجح والمفتى به فى المذهب : أنه اذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب فلا يسترد شيئاً مما أهداه اليها ولو كانت قائمة بحالها .

أما اذا كان العدول من جانب المخطوبة استرد الخاطب ما قدمه من الهدايا فان كان ما قدمه قائماً استرده بعينه وان كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته .

ولقد جاء فى الشرح الكبير للدردير وفى حاشية الدسوقى عليه : ان الخاطب ان أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشئ ولو كان الرجوع من جهتها .

والاوجه الرجوع عليها اذا كان الامتناع من جهتها الا لعرف أو شرط (٨٦) لان الذى أعطى لاجله لم يتم ، أما اذا كان العدول من جهته فلا رجوع له قولاً واحداً (٨٧) .

ويلاحظ مما سبق أمران :

١ - أن العدول اذا كان من جهة الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً مما أهدى اتفاقاً .

أما اذا كان من جهتها فرأى يقول بعدم أحقيته فى ذلك ، ورأى يرى أن له حق الاسترداد وهو المفتى به فى المذهب كما ذكرنا .

(٨٦) أنظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير - ج ٢ -

ص ٢١٨ ، ٢١٩ - مطبوعان معا ، وشرح الخرشى - ج ٥ - ص ١١٨ ، ومواهب الجليل - ج ٦ - ص ٦٦ .

(٨٧) الاستاذ محمد أبو زهرة - مشار اليه سابقاً - ص ٤٣ .

٢ - يلاحظ أن قيد عدم الرجوع بحال ما ، اذا لم يكن هناك شرط للرجوع عند تقديم الهدية فان الشرط ينفذ وهو ثم يمكن خادعا لها بهذا الشرط وكذلك اذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع فانه يكون كالمشروط ، فلا يكون ثمة خداع اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

الشافعية :

يرى الشافعية : ان الهدايا تسترد بعينها ان - كانت قائمة أو بقيمتها ان هلكت أو استهلكت وسواء أكان الرجوع من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة بشرط أن يكون ما أنفقته الخاطب لأجل تزوجه بها ، أما ان قصد مجرد الهدية فلا حق له في الرجوع .

وعلى الشافعية ذلك بأن الخاطب وان لم يصرح بأن مابعثه اليهم كان هدية لكن نفسه لم تطلب الا على أساس أن الزواج سيتم وهنا لا يحل لهم عدم رجوع هديته اليه ، اذ أن مال المسلم لا يحل الا عن طيب نفس منه كما في الحديث الشريف .

يذكر الامام الغزالي : « أن من نزل بقوم بغير دعوة فأطعموه شيئاً حياء منه ، لم يحل له الأكل » وبين الغزالي أن الغضب نوعان :

غضب استيلاء ، وغضب استحياء .

فأما غضب الاستيلاء فهو أن يكون الشخص قد أخذ المال بصورة الاستيلاء والقهر والغلبة .

أما غضب الاستحياء فهو أن يكون الشخص قد أخذ المال بنوع من الحياء عند صاحبه ، قال الغزالي : وهما حرامان لا فرق بين الاكراه على أخذ الاموال بالسياط الظاهرة وبين أخذها بالسياط الباطنة ، والغزالي يقصد بالسياط الباطنة الحياء .

وقال الرافعى (من كبار علماء الشافعية) : « وفى كل محل أعطى الانسان فيه شىء على قصد تحصيل غرض أو عوض فلم يحصل فانه لا يباح له أكله ، فعلى هذا اذا خطب امرأة فاجابوه فبعث شيئا ولم يصرح بكونه هدية وقصد اباحته على قصد أن يزوجه ، فاذا لم يزوجه كان له الرجوع عليهم » .

ويستنتج مما سبق أنه اذا كان ما بعثه الخاطب اليهم من هدايا بقصد أن يزوجه فله أن يسترد ما قدمه من هدايا سواء أكان الرجوع من جانبه أو من جانب المخطوبة .

أما اذا قصد مجرد الهدية فلا حق له فى الرجوع ، وذلك هو ما يراه جمهور الشافعية ، وهناك رأى ثان لبعض الشافعية - المتأخرين منهم - ويرى أصحابه أنه لا حق للخاطب فى الرجوع فى هداياه لمخطوبته كان فسخ الخطبة من جهته لان علة الرد أنه ما انفق الا ليزوجه ولم يحصل غرضه فى ما اذا كان الفسخ من جهة المخطوبة ، أما اذا كان الفسخ من جهته فالعلة قد انتفت حيث قد فوت على نفسه غرضه (٨٨) .

الحنابلة :

بينت كتب الحنابلة أنه اذا كان أهل المخطوبة قد وعدوا الخطاب بأن يعقدوا له عليها ولم يفوا بهذا الوعد فله حق استرجاع ما أهداه الى المخطوبة ، وذلك لأنه أهدى الى

(٨٨) وانظر : حاشية البجيرمى على الشريبنى الخطيب - ج٣ - ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، وفتاوى الرملى - ج٢ - ص ١٦٩ ، وحاشيتنا قليوبى وعميرة - ج٢ - ص ٣١٦ ، والفتاوى الكبرى لابن حجر - ج٤ - ص ١١٢ . ود . رافت عثمان - مشار اليه سابقا - ص ٣٤ ، والاستاذ أبو زهرة - ص ٤٤ - مشار اليه . ود . عبد الناصر العطار - مشار اليه سابقا - ص ١٥٩ .

المخطوبة فى مقابل حصول العقد عليها ولكنهم امتنعوا عن العقد فالسبب منهم (٨٩) .

أما ان عدل هو عن الخطبة فليس له أن يسترد ما كان قد قدمه من هدايا أو ان يحتفظ بما كانت قد قدمته له من هدايا .

ومعنى ذلك أن من تسبب فى عدم اتمام الزواج بعدوله عن الخطبة لا يصح له أن يسترد ما قدمه من هدايا أو أن يحتفظ بهدايا الآخر لانهم ان كانوا وعدوه بالزواج فقدم هدايا فقد كان هو المتسبب فى عدم تحقيقه وبالتالي لا يجوز له ان عدل عن الخطبة أن يسترد هداياه أو أن يحتفظ بهدايا الآخر . سواء أكان عدوله بمبرر أو بغير مبرر .

ويستخلص مما سبق أن الحنابلة والرأى المفتى به عند المالكية يرون أنه لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه ولا يحتفظ بهدايا الآخر وعليه ردها له أن كانت قائمة ورد قيمتها ان هلكت أو ستهلكت ما لم يوجد شرط أو عرف يقضى بغير ذلك ، وان هناك رأيا ثان للمالكية يقول بعدم استرداد هدايا الخطبة سواء أكان الرجوع من جانبه أو من جانبها ، وان الحنفية يرون جواز الرجوع فى الهدايا ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع كما بينا . وان الشافعية يرون أن الهدايا تسترد بعينها ان كانت قائمة أو بقيمتها ان

(٨٩) جاء فى مطلب أولى النهى - ج ٤ - ص ٣٨٣ « القاعدة فى المذهب الحنبلى هى عدم جواز استرداد الهبة الا اذا دفعت رجاء المعاوضة أو قضاء حاجة مما أهدى اليه فلم يفعل .
وانظر كشاف القناع - ج ٥ - ص ١٥٣ ، وحاشية الروض المربع لعبد الله - العتقوى - ج ٣ - ص ١١٤ . وفتاوى النساء لابن تيمية - د ١٩٥ - طبع مكتبة القرآن ببولاق . ود . رأفت عثمان مشار اليه سابقا - ص ٣٤ . ود . أحمد الحصرى - مشار اليه سابقا - ص ٧٤ ، ود . عبد الناصر العطار - مشار اليه - ص ١٥٩ .

هلكت أو ائتمتهكت سواء أكان الرجوع منها أو منه ما لم تكن الهدايا التي كانت قدمت كانت مجردة عن قصد النزويج (٩٠) .

والراجع في نظرنا هو ما يراه الحنابلة والراى المفتى به عند المالكية (٩١) حتى لا يجمع على المهدي الم العدول

(٩٠) ويرى بعض المتأخرين منهم ان العادل لا يسترد الهدايا كما ذكرنا سابقا .

(٩١) ويلاحظ أن هذا هو احكم الهدايا اذا تمت على وجه شرعى ثم حدث عدول عن الخطبة من جانب احدهما ، لكن قد يتفق الاثنان على العدول وهنا يكون الحكم فى الهدايا هو ما اتفقا عليه معا ، والا فتسرى على الهدايا أحكام النية ، ويلاحظ أيضا ان الخطبة قد تكون تمت على وجه شرعى ، ثم ظهر بعد الخطبة وبدء أن قدم الخاطب هداياه ، علم للخاطب والمخطوبة أنهما يحرمان على بعض بسبب الرضاع مثلا ولم يكونا يعلمان به قبل ذلك ، وهنا فان انتهاء الخطبة يكون واجبا لحق الله وذلك لعدم جواز لزواج بالمحرمات ومنها بسبب الرضاع يكون الحكم فى الهدايا هو استردادها ، وذلك عند الاحناف لجواز الرجوع فيها عندهم ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع كما بينا ويكون عند الاكثرين من الشافعية الاسترداد اذا كان قد قدم الهداية بقصد أن يزوجه ولم يتحقق الزواج ، ويكون عند الحنابلة استرداد الهدايا أيضا وذلك لما يلاحظ فيما يظهر من ذهبهم أن هدايا الخطبة هبات يقدمها الخاطب بقصد أن يزوجه ، وفى هذه الحالة لم يتحقق الزواج مع ملاحظة أن العدول لا يعتبر من جهة واحدة حتى نقول ان الذى قدم الهدايا هو الذى عدل فالعدول ليس متعمدا فيها بسبب مقتعل أو بغير سبب انما هو تنفيذ لشرع الله وهو عدم صحة استمرار خطبة ظهر فيها ما يمنع من دوامها وهو العلم بانها اخته من الرضاع بعد أن خطبها وقدم هدايا مثلا ، أما المالكية فالراى المفتى به عندهم أن هدايا الخطبة لا تسترد ما دام العدول عنها كان من جهة من قدمها ، وهنا - كما يبدو لا يعتبر انتهاء الخطبة بينهما عدولا تسبب فيه أحدهما

=

والغرم المالى ان كان العدول من جانب المخطوبة وحتى لا يجمع على المهدي اليد الم العدول وغرامة الاسترداد ان لم يكن هو الذى عدل عن الخطبه ، واذا كان العمل يجرى بالقضاء فى مسانه الهدايا طبقا للمذهب الحنفى فانا نرجو ان يتناول قانون الاحوال الشخصية ذلك بالتعديل فى هذه المسألة طبقا لما يراه الحنابلة والرأى المفتى به عند المالكية فيها ، لانه أوفق وأعدل . هذا ، وقد يتفق عادة فى فترة الخطبة على المهر الذى يقدمه الخاطب ومعلوم أنه وفق أحكام الشريعة الإسلامية فان الزوج يلزم بدفع المهر المسمى أو مهر مثلها ولنزوى الشأن الاتفاق على طريقة دفع المستحق من المهر .

ولكن ما الحكم فى المهر اذا حدث عدول عن الخطبة قبل عقد الزواج ؟ ، وهذا ما نخصص له المطلب الآتى : -

« المطلب الخامس »

آثار العدول عن الخطبة فى المهر

اذا كان الخاطب قد قدم المهر أو بعضه فان الفقهاء متفقون على القول بالزام المخطوبة برد ما أخذت من المهر على كل حال سواء أكان العدول عن الخطبة من جانبه هو

باختياره ولكنه انتهاء للخطبة حينما ظهر بعد أنهما يحرمان على بعض فالعدول تطبيق لشرع الله وهنا ترد الهدايا الى صاحبها لانه لم يعتمد العدول من جانبه ، وبناء على ذلك فان الخطبة اذا حدث لها سبب ينهيا كهذا فانه على ضوء الحكم الفقهي فى العدول لمجرد عدم الرضا باستمرار الخطبة فانه فى الحالة التى معنا وهى حدوث العلم للخاطب والمخطوبة بوجود مانع شرعى لم يكونا يعلمان به كمثال الرضاع المذكور يمكن القول بأن الهدايا تسترد لمن قدمها لما ذكرنا . وانظر المراجع السابقة مع ملاحظة أن المهر فى هذه الحالة يكون الحكم فيه بالرد للخاطب .

او من جانبها على لانها لا تستحق شيئا من المهر الا بعقد الزواج الشرعى وهو لم يوجد فان كان ما اخذته من المهر قائما بعينه ردت له للخاطب وان كان قد هلك ردت مثله ان كان منيا وقيمه ان كان قيميا (٩٢) .

راى ومناقشته :

يرى بعض المعاصرين (٩٢) انه ينبغى من الساتح العملية ان يكون للمخطوبة اذا عدل الخاطب عن الخطبة الخيار بين اعادة المهر نقدا أو تسليم الجهاز المشترى به لان تسليم المهر للمخطوبة أو لوليها يتضمن الاذن لها بشرائه بعض قطع الجهاز منه فكان عدلا أن يكون للمخطوبة الخيار بين اعادة عين المهر أو قيمته وبين تسليم الجهاز المشترى به ولا تلزم المخطوبة برد أكثر من قيمة المهر .

وتحتفظ لديها بالجهاز الباقى ، ونرى كذلك انه ليس لها الزام الخاطب بدفع قيمة الباقى من الجهاز طالما لم يكلفها بشرائه لاننا اذا افترضنا ادنه بشراء ما يعادل ما دفع من مهر فلا نستطيع أن نفترض ادنه بشراء أكثر من ذلك ، على أنه اذا كانت قطع الجهاز التى ستريدها المخطوبة عوضا عن المهر تزيد قليلا على قيمة هذا المهر وكان فى تبعض الجهاز (أى تجزئته) ضرر للمخطوبة أو الخاطب فعندئذ يكون للمخطوبة تسليم هذه القطع للخاطب على ان يدفع لها باقى قيمتها لأنه لا ضرر ولا ضرار :

(٩٢) وانظر : الاستاذ أبو زهرة - المرجع السابق - ص ٤١ ،
ود . احمد الحصرى - المرجع السابق - ص ٧٢ ، ود . رافت عثمان
- المرجع السابق - ص ٣٠ .

(٩٣) استاذنا الدكتور / عبد الناصر العطار - ص ١٤٩ -
مشار اليه سابقا - وهذا الراى تعمل به بعض البلاد العربية
كسوريا م ٤ فقرة ١ ، ٢ احوال شخصية سورى وهو يؤيده - المرجع
نفسه .

وإذا كانت الخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة ردت المهر نقدا كما استلمته حتى لو اشترت به الجهاز حتى لا يضار الخاطب من عدولها .

أما فيما يختص بحالة عدول الخاطب عن الخطوبة فهذا ما تؤيده فيه في هذا الزاى لوجهته وتمشيه مع مبادئ الشريعة الإسلامية .

أما في حالة عدول الخطيبة عن الخاطب فينبغى :

١ - أن يكون للخاطب نفس الحق في الخيار بين أن يأخذ ما دفعه نقدا حتى لو اشترت به الجهاز لكي لا يضار من عدولها ما لم يكن هناك تعسف منه في المعاملة تضررت منه الخطوبة ودفعها الى العدول عن الخطبة .

٢ - وله الخيار أيضا في أن يأخذ الجهاز المشتري بما دفعه (٩٤) ، لأنه قد يكون ضمن ما دفعه مثلا قطعة من الذهب كان قد اشترها بألف جنيه وهى محسوبة من المهر أو كان قد اشترى حجرة نوم بألف وحين عدولها عنه كان السعر قد ارتفع فأصبح ما كان قد دفع فيه ألفا يساوى ألفا ونصف الألف .

ومن هنا فينبغى أن يكون ما هو مقترح للخطيبة في تلافى الضرر عنها يكون مقترحا ما يماثله للخطيب كذلك دون تفرقه وحتى يكون عموم حديث رسول الله - ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » شاملا لكل منهما .

هذا ، وبعد أن تكلمنا عن حكم الهدايا والمهر اذا حدث عدول عن الخطبة فلا يفوتنا أن نتكلم عما اذا كان قد حدث لاحد الخطيبين ضرر بسبب العدول عن الخطبة ، فهل يكون هناك تعويض لذلك أم لا ؟

وسنتكلم عن ذلك في المطلب الآتى : -

(٩٤) مع ملاحظة أنه اذا كان في تبويض الجهاز أى تجزئته ضرر

للخطوبة أو الخاطب فعندئذ يكون تسليم هذا البعض الخاطب على أن يدفع لها باقى قيمته .

« المطلب السادس »

التعويض عن فسخ الخطبة

ذكرنا فيما سبق أن الخطبة ليست عقدا وإنما هي مجرد طلب من الرجل الزواج بالمرأة وإذا أفقت المرأة أو وليها (٩٥) على الارتباط بالرجل فكأنهم وعدوه باتمام الزواج وكأنه وعدهم باتمامه .

وأقصى ما تؤديه الخطبة هو كونها وعدا بالزواج ، وهذا الوعد بالزواج قد يتحقق وقد لا يتحقق الزواج .

وذكرنا أنه يجوز العدول بمبرر أو بغير مبرر (٩٦) وليس لأحد اجبار أى منهما على الزواج بالآخر ، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء .

ونتعرض هنا لمسألة التعويض عن فسخ الخطبة ، إذ من الواضح أن الشخص المعدول عنه قد تلحقه أضرار أدبية فيكون موضوعا للقليل والقال ، وبجانب الألم النفسى الذى يحدث له نتيجة ترك الطرف الآخر له ، وقد تلحقه أضرار مادية ، فقد يكون الخاطب قد باع شيئا يملكه استعدادا لاتمام الزواج ولولا اقدمائه على الزواج لما تصرف فيما يمكنه بالبيع .

وقد يكون قد قام باستئجار منزل ليكون بيت الزوجية أو غير ذلك مما قد يحدث ويكون من نتيجته تحمل بعض التبعات المالية التى لولا الزواج لما حدثت هذه التبعات .

وقد تكون المخطوبة قد اشتريت بعض جهازها أو كل الجهاز فهل عدول الخاطب عن أتمام الزواج يعطى الحق للمخطوبة فى طلب التعويض ؟ وبالمثل هل عدول المخطوبة عن اتمام الزواج يعطى الحق للخاطب فى هذا التعويض ؟

(٩٥) ذكرنا فيما سبق من له حق الايجاب - أو الاعتراض .

(٩٦) وان كان بغير مبرر يعتبر مكروها كما بينا .

وبادىء ذى بدء أود أن أشير الى انى لم أعثر فيما
اطلعت عليه من كتب القدامى فى الفقه الاسلامى التعرض
لمسألة التعويض عن فسخ الخطبة (٩٧) .

وقد اختلف المعاصرون فى حكم مسألة التعويض عن
فسخ الخطبة :

فيرى بعض رجال الفقه الوضعى (٩٨) وجوب الحكم
بالتعويض للطرف الذى عدل عنه ، وذلك باعتبار أن العتول

(٩٧) يشير الى ذلك أيضا الامام محمد أبو زهرة فى كتابه
(الاحوال الشخصية) - ص ٤٠ ، ود . محمد مصطفى شحاته
- الاحوال الشخصية - ص ٢٤ ، ود . زكريا البرى فى احكام الأسرة -
ص ١٧ وما بعدها ، ود . عبد الناصر انطار - ص ١٦٤ - مشار
اليه سابقا . ود . رأفت عثمان - مشار اليه - ص ٣٨ .

ويبدو أن عدم تعرض الفقهاء لبحث هذه المسألة بذاتها أن
الناس لم تكن نفوسهم مشرئبة دائما الى التعويض عن أى أمر يسيء
اليهم بل أن روح التسامح كانت موجودة فى كثير من تصرفاتهم
بالمثل التى حبيت فيها الشريعة ومن ذلك العفو عن بعض الحقوق .
ومن ذلك ما تستحقه المرأة اذا طلقت بعد العقد عليها وقبل الدخول
بها فقد رغبتنا الله فى استعمال المعروف - العفو - فيه ونهانا عن عدم
استعمال المعروف فيه وفى غيرهِ ، فقال تعالى : « وان طلقتموهن من
قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن
يعفون او يعفوا الذى بيده عقدة النكاح وان تعفوا أقرب للتقوى
ولا تنسوا الفضل بينكم » ، الآية ٢٢٧ من سورة البقرة .
بالإضافة الى أن موضوع فسخ الخطبة لم يكن يحدث الا قليلا ،
وحين يحدث فكما ذكرنا كانت روح التسامح موجودة فلم تكن
القضية بحاجة الى البحث فيها أو بتعبير آخر لم تقرض المسألة
بنفسها عندهم بمثل ما هى فى عصرنا الامر الذى دعا لعرضها على
بساط البحث ، وانظر المرجع السابق .

(٩٨) حلمى بطرس ، احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير
المسلمين طبعة ١٩٥٦ بمصر - ص ١٥١ وما بعدها مشار اليه فى
- عبد الناصر انطار - ص ١٦٦ . مشار اليه سابقا .

من الخطبة أخلاخل بالتزام تعاقدى يستوجب التعويض على أساس أن الخطبة عقد يلزم الخاطب والمخطوبة باتمام الزواج ، والعدول عنه أخلاخل بهذا الالتزام مما يعتبر خطأ يرتب المسؤولية العقدية ، ما لم يكن بمبرر .

وهذا الرأى مننقد لان اتمام الزواج ليس التزاما فى الخطبة بدليل أن كلا من الخاطب والمخطوبة لا يجبر على اتمام الزواج ، والا فان الخطبة تفقد أهميتها مع أنها مرحلة تمهيدية للزواج يقدر فيها كل من الخطيبين ما اذا كان الآخر سيصلح زوجا له فيقدم على الزواج به أو لا يصلح لذلك فيعدل عن الزواج به .

فاذا أجبر فى هذه الحالة على الزواج به فما الداعى الى الخطبة ثم أن الاجبار بدون رضا عن الزواج يمس حريته وهى من النظام العام ، واذا قيل بأن الالتزام بابرام الزواج التزام بعمل يتعذر تنفيذه عينا فينفذ بمقابل أى بطريق التعويض فانه يؤدى الى نفس النتائج السابقة .

لأن الخوف من دفع التعويض يؤدى الى اجبار أحد الخطيبين على ابرام زواج لا يرضاه . ولا يصح القول بأن وجود مبرر العدول ينفى عن العادل الخطأ لان العدول عن الخطبة أمر جائز غير ممنوع ووجود المبرر لا يزيد فى جوازه شيئا . وعدم وجود المبرر لا يجعله خطأ ، لأن الجواز ينافى الضمان ، فطالما أن العدول بمبرر أو بغير مبرر جائز وغير ممنوع فلا محل للتعويض عنه .

ويتضح مما سبق أن اتمام الزواج ليس التزاما فى الخطبة ، وطالما أن الخطبة لا يصح اعتبارها ملزمة بابرام الزواج فيترتب على ذلك أن - العدول عنها لا يعتبر خطأ عقديا .

ولا محل لتطبيق القواعد العامة فى الالتزامات عند العدول عنها ، لان هذه القواعد تطبق اذا كان هناك التزام .

ولان هذه القواعد وضعت لتنظيم المعاملات المالية والخطبة علاقة شخصية (٩٩) .

بينما يذهب رأى آخر (١٠٠) الى أن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف فى استعمال الحق وذلك على أساس أن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد لاتمام الزواج الا أن هذا العقد يعطى كلا من طرفيه الحق فى العدول عن الخطبة .

لكن هذا الحق اذا أسيء استعماله فتم العدول بغير مبرر فان ذلك يعتبر خطأ يستوجب التعويض .

لكن هذا الرأى منتقد أولا من جهة اعتبار الخطبة عقدا ملزما للجانبين يوجه اليه ما وجه للرأى السابق من نقد .

أما من جهة اعتباره العدول بغير مبرر تعسفا فى استعمال الحق فيؤخذ عليه أن العدول عن الخطبة انما هو حق لكل من الخطيبين وكونه بغير مبرر لا يخرج عن دائرة الجوازا فلا محل للتعويض عن العدول ما لم تصاحبه أفعال أخرى تتطلب تعويضا .

ويرى البعض (١٠١) أن العدول عن الخطبة بغير مبرر يعتبر خطأ تقصيريا وقد أتجه أصحاب هذا الرأى الى القول

(٩٩) المرجع السابق . ود . زكريا البرى فى أحكام الاسرة ص ١٨ .

(١٠٠) د . شفيق شحاته - مشار اليه فى د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٧ ، وانظر د . زكريا البرى - المرجع السابق - ص ١٨ .

(١٠١) مصطفى السباعى فى شرح قانون الاحوال الشخصية ص ٤١ ومصطفى مرعى فى المسؤولية المدنية بندى ١١٧ ، ١٢١ . والاسكندرية الكلية الوطنية فى ١٠/١٢/١٩٢٠ ، المجموعة الرسمية ص ٣١ - عن ٥٣ نقلا عن د . عبد الناصر العطار - مشار اليه سابقا - ص ١٦٩ . وانظر د . زكريا البرى - مشار اليه سابقا - ص ١٨ ، ١٩ .

بأنه وفقا للقواعد الشرعية الاسلامية ينبغي ان يعتبر
العدول بغير مبرر خطأ تقصيريا لأنه غير ناشئ عن اخلال
بالتزام عقدي نظرا لان الشريعة الاسلامية لا تعتبر الخطبة
عقدا .

ووجه الخطأ فى العدول بغير مبررا أنه عدول طائش
وأنه لا يخلو من تغيير واضرار ، فهو عدول طائش لأن العادل
كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل وطالما تمت
الخطبة برضاه التام ثم عدل عنها بغير مبرر فان هذا العدول
الطائش الذى لا يبرره مسوغ لا يخلو من خطأ .

والعدول بغير مبرر لا يخلو كذلك من تغيير وضرر لأن
العادل سبق أن أكد رغبته فى الزواج ولو ضمنا بتبادل
الهدايا مثلا ثم عدل بعد أخذ الأهبة فى الزواج والسير فى
الأسباب المؤدية الى اتمامه وتفتح أبواب النفقات فعدوله
بغير مبرر لا يخلو من تغيير وضرر ، ولا ضرر ولا ضرار ،
والضرر يزال وطريق ازاله التعويض (١٠٢) .

وبرى البعض (١٠٣) ان الحكم بالتعويض لا يجوز
وليس للقاضى أن يحكم به لان العدول حق للخاطب
والمخطوبة (١٠٤) ولان الذى وقع فى الضرر من الطرفين
بعلم أن الطرف الآخر له العدول فى أى وقت شاء .

أما القول بأن العدول الطائش لا يخلو من خطأ يرد
عليه بان مسألة الخطبة شخصية لا يستطيع تقديرها الا

(١٠٢) وانظر المرجعين السابقين ، والاستاذ محمد أبو زهرة
دشار اليه سابقا - ص ٤٠ وما بعدها .

(١٠٣) محكمة استئناف مصرفى ٢٣ مايو ١٩٢٦ ، والاستاذ محمد
أبو زهرة - مشار اليه سابقا - ص ٤١ . ود . عبد الناصر
العدلى مشار اليه - ص ١٧٠ ، ود . رأفت عثمان - مشار اليه -
ص ٤٠ .

(١٠٤) وحيثيات هذا الراى يمكن أن يرد بها على اصحاب الراى
السابق .

صاحبها فقد يجد الخاطب أنه لا يميل الى الخطوبة رغم التحرى والسؤال عنها ، وقد تجد الخطوبة الأمر ذاته في نفسها رغم عدم وجود مبرر آخر للعدول عن الخطبة ، وعدم الميل هوى في النفس لا ينبغي التغاضي عنه في مرحلة الخطبة ، أو اهداره تحت زعم أنه طيش أو غير ذلك ، وبالتالي فان العدول الطائش عن الخطبة لا يصح ان يعتبر خطأ .

ولما كان كل من الخطيبين يعرف ان الخطبة قد لا تنتهى بالزواج فوجب عليه أن يحتاط ، ومن هنا فاذا أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول ، فالضرر نتيجة لاغتراره ، ولم يغرر به احد ، والضمان عند التغير لا عند الاغترار ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الاكراه على الزواج ، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا ، وكامل الحرية ، وأنه كان على من وقع به الضرر بسبب العدول أن يطلب قبل الدخول فيما يسبب الضرر - البت - بقطع الخطبة أو امضاء الزواج . وأنه اذا لم يفعل فليتحمل مغبة تقصيره من غير أن يشركه أحد (١٠٥) .

ويرى الأكثرون (١٠٦) الحكم بالتعويض عن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول . وعند أصحاب هذا الرأي أن مجرد العدول عن اتمام الزواج لا يوجب الحكم بالتعويض وإنما يكون التعويض عن الاعمال الأخرى التي تصاحب العدول ، كما اذا كان قد طالبها بان تستقيل من وظيفتها فاستجابت له ، أو أن تشتري جهازا معيناً فاشترته . أو

(١٠٥) وأنظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق .

(١٠٦) وأنظر أحكام الأسرة للاستاذ زكريا البري - ص ١٩ .

والاستاذ محمد أبو زهرة - مشار إليه - ص ٤١ . ود . رافت عثمان مشار إليه - ص ٤١ . ود . عبد الناصر العطار - مشار إليه - ص ١٧٦ .

كان قد نسب اليها أمورا تمس كرامتها وسمعتها وقد يكون من ذلك أن يكون الخاطب قد عدل عن الخطبة بدون سبب داع الى ذلك بعد أن انتظرت طويلا لانتمام الزواج .

فهذا الرأي يستند الى أن الافعال التي أضرت بالمخاطبة تستوجب التعويض وليس العدول المجرد هو المستوجب للتعويض ، وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا الرأي فقالت : « ان الخطبة تُيسر الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصا أنه يجب فى هذا العقد أن يتوفر للمتواعدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شأن المجتمع .

وهذا لا يكون اذا كان أحد الطرفين مهتدا بالتعويض ، ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتراب انهما مجرد وعد وعد عدول ، قد لازمتها افعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما . وكانت هذه الافعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين فانها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه وذلك على أساس أنهاهى فى حد ذاتها - بعض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض .

هذه هى آراء رجال القضاء فى التعويض عن فسخ الخطبة ، ونرى أن الرأى الثالث يعتمد على سبب يجعله فى نظرنا أولى بالقبول وهذا الرأى هو الذى استقر عليه رأى القضاء فى مصر (١٠٧) .

وهو الراجح فى نظرنا لان الضرر قسمان :

ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جازب العادل فهذا لا تعويض فيه .

وضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول عنه فهذا يكون الحكم فيه بالتعويض لأنه تغرير والتغرير يوجب الضمان كما هو معروف فى الفقه الاسلامى .

حكم الاتفاق على تعويض عند فسخ الخطبة (الشرط الجزائى)

هل يجوز أن يتفق كل من الخاطب والمخطوبة على أن يدفع من يعدل منهما عن الخطبة للأخر تعويضا معيناً ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائى ؟ . . .

لم يرد بالشريعة الاسلامية فيما يبدو لى ما يجيز الاتفاق على هذا الشرط ذلك أن الخطبة غير ملزمة بالزواج ويجوز العدول عنها بمبرر وبغير مبرر كما ذكرنا . والاتفاق على تعويض عند العدول عنها من شأنه أن يجعلها شبه ملزمة لان كلا من الخاطب والمخطوبة قد يخشى دفع التعويض عند عدوله عن الخطبة . مما قد يدفعه الى أبرام الزواج وهو غير راض عنه الأمر الذى يتعارض مع حرية الزواج وهى من النظام العام ، ومن هنا فالشرط الجزائى بمثل تلك الصورة يتعارض مع النظام العام وبالتالي يعتبر باطلا ولا يجوز الحكم به أو ترتيب أى أثر عليه (١٠٨) .

ويلاحظ أن موضوع التعويض عن العدول والذى سبق الكلام فيه (١٠٩) انما هو دون أن يكون ذلك بناء على شرط جزائى .

(١٠٨) انظر د . عبد الناصر العطار - ص ١٧٥ - مشار اليه

سابقا .

(١٠٩) فى التعويض عن العدول عن الخطبة .

هل يجوز التعويض اذا عاشر الخاطب المخطوبة جنسيا ؟

تعتبر المخطوبة كالمرأة الأجنبية بالنسبة لخطيبها لأن المخطوبة قبل العقد لا زالت بالنسبة للخاطب والمرأة الأجنبية ، وتحرم المعاشرة الجنسية بينهما بل ويحرم عليه أن يختلئ بها ولا يجوز أن يوجد معها فى مكان بعيد عن أعين الناس إلا مع محرم كالأخ والأب وغيرها (١١٠) .

قال - ﷺ : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان » (١١١)

وقد يحدث بين الخاطب ومخطوبته عند اختلائهما بعيدا عن أعين أقاربهما من المساوىء الأخلاقية ما يحدث ، وقد يحدث أن يعدل الخاطب عن اتمام الزواج بعد ذلك ، ونذكر هنا أنه اذا حدثت معاشرة جنسية فهى زنا ، وهذا أمر لا يتسع المقام لبسطه .

أما بالنسبة للتعويض فان ما حدث لا يصح الحكم فيه بتعويض للمخطوبة لأنها أتت أمرا غير مشروع بمحض رغبتها ولم يغرر بها أحد ، لأنها أصلا قد فرطت فى حقها .

(١١٠) المغنى لابن قدامة مع الشرح - ج٧ - ص ٤٥٣ ، وحاشيتنا قليوبى وعميرة - ج٢ - ص ٢٢١ ، ربداية المجتهد - ج٢ - ص ٣٤ ، والاشباه والنظائر لابن نجيم - ج٢ - ص ١١١ ، وحاشية ابن عابدين - ج٥ - ص ٣٢٦ ، وتفسير القرطبي - ج٥ - ص ٢٢٣ ، والامام محمد أبو زهرة - محاضرات فى معهد الدراسات العربية بند ٦٣ .
ود . عبد الناصر العطار - ص ١٨٠ مشار اليه سابقا .

(١١١) صحيح مسلم بشرح النووي - ج٤ - ص ١٠٠ ، ١٥١ ، وسبيل السلام للصنعانى - ج٢ - ص ١١٣ .

اما ما قدمه الخاطب من هدايا غني مثل تلك الحالة فانه يسرى عليه ما سبق أن ذكرناه بالنسبة للهدايا عند العدول من الخطبة .

أما فيما يختص بالزور فانه اذا عدل الخاطب عن الخطبة في هذه الحالة استرد ما دفعه من المهر ، لان المهر حكم من احكام الزواج وهو في هذه الحالة لم ينعقد .

هذا ، وبالله التوفيق ،،،

« دكتور »

حمدي رجب عبد الغني حسن
المدرس بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

القول الفصل فى تعدد الزوجات

بقلم

الأستاذ الدكتور

سوير محمد محمود عقبى

الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بالكلية

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

obeikandi.com

نبذة عن صاحب البحث

- الاسم : د.أ / سمير محمد محمود عقبي
- تاريخ الميلاد : ١٠/٥/١٩٤٧
- محل الميلاد : قرية العزيزية - مركز البدرشين - محافظة
الحيزة

المؤهلات العلمية : -

- ١ - الاجازة العالية فى الشريعة الاسلامية (الليسانس)
سنة ١٩٧٢
- ٢ - درجة التخصص (الماجستير) شعبة الفقه المقارن
سنة ١٩٧٤
- ٣ - العالمية (الدكتوراه) شعبة الفقه المقارن ٥ ديسمبر
سنة ١٩٨١
- ٤ - درجة أستاذ مساعد فى الفقه المقارن ٣ ديسمبر
سنة ١٩٨٦
- ٥ - رئيس قسم الفقه المقارن اعتبارا من ١٩٨٨/١/٢

المؤلفات : -

- ١ - كتاب الحضارة فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة
سنة ١٩٨٦
- ٢ - الاكراه سبب من أسباب التخفيف للأحكام الشرعية
(أحد البحوث التى نشرت بمجلة الكلية عدد سنة ١٩٨٣)
- ٣ - تحريم الخمر وآراء الفقهاء حول التداوى به (أحد
البحوث التى نشرت بمجلة الكلية عدد سنة ١٩٨٦)

بسم الله الرحمن الرحيم

القول الفصل فى تعدد الزوجات

بقلم دكتور : سمير محمد محمود عقبي
الاستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون فرع جامعة
الأزهر بدمنهور

مقدمة :

الحمد لله الذى بين لنا معالم الحلال من الحرام بمقتضى ما شرعه من الاحكام والصلاة والسلام على سيدنا محمد معلم الانسانية كلها ومصالح البشرية باقترها على مر الدهور والعصور وعبر القرون والاجيال . صلى الله عليه وعلى اله وأصحابه ومن التزم بدعوته الى يوم ان يرب الله الارض ومن عليها . وبعد .

فانه لما كثرت الاقوال وتعددت الآراء وتعالقت الصيحات بشأن مكابرة البعض حول تعدد الزوجات محاولين به الطعن على الاسلام وتشريعه الخالد . فقد أردت ان أكتب بحثا فى هذا المدمار لأعالج فيه هذا الأمر حتى يصل القارى الى القول الحاسم والفاصل فى هذا الصدد ليصل الجميع الى الحقيقة التى لا تمارى كما قررها الاسلام رغم ما ادعاه المعاندون وتقوله المتقولون من خلاف ذلك من هنا فقد انتهزت فرصة صدور العدد الجديد لسنة ١٩٨٨ ميلادية من مجلة البحوث الفقهية القانونية لكلية الشريعة والقانون بدمنهور لأجعل هذا البحث أحد بحوثها والله أسأل ان يجعله خالصا الى وجهه الكريم وأن ينفع به الاسلام والمسلمين مع ملاحظة أننى قد التزمت فيه بعرض الآراء الفقهية والادلة عليها كما ذكرها أصحابها مركزا على ما هو أقوى منها ومتجنبنا لما هو ضعيف فيها وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

القول الفصل فى تعدد الزوجات

تمهيد :

يتصور البعض ان تعدد الزوجات نظام جديد لم يكن له أصل فى التاريخ بل هو من مبتكرات التشريع الإسلامى وما ذلك التصور الا لحفدهم على الإسلام اذ لا يعتقد أنهم لا يعلمون أصلا لمبدأ التعدد فى التاريخ فما ذلك الا تجاهلا منهم ليحاولوا أن يجدوا ثغرة يستطيعون الدخول منها لتوجيه ضربة الطعن الى ذلك التشريع الخالد ، لذا فاننا نعقد هذا البحث لنبين فيه أن التعدد قديم فى التاريخ مع بيان موقف بعض الأديان منه غير الإسلام وذلك فى البحث الاول كما نتاول بعد ذلك حكمه فى التشريع الإسلامى ودليله مع وجه حاجتنا اليه كما سنفعله فى البحث الثانى والله نسأل أن يوفقنا الى ما نحن قاصدون .

« البحث الاول »

قدم التعدد وموقف بعض الأديان منه

فى هذا البحث نتحدث بشئ عن تاريخ مبدأ التعدد وذلك فى المطالب الاول ثم نخصص المطب الثانى الى وجود ذلك التعدد فى بعض الأديان الأخرى غير الإسلام .

« المطالب الاول »

قدم التعدد

لقد أشرنا فيما تقدم انفا أن أولئك الذين يريدون الكيد للإسلام قد زعموا ان مبدأ التعدد ليس قديما ولكنه نظام مستحدث قد جاء به التشريع الإسلامى لذا فقد آثرنا أن نتعرض الى ذلك بذكر نبذة عن تاريخ هذا المبدأ لنتبين الحقيقة .

والواقع أننا لو توخينا حقيقة هذا الأمر لرأينا أن هذا النظام كان سائدا قبل ظهور الإسلام فى شعوب متعددة

منها الاسرائيليون والعرب فى الجاشية وشعوب الصقالية او السلافيون التى ينتمى اليها معظم اهل البلاد التى نسميها الآن روسيا ولتينيا • وتشيدوسلوفاكيا ويوغوسلافيا ، وعند بعض الشعوب الجرمانية والسكسونية التى ينتمى اليها معظم اهل البلاد التى نسميها الان المانيا والنمسا وسويسرا وبلجيكا وهولندا والدانمرك والسويد والنرويج وانجلترا •

وعلى هذا فتكون دعوتهم الطاعنة على الاسلام فى غير محلها ولا يمكن وصفها بتىء من الصحة ، على ان ما ينبغي ملاحظته من ناحية أخرى على سبيل الحقيقة كذلك ، ان مبدا تعدد الزوجات لا يزال شائعا فى الوقت الحاضر فى عدد من الشعوب لا يدين واحد منها بالاسلام كما هو مشاهد فى أفريقيا والصين واليابان والهند ، وعليه فليس بصحيح أذن ما يزعمونه من أن هذا المبدأ قاصر على الأمم والشعوب التى تدين بالاسلام ، غير أن هناك حقيقة أخرى جديرة بالذكر وهى ان ذلك النظام لم يبد فى صورة واضحة الا فى الشعوب المتقدمة فى الحضارة فى حين أنه قليل الانتشار أو يكاد يندم تماما فى الشعوب البدائية المتأخرة ، وذلك كما قرره أئمة علماء الاجتماع ومؤرخوا الحضارات وفى قمتهم « مستر مارك » ، وهو بهوس وهيلبر فقد ثبت أن نظام الزوجة الواحدة كان يسود أكثر الشعوب تأخرا وبدائية ، وهى تلك الشعوب التى كانت تعتمد فى معيشتها على الصيد أو على جمع الثمار التى تجود بها قدرة الخالق عليهم ، وكذا الشعوب الحديثة العهد بالزراعة (١) على أنه من الملاحظ أن الرغبة فى التعدد قد أصبحت يسيرة فى كثير من الدول الاسلامية فى العصر الحاضر كما تدل على ذلك الاحصاءات الحديثة (٢) وربما كان ذلك بسبب ما يعانى به

(١) مشكلات المجتمع المصرى والعالم العربى ص ٦٠ ، ٦١ •

دكتور على عبد الواحد وافى •

(٢) الأسرة والمجتمع ص ٦٩ نفس المؤلف •

الناس من الغلاء الفاحش الذى جعل الكثيرين يئنون من مواجهة أعباء الحياة .

ومهما يكن من أمر فلقد كان ولا يزال التشريع الإسلامى عادلا فيما شرعه من مبدأ التعدد إذ أن فى عدم شرعيته أو عدم الأخذ به فى وقت الضرورة كما حاول البعض بايقاف العمل به تماما فى بعض الدول ولا سيما فى تركيا مما ترتب عليه أفساد كبير وأضرار عظيم أحل بالمجتمع .

ففى نوفمبر سنة ١٩٢٦ صدر قانون مدنى تركى بمنع تعدد الزوجات وبعد ثمانى سنوات ثبت من الاحصاءات الرسمية من تصريحات وزير الداخلية فى المجلس الوطنى الكبير أن هناك ما يأتى .

ولادة سريه .	٣٢٢٩٣١٨
زواج سرى (١) .	٩٣٣٢١٥
وفاة مكتومة	١٨٤٩٥١١

فلغنا بعد هذه الاشارة السريعة ندرك مدى ما للتشريع الإسلامى من فضل فيما رآه من توجيه سديد ورأى رشيد فى هذا التعدد مع توفير الجهد فى جدل ظاهر العناد - والخصومة لا جدوى من ورائه . هذا هو موقف الإسلام مع أشارتنا الى قدم التعدد فى التاريخ فماذا عن موقف بعض الأديان من ناحية أخرى ذلك ما سنرمز اليه فى هذا المطب .

« المطب الثانى »

موقف بعض الأديان من مبدأ التعدد

ان المتأمل لموقف الأديان الأخرى من مبدأ التعدد ولا سيما المسيحية يجد أن نصوصها لم يرد بها تحريم التعدد

(٣) راجع الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الحسينى

صراحة رغم أن أصحاب الكنيسة وغيرهم من المتشددين يحرمون هذا المبدأ دون أن يروا لهم سنداً في ذلك غير أنه لا بد أن يكون في الحساب أن المسيحية في عمومها تقديس الزواج وتعتبره سرا الهيا وذلك يبدو واضحاً من خلال تشبيهِهم العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة بعلاقة المسيح بالكنيسة كما يدل عليه قول بولس من رسالته الى أهل أفسس يخضع النساء لرجالهن كما للرب ، لأن الرجل هو رأس المرأة كما أن المسيح هو رأس الكنيسة ، أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح الكنيسة « وهذا التشبيه في حقيقته قد جعل الزواج في الفكر المسيحي سامياً الى أعلى مراتب القداسة ، من هنا فقد اعتبرته معظم الكنائس المسيحية ولا سيما كنيسة الاقباط الأرثوذكس سرا الهيا من الاسرار التي تتركز عليها العقيدة المسيحية . وكذلك فأن هناك ما يتصل بهذه القداسة للزواج عند المسيحية . واعتباره سرا الهيا وهو ما استقر لديهم من القول بمبدأ وأحدية الزواج ، أى أن الرجل لا بد أن يقتصر على زوجه واحدة ، وذلك عكس ما كان معلوماً من أباحة التعدد في اليهودية ، وما يدعم هذا المبدأ ما جاء من النصوص العديدة كما وردت في الكتب الدينية الاولى كما تقررها نصوص المجموعات الحديثة التي لا تجيز التعدد .

على أنه من العجيب والدهش أن يصف بعض المسيحيين مبدأ التعدد بالزنا الظاهر كما نرى ذلك واضحاً فيما يقوله ابن العسال « وأما الجمع بين زوجتين أو أكثر فلا يجوز لأنه زنا ظاهر مستمر (٤) .

(٤) المجموع العفوى رقم ١٢ ص ٢٢٣ - الاحوال الشخصية للغير

المسلمين ص ٨٨ ، ٨٩ جميل الشرقاوى .

غير أن الحقيقة التي لا يمارى فيها أحد أنه لا علاقة أصلا للدين المسيحى بتحريم التعدد ، حيث لم يرد فى الانجيل ما يفيد هذا التحريم صراحة كما اثرننا سابقا ، واذا - كان السائقون الى المسيحية من أهل أوربا قد أخذوا بمبدأ وحدة الزوجة ، فما ذلك الا لان السواد الأعظم من الامم الأوربية التى كانت تدين بالوثنية ، وقد انتشرت فيها المسيحية أول الأمر كانت تقاليدھا تقضى بتحريم تعدد الزوجات المعقود عليهن وهذه الشعوب هى - اليونان والرومان فقد سار أهلها برغم اعتناقهم المسيحية على ما كان عليه أبائهم من قبل فى زمن الوثنية وعلى هذا فلم يكن نظام وحدة الزوجة قد طرأ عليهم بسبب اعتناقهم الدين الجديد ، وانما كان نظاما قديما ساروا عليه تأثرا بوثنيتهم الأولى . على أن الذى ينبغى ملاحظته فى هذا الصدد أن مبدأ التعدد وان لم يرد بتحريمه نص صريح فى الأنجيل عند المسيحية الا أن الطابع العام لديهم بل ما توحى به روح الأنجيل نفسه كل منهما يشير الى ذلك . فقد دأ السيد المسيح الى التفرغ للعبادة والتخلى لخدمة الخالق عز وجل ورغب فيه لمن أستطاع أن يغبط نفسه ويكبح جماحها كما جاء عنه فى الأنجيل فى خطابه عليه السلام للفرنسيين « أنه يوجد خصيان ولدوا هكذا من بطون أمهاتهم ، ويوجد خصيان خصاهم الناس ويوجد خصيان خصوا أنفسهم لأجل ملكوت السموات من أستطاع أن يقبل فليقبل (٥) » .

وفى رسالة بولس الرسول الى أهل كورنثوس :
« ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل أنه حسن لهم اذا لبثوا كما اناء ولكن اذا لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا ، لأن التزوج أصلح من التحرق وقوله « حسن للرجل ألا يمس امرأة ولكن لسبب الزنا ليكن لكل واحد امرأته وليكن لكل واحدة رجلها » .

فيلاحظ من هذه النصوص أن المسيح عليه السلام لا يجيز الزواج الا لخشية الوقوع فى الزنا ، فاذا كان هذا كذلك فان التعدد محرم من باب أولى . هذا وقد أبدى بعض الكاتبيين استغرابه لما جاء فى هذه النصوص من ناحية أخرى حين قال :

ولكن الغريب أن المسيحية التى ترفع الزواج الى هذه المرتبة من القداسة ، لا ترى أن الزواج فرض حتى على القادر عليه بل تجعل العزوبة مع القدرة على مكافحة الشهوة أفضل منه حالات أى أنها تؤثر التبتل على الزواج ، ولا ترى لزوم الزواج الا كوسيلة لتجنب الزنا (٦) .

ولما صار المسيحيون على الأخذ بتحريم التعدد فقد ترتب عليه نتائج خطيرة ، ففي فرنسا مثلا بلغت نسبة أولاد السفاح أو ما يسمونهم هناك بالأولاد الطبيعيين بلغت نسبة السفاح لديهم فى كثير من المدن بين الحربين العالميتين الأولى والثانية ما يقرب من خمسين فى المائة من مجموع المواليد هناك ، وزاد فى هذه المرحلة عدد البغايا الرسميات وغير الرسميات فى كثير من هذه المدن على عدد المحضات ، وبلغت نسبة المصابين والمصابات لديهم بأمراض تناسلية زهاء سبعين فى المائة من مجموع السكان . وعلى هذا فقد أدى تحريم التعدد فى أمم الغرب المسيحى مع وجود هذه الأسباب الخاصة وكثرة حدوثها الى كثير من مظاهر الاضطراب العائلى والانهيال الخلقى والى أنتشار الفسق والفجور ، وشيوع نظام المخادنة ، واتخاذ الأزواج للخيلات والزوجات - للأخلاء ، وهجر الأزواج والزوجات لمنزل الزوجية ، وفرار الزوجات مع عشاقهن ولأزواج مع عشيقاتهم وأصبحت هذه الأمور وما إليها فى كثير من بلاد أوربا

(٦) الاحوال الشخصية لغير المسلمين لجميل الشرقاوى ص ٨٩ .

وأمریکا شيئاً عادياً ، وأصبحت الأسرة شيئاً لا قيمة له
وأصبحت علاقات النسب الصحيح بين الآباء والأولاد
موطن المهك وفريسة الأرتياب (٧) .

ومما هو جدير بالذكر أن هذه النتائج الخطيرة قد
أفزعت أرباب الفكر فى أمم الغرب المسيحي ، ولا سيما
القادة وزعماء الإصلاح الاجتماعى منهم ، ولما أخفقت
جميع ما لجئوا اليه من الوسائل فى نطاق النظام المسيحي
لعلاج هذه الحالة فقد فكر معظمهم فى الخروج على هذا
النظام فأباحوا تعدد الزوجات ، وقد شرع قادة المانيا
قبيل الحرب العالمية الثانية يخرجون بهذا التفكير الى
نطاق ، التنفيذ بل ويعتبرونه من شرائع بلادهم فى
الزواج . فاما كانت القوانين الطبيعية وكذلك الشئون
الاجتماعية التى أومأنا اليها تفرض فى كثير من الشعوب
الانسانية الى زيادة عدد النساء على عدد الرجال ، كما
بؤدى فى سائر الشعوب الى زيادة عدد الصالحات للزواج
من الأناث على عدد القادرين على الزواج من الرجال ،
ولما كان الأخذ بمقتضى مبدأ وحدة الزوجة مع هذه
الايضاح يقضى حتما الى الكوارث الاجتماعية الخطيرة
التى سبق أن ذكرناها ولما كان الدين الاسلامى ديناً عاماً
لجميع الشعوب البشرية ، وكان من أول وهله حريصاً على
حماية الفرد والمجتمع من كل ما يفضى به الى خطر أو
أضرار ، من هنا فقد شرع تعدد الزوجات فى حدود ما نص
عليه القرآن ، مما أدى الى تحقيق الصالح العام للنوع
الانسانى نفسه ، ومنح بذلك الجماعات الإنسانية رخصة
تخول لها عند الحاجة تحقيق التوازن بين الجنسين ،
كما يمكنها من أتقاء الأضرار التى تنشأ تبعاً لاختلال هذا

(٧) مشكلات المجتمع المصرى والعالم العربى للدكتور على عبد الواحد

التوازن (٨) هذا هو تشريع الاسلام لتعدد الزوجات بعد أن -رفنا موقف بعض الأديان منه لنصل بعد ذلك الى حكم هذا المبدأ كما جاء به التشريع الاسلامى وما الحد الذى ينتهى اليه التعدد وذلك ما سنبينه فى هذا المبحث .

« المبحث الثانى »

حكم تعدد الزوجات

وآراء الفقهاء فى ذلك

فى هذا المبحث سنناول آراء الفقهاء فى الحد الذى ينتهى اليه تعدد الزوجات وذلك فى المطلب الاول ثم نعرض اثره مباشرة لبيان أوجه الحاجة الى التعدد وذلك فى المطلب الثانى .

المطلب الاول

آراء الفقهاء فى تعدد الزوجات

لا خلاف بين الفقهاء جميعا فى أن التشريع الاسلامى قد أباح تعدد الزوجات ، وعليه فيجوز للرجل أن يجمع فى عصمته بين أكثر من زوجة ، ولكن الخلاف الذى وقع فيما بينهم وينحصر فى مدى هذا التعدد أو الحد الذى ينتهى اليه ولا يسمح بالزيادة عليه وفى هذا قد اختلفت كلمة الفقهاء .

فيرى الجمهور الأعظم أن التعدد محدود بأربع ووجهتهم فى ذلك أن هذا العدد منصوص عليه فى القرآن الكريم كما يدل قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » (٩) ووجه الاستدلال من الآية أنها نصت صراحة على عدد وهو الأربع فتمتنع الزيادة عليه وذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن اثنين

(٨) المرجع السابق ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٩) سورة النساء الآية (٣) .

وثلاث وأربع وهذا يكون تنكرار الفعل لا لتكرار العدد والعطف يقتضى جمعه فيصير المعنى : فانكحوا مثنى ، ونكحوا ثلاث ، ونكحوا رباع ولم يزد الأمر على ذلك فوجب الاقتصار عليه .

ولقد ايد الجمهور مذهبهم بما جاء فى السنة الشريفة أيضا من التنصيص الصريح على تعدد الزوجات لا يجيز أبو شيبة وأحمد والترمذى وابن ماجه عن ابن عمر فيه الزيادة على أربع ومن ذلك ما رواه الشافعى أن غيلان بن مسلمة الثقفى أسلم وتحتة عشر نسوة - فقال له النبى عليه السلام أختر منهن أربعاً - وفى لفظ أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن . وروى نحو ذلك عن نوفل بن معاوية الديلمى وعن قيس بن الحارث الاسدى حين أسلما وكان عند الأول خمس وعند الثانى ثمان (١٠) ووجه الاستدلال من الروايتين أن العدد الذى نص عليه النبى صلى الله عليه وسلم يكون بمثابة البيان للعدد المباح من النساء فى الآية الكريمة . على أن القاضى عبد الوهاب قد حكى عن بعضهم . ما يفيد أن الرجل يتزوج ما شاء دون التقيد بعدد ووجهتهم فى ذلك أن الآية الكريمة لا تفيد التقيد بعدد محصور بل الاباحة فيها مطلقة . وهناك رأى ثالث ينسب لكل من القاسم بن ابراهيم وابن أبى ليلى وغيرهم وهذا الرأى يقول فيه اصحابه ان اباحة التعدد محدودة بتسع

ووجهتهم فى ذلك أن الله سبحانه أباح نكاح اثنتين بقوله : مثنى ثم عطف عليه بعد ذلك بقوله ثلاث ورباع ومعلوم أن الراوى تكون المطلق الجمع وعليه فالجموع يصل الى تسع وقد حاول أصحاب هذا المبدأ أن يدعموا ما أفتوا به بما ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قد تزوج بتسع زوجات ،

(١٠) عند الشافعى هامش الأم ص ٢٢٤ ج ٦ ط الشعب ، وسبل

السلام ج ٣ ص ١٧٢ باب الكفائه والخيارة .

ولعل هؤلاء القوم قد أغفلوا أن هذا من قبيل خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم كما كانت تقتضيه أغراض سامية في بدء الإسلام أقتضتها ضرورة صيانة الدعوة .

على أن من العجيب ما ذهب إليه بعض الشيعة والخوارج من أن العدد الذي يجوز جمعه هو ثمانى عشرة ووجهتهم فى ذلك أن قوله تعالى : مثنى ، يفيد التكرار لكونه معدولا . به عن اثنين مكررا ، وكذلك فى لفظ ثلاث ورباع ، وأقل ما يقضى به التكرار مرتان فيكون المجموع ثمانى عشرة .

ونحن نرى الأخذ برأى الجمهور لأنه يتفق مع العدد الذى نصت عليه السنة صراحة ولاتفاقه كذلك مع الاجماع ويكفى للرد على بقية الأقوال أنهم خانفوا الاجماع حيث أجمعت الأمة على عدم التزوج بأكثر من أربع وأن اللغة لا تساعد على ما ذهبوا إليه من تأويل . لذا فقد وصف القرطى أقوالهم بأنها جهل باللسان السنة ومخالفة لاجماع الأمة (١١) .

وعلى هذا فقد اتضح مما ذكرناه أنه يجوز للرجل أن يجمع بين أربع زوجات دون زيادة بشرط العدل بينهما مع القدرة على نفقاتهن وما تستلزمه مؤنتهن من متطلبات فإذا انتفى أحد الشرطين فلا يجوز التعدد فى حقه كما يدل عليه قوله تعالى « فان خفتن ألا تعدلوا فواحدة (١٢) .

وعلى هذا فقد أباح التشريع الإسلامى تعدد الزوجات وجعل الإباحة فيه أصلا وحقا لمن يلجأ إليه أو تضطره ظروفه ولكنه قد قيد أباحته بتنظيم استعماله ، حيث جعل منه وسيلة للإصلاح وطريقا يحقق المصالح العامة .

(١١) الاحوال الشخصية فى أحكام الزواج والطلاق للدكتور محمد مصطفى شحاته الحسينى ط ٩ سنة ١٩٧٧ ص ٧٨ .
(١٢) سورة النساء الآية (٣) .

على أن البعض يرى أن أباحة التعدد ليست أصلاً ولا حقاً وإنما هي مجرد رغبة لا تباح إلا عند الضرورة أو الحاجة الملحة التي ترتبط بأسباب مبرره مع وجود شروط مضيق فيها . ونحن نرى أن التعدد ليس حقاً في الابتداء ولكنه يعد حقاً مطلقاً على قيام سبب يقتضيه فإذا ما وجد هذا السبب وجدت أباحة التعدد بالقدر الذي يستدعيه إلى الأربع ، وعليه فإذا لم يوجد ما يدعو إلى التعدد فلا يوجد هذا الحق ويتعين الزواج بواحدة نحسب .

وما ذهبنا إليه لا يتعارض مع الآية الكريمة بل هو في الحقيقة يعتبر من قبيل التفسير الصحيح لها . وبعد فهذه هي آراء الفقهاء في حكم تعدد الزوجات وما ينتهي إليه قد فرغنا من الحديث بصده لننتقل إلى بيان وجه الحاجة إليه في هذا المطلب .

المطلب الثاني

الحاجة إلى تعدد الزوجات

لقد بينا فيما سبق كيف أن التشريع الإسلامي قد أباح تعدد الزوجات وقيده بأربع كما هو عند جمهور الفقهاء . وهنا نؤكد أن أباحة التعدد في الإسلام إنما جاءت لاعتبارات خاصة ودواعي معينة تقتضى بها الضرورة أو تتطلبها الحاجة الماسة ، في بعض الأحيان فقد تدعو الحاجة لدى بعض الأفراد إلى أن يجمع الواحد منهم بين أكثر من زوجة وذلك للاعتبارات الآتية .

- ١ - نزول مرض مزمن بالزوجة .
- ٢ - عقم الزوجة أو كانت غير قابلة للحمل لسبب ما .
- ٣ - إذا بلغت سن الهرم والعجز ولم تستطع القيام بالتدبير المنزلي .

٤ - اذا نشزت من بيتها وخرجت عن طاعة زوجها من غير سبب يوجب ذلك ولم يمكن اصلاحها .

٥ - اذا قُلت الرجال بسبب الحسروب وكثرت النساء (١٣) ، فلهذه الاعتبارات التي ألمحنا اليها بايجاز جاء التشريع الاسلامى ليجيز تعدد الزوجات فهو بذلك يساير منطقته الخاص كما يساير الطبيعة البشرية أيضا وهو فى نفس الوقت قد أتى متفقا مع الفرض من الزواج حين قرر مبدأ تعدد الزوجات وبيان ذلك يتضح فيما يأتى .

١ - أما أن التشريع الاسلامى قد ساير منطقة الخاص فلأنه أى التشريع الاسلامى فى حقيقته يحرم الزنا تحريما قاطعا لذا فهو يعاقب عليه بأقصى أنواع العقوبات، من هنا فقد وجب ألا يحرم الزنا على الناس من ناحية ويدفعهم اليه من ناحية أخرى ، ولا ريب أن تحريم تعدد الزوجات ربما يجعل بعض الناس مضطرا الى أن يلجأ الى الزنا ، وذلك لأن عدد النساء فى العالم يزيد على عدد الرجال ، بل عدد تتحقق هذه الزيادة بالفعل كلما نشبت الحروب ، وعلى هذا فيكون تحريم الزواج الا من واحدة يفضى لا محالة الى بقاء عدد كبير من النساء بلا زواج ، وحرمان المرأة من الزواج مع أستعدادها له يعنى أن تجاهد المرأة ما لها من طبيعة ، وهو جهاد ينتهى غالبا بالفشل والاستسلام وأباحة الأعراض والرضا بالسفاح ومما ينبغى - ملاحظته هنا أيضا أن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية فليست المرأة مستعدة فى كل وقت لغشيان الرجل أياها ، بسبب ما يطرأ عليها من العادة الشهرية اذا أنها تحيص كل شهر أسبوعا فى المتوسط ، وقد تصل أحيانا فترة الحيض الى

(١٣) منهاج الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد محى الدين العجزوز

أسبوعين ومعلوم أن عشيانها أثناء الحيض محرم مما فيه من الأذى المتسار اليه في قوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » (١٤) وكذلك يحرم على الرجال غشيان المرأة عقب ولافتها مدة النفاس التي تصل الى أربعين يوماً في الغالب (١٥) على أن استعداد المرأة قد يضعف أبان مدة الحمل ، أو على الأقل في فترة الأثقال بهذا الحمل . ولكن الرجل لا يتغير استعداده فهو واحد لا يتاثر باختلاف أيام الشهر أو السنة فلو حرم على الرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة لكان ذلك حملاً للكثير على الوقوع في الزنا ، اذ ليس في مقنورهم أن يكتبوا غرائزهم الجنسية مدة أيام الحيض والنفاس والأثقال بالحمل .

٢ - وأما أن التشريع الاسلامي قد ساير طبائع البشر في أباحة تعدد الزوجات فلأنه قد قدر الغرائز الجنسية قد قدرها ، فلم يعرض الرجل والمرأة لامتحان أن نجح فيه العشرات سقط فيه المئات ، وهو كذلك لم يحكم على الرجل أن يتزوج الا واحدة مما يجعل بقاء بعض النساء عوانس مدى الحياة ، يتمننى الرجل فلا يحصلن عليه ويحلن بالأولاد والأسرة ولا سبيل الى تحقيق حلمهن ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة الا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفه ، ولم يفرض التشريع كذلك على الرجل الزواج بواحدة حتى لا يقع تحت سيطرة الغرائز الجنسية في الوقت الذي يضعف فيه استعداد المرأة للاستجابة ، اذ أن الطابع على الرجل أن يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه في ذلك المرأة ، وان كان معروفاً

(١٤) سورة البقرة (٢٢٢) .

(١٥) أنظر حكمه التشريع الاسلامي للاستاذ على أحمد الجرجاني

ان طبيعه المرأة قد تجعلها مادرة على خبث غريزتها ختر من الرجل (١٦) .

٣ - أما ان حكم التشريع فى ايجازة للتعدد قد إجاء مفتحا والهدف من الزوج فلان الاصل من حيث الغرائز الجنسيه قد ركبت فى حل من الرجل والمرأة لحفظ النوع وبقائه ولان الزواج قد شرع فى اساسه لأجل التناسل رنكويين الاسرة فاذا تزوج الرجل المرأة وكانت عقيما ولم يجز له الزوج بغيرها ، فان ذلك يفضى الى تعطيل وظائفه الجنسيه عن أداء الغرض الذى أعدت له ، ومن الملاحظ أيضا أن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة اما قدرة المرأة فلها حد لا تتجاوزه ، وعلى هذا فالرجل يستطيع أن ينجب اولادا مع تجاوزه سن الستين أو السبعين من عمره ، أما المرأة فتتقدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالى نصف المدة التى يستطيع فيها أن يؤدى هذه الوظيفة (١٧) .

وبعد ، فلعلنا قد استطعنا أن نستشف مدى حرص التشريع الاسلامى ومراعاته للطبائع البشرية حين شرع التعدد فى الزوجات من خلال ما أوضحناه من الاعتبارات التى تجعل - البعض فى حاجة الى الجمع بين أكثر من زوجة أحيانا .

(١٦) أنظر رسالة الدكتورة اة بعنوان مظاهر التيسير فى الشريعة الاسلامية للدكتور كمال جوده أبو المعاطى ص : ٥٢ .

(١٧) التشريع الجنائى الاسلامى للاستاذ عبد القادر عوده ج١ ص ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ .

ومما هو جدير بالذكر أنه قد استبان لنا أيضا من خلال هذا البحث كيف ان التعدد لم يكن مستحدثا كما تصوره البعض متهما به التشريع الاسلامى ولكنه كان نظاما يعمل به قديما ويؤخذ بمقتضاه سواء كان ذلك من قبل الأديان السابقة والتاريخ أيضا كان شاهدا على ذلك كما رأينا وفى ذلك ردا على أولئك المتقولين على الاسلام وتشريعه الخالد ولا يسعنا الا أن نقول لهم فى نهاية هذا البحث المتواضع « كبرت كلمتا تخرج من أفواههم أن يقولون الا كذبا » والله ولى التوفيق ...

بقلم دكتور : سمير محمد محمود عقبى
الاستاذ المساعد : بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون
فرع جامعة الأزهر بدمهور

تحريرا فى : ١٣ ربيع الثانى سنة ١٤٠٨هـ الموافق
الأحد ١٩٨٧/١٢/٦ م

obeikandi.com

عقد الوكالة

في الفقه الاسلامي

دكتور

متولي موسى متولي طعواش

مدرس الفقه العام بالكلية

جامعة الأزهر بدمنهور

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

obeikandi.com

نبذة عن صاحب البحث

- الاسم : متولى موسى متولى طعواش
- تاريخ الميلاد : ١٢/٣/١٩٣٩م
- محل الميلاد : زاوية البقلى - منوفية

المؤهلات العلمية :

- ١ - ليسانس الشريعة والقانون - جامعة الأزهر
• ١٩٦٦م
- ٢ - ماجستير فى الفقه المقارن بدرجة جيد جدا
• ١٩٧٨م
- ٣ - دكتوراه فى الفقه المقارن بمرتبة الشرف ١٩٨٥م

البحوث المنشورة :

- ١ - أحكام الرضاع فى الفقه الاسلامى (بحث منشور
بمجلة الكلية عام ١٩٨٧م
- ٢ - الاحتكار فى الفقه الاسلامى
• طبعة المطبعة المحمدية ١٩٨٩
- ٣ - التسعير فى الفقه الاسلامى :
• طبعة المطبعة المحمدية ١٩٨٩

« بسم الله الرحمن الرحيم »

مقدمة

الحمد لله رب العالمين • والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه الغر الميامين • ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين / وبعد

فان الله عز وجل خلق الناس على همم شتى وطبائع مختلفة بعضهم له خبرة بشئون الحياة وأعمال التجارة • وبعضهم ليس له ذلك • وبعضهم ذو مال وبعضهم لا مال له • وصاحب المال قد لا يستطيع مباشرة أعماله بنفسه •

اما لكثرتها وتشعبها واما لعدم خبرته ودرايته واما لعذر طارئ من سفر أو مرض ونحو ذلك •

ومن ثم كانت الحاجة الى عقد الوكالة توسعة وتيسيرا • ورفعاً للضيق والحرص المرفوعين بنصوص الشريعة •

ولقد كان عقد الوكالة من العقود التي عرفها العرب في جاهليتهم وجاء الاسلام فأقره بعد أن هذب ونظمه بما يتفق مع أحكامه دون حيف أو ظلم سواء للوكيل أم للموكل أم لغيرهما •

وعقد الوكالة من العقود التي لا يستغنى عنها الناس في كل زمان ومكان • وهم أشد حاجة اليه في هذا العصر الذي اشتد فيه الزحام فتشابكت المصالح وتعقدت المشاكل وكثرت المشاغل ونظرا لجهل معظم الناس بأحكام الوكالة والتزامات الموكل والوكيل • وما يجوز له وما لا يجوز •

ونظرا أيضا : الى فساد الزمان وضعف الوازع الدينى
فى النفوس رأيت أن ألقى بعض الضوء على عقد الوكالة
فى الفقه الاسلامى . حتى يكون الموكل والوكيل على بينة
من أمرهما حين مباشرة هذا العقد . وذلك فى سبعة
مباحث على النحو الذى سنراه مفصلا ان شاء الله .

والله أسأل أن يجعله عملا خالصا لوجهه .

أنه نعم المولى ونعم النصير ،،،

مكتور

متولى موسى متولى طعواش

المبحث الأول

« معنى الوكالة وحكمها »

الوكالة في اللغة : الوكالة بفتح الواو وكسرهما والفتح أشهر . مصدر من الفعل المضعف وكل بمعنى فوض .

أما إذا كان الفعل ثلاثيا مفتوح العين فمصدره يأتي على وزن فعل بسكون العين .

يقال وكل بالله يكل وكلا . بمعنى استسلم اليه .

فالوكالة تطلق على الحفظ والتفويض والاعتماد . قال تعالى : « الذين قال لهم الناس أن الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم إيمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » (١) أى نعم الحافظ . وقال تعالى : « ويرزقه من حيث لا يحتسب ومن يتوكل على الله فهو حسبه . إن الله بالغ أمره . قد جعل الله لكل شيء قدرا » (٢) وقال سبحانه حكاية عن سيدنا هود عليه السلام :

« انى توكلت على الله ربي وربكم . ما من دابة الا هو آخذ بناصيتها ان ربي على صراط مستقيم » (٣) .
بمعنى اعتمدت عليه وفوضت أمرى اليه .

الوكيل : اسم من أسماء الله تعالى : بمعنى الكفيل بأرزاق العباد .

والوكيل أيضا : هو الذى يتصرف فى أمور غيره بمقتضى الوكالة (٤) .

(١) سورة آل عمران / ١٧٢ .

(٢) سورة الطلاق / ٣ .

(٣) سورة هود / ٥٦ .

(٤) المعجم الوسيط / ٢ ، ١٠٥٤ ، ١٠٥٥ ، مختار الصحاح / ٤٢٩ .

الوكالة فى اصطلاح الفقهاء :

عرفها الفقهاء بتعريفات متنوعة لكنها تتفق فى الجملة .
ونعرض أقوال الفقهاء فى معنى الوكالة على النحو
التالى :

١ - الأحناف : قالوا : الوكالة : هى « تفويض التصرف
والحفظ الى الوكيل » (٥) .

وقالوا أيضا : هى : « اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف
جائز ومعلوم » (٦) .

٢ - الشافعية : قالوا : انها تفويض شخص لغيره
ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعا » (٧) .

٣ - المالكية : قالوا : انها نيابة شخص لغيره فى حق
غير مشروطة بموت النائب ولا امانة » (٨) .

٤ - الحنابلة : قالوا : انها تفويض الشخص غيره فى
تصرف يصلح له التصرف فيه » (٩) .

وبالنظر الى هذه التعاريف : نجد أن الفقهاء متفقون
بالنسبة للوكالة على جملة أمور منها ما يلى :

(أ) - الوكالة تفويض من شخص يملكه .

(ب) - الوكالة لا تجوز الا فى شىء معلوم فلا تصح
الوكالة بمجهول (١٠) .

(٥) البدائع / ١٩/٦ .

(٦) ابن عابدين : ٥١٠/٥ طبعة الطبى الثانية ، مجمع الانهر

٢٢١/٢ ، الاختيار ٢١٦/٢ .

(٧) نهاية المحتاج للرملى : ١٥/٥ .

(٨) بلغة السالك الى أقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير

٧١٧/٢ .

(٩) المغنى : ٨٧/٥ .

(١٠) يعرف يأتى بيان أنواع الجهالة حين الكلام على الركن

(ج) - الوكالة لا تكون الا فى تصرف موافق لشرع الله تعالى فلا تجوز فيما يخالف الشرع • كأن يوكله فى سرقة مال غيره مثلا •

(د) - نيابة القاضى والسئطان ليست من باب الوكالة وانما هى من باب الولاية •

الفرق بين الوكالة والوصاية والولاية والرسول :

تختلف الوكالة عن هذه الأمور وذلك على النحو التالى :

١ - الوكالة والوصاية نوع من الولاية • أى أن الولاية أعم وأشمل من الوكالة والوصاية وهما أخص •

ذلك أن معنى الولاية : سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا •

٢ - أما بالنسبة للفرق بين الوكالة والوصاية :

فان الوكالة كما سبق هى اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم •

أما الوصاية فهى : اقامة الانسان غيره مقامه ليتصرف فى تركته بعد موته • فهى تصرف مضاف لما بعد الموت • فالوكالة تكون حال الحياة والوصية تكون بعد الموت لذا فانه اذا أوصى الى رجل غائب ثم مات (أى الموصى) فباع الوصى شيئا من تركة الميت قبل علمه بالوصية والموت جاز بيعه استحسانا وعد ذلك منه قبولا للوصية • ولا يجوز هذا البيع قياسا لعدم العلم •

فالوصى مستخلف عن الميت قائم مقامه كالوارث • والوارث اذا باع تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز فكذاك الوصى •

أما فى الوكالة فالوضع يختلف : ذلك أن الأمر يكون من الموكل وحكم الأمر لا يلزم الوكيل الا بعد العثم أو سببه (١١) .

٣ - وأما بالنسبة للفرق بين الوكالة والرسالة : فيتلخص فيما يلى :

(أ) - الرسول يضيف العقد الى المرسل - لأنه سفير ومعبر - أما الوكيل فانه لا يضيف العقد الى الموكل الا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن . فهو فيها كالرسول . فانه فى هذه الأمور لا يضيف العقد الى نفسه فلو اضافة الى نفسه كان له وليس للموكل . كما سيأتى :

(ب) - الرسول يكون رسولا بلفظ الرسالة . أما الوكيل فانه يكون وكيلا بلفظ الوكالة وما يدل عليها .

(ج) الرسول ليس عليه الا البلاغ الى المرسل اليه من المرسل فهو لا يتصرف برأيه .

أما الوكيل فانه يعمل برأيه (١٢) .

حكم الوكالة :

الوكالة عقد جائز ومندوب اليه فهى مشروعة . وقد ثبتت شرعيتها بالكتاب والسنة والاجماع والعقل .

١ - أما الكتاب : فأيات كثيرة منها ما يلى :

(أ) - قول الله تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » (١٣) وجه الدلالة : أن الله تعالى : قد جعل جزءا من الزكاة للعاملين على جمعها من أصحابها . فهذه وكالة بالأجرة .

(١١) البدائع ٢١/٦ .

(١٢) ابن عابدين : ٥٠٩/٥ . وانظر المعاملات الشرعية لعلى

الخفيف ، / ١١٨ الطبعة الرابعة .

(١٣) سورة التوبة / ٦٠

لأن العاملين على جمع الزكاة موكلون اما من جهة الحاكم
اما من جهة أصحاب الأموال . فكانت الآية دليلا على مشروعية
الوكالة .

(ب) - قول الله تعالى : « قالوا ربكم أعلم بما لبثتم
فابعثوا أحكم بورقكم هذه الى المدينة فليظنر أيها أذكى
طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعروا بكم
أحدا » (١٤) .

وجه الدلالة : أن أهل الكهف وكنوا واحدا منهم نيابة
عنهم في شراء الطعام . فكان ذلك دليلا على شرعية الوكالة .
ولا يقال ان هذا في شرع من قبلنا . لأن شرع من قبلنا
شرع لنا ما لم يرد ناسخ ينسخه . ولم يرد هذا الناسخ .
قال القرطبي (١٥) « في هذه البعثة بالورق (النقود) دليل
على الوكالة وصحتها » وأقول ان الآية أيضا دليل على ان
الوكالة كانت معروفة قبل الاسلام كعاملية يتعامل بها
الناس .

٢ - وأما السنة فأحاديث كثيرة أيضا منها ما يلي :

(أ) - ما رواه أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير
بن الخريت بن أبي أبيد عن روة بن الجعد قال :

عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارا فقال : يا عروة
أئت الجلب فاشتر لنا شاة .

فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين
بدينار - فجئت أسوقهما - أو أقودهما - فلقيني رجل
في الطريق - فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم . بالشاة والدينار فقلت يا رسول
الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال : وصنعت كيف ؟

(١٤) سورة الكهف / ١٩

(١٥) الجامع لاحكام القرآن : ٣٧٦/١٠ طبعة الشعب .

قال فحدثته الحديث فقال ﷺ . اللهم بارك له فى صفقه يمينه « وجه الدلالة : ان رسول الله ﷺ : امر عروة بان يأتى الى السوق ويشترى شاة لرسول الله ﷺ : فهذه وكالة فكان ذلك دليلا على شرعيتها .

(ب) ما رواه أبو داود عن جابر بن عبد الله أنه قال : أردت الخروج الى خيبر فقال ﷺ : « ائت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » (٦) وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ وقد وكل فى أحد الأوساق من وكيليه ﷺ . وهذا جابر الصريح فى شرعية الوكالة . .

(ج) - أن الرسول ﷺ . قد باشر الوكالة بنفسه وتعامل بها فى التصرفات المختلفة من بيع وشراء ونكاح وغير ذلك . فقد صح أنه ﷺ وكل عمر بن أمية الضمرى فى قبول نكاح أم حبيبة . كذلك فقد وكل الرسول ﷺ أبا رافع فى قبول نكاح ميمونة .

(د) - كذلك فان الصحابة رضوان الله عليهم قد تعاملوا بها . فقد وكل على بن أبى طالب أخاه عقيلاً عند عثمان بن عفان . ووكّل عبد الرحمن بن عوف أمية بن خلف بأهله وحاشيته بمكة - أى على أن يحفظهم ويرعى شئونهم - وكان أمية مشركا . والتزم عبد الرحمن لأمية حفظ أهله وحاشيته بالمدينة مقابل ذلك .

(١٦) نيل الأوطار : ١٠/٧ ، ١١ ، وانظر المغنى : ٨٧/٥

ومعنى الجلب فى الحديث الأول بالنسبة لقول الراوى عرض للميثى جلب : السلع والماشية من ابل واغنام وخلافه .
وفى قول النبى صلى الله عليه وسلم : ائت الجلب : مراد به السوق - ومعنى الوسق : فى الحديث الثانى نوع من المكاييل يساوى ستين صاعا ، الصاع يساوى قدحان أو قدحان وثلاث أو قدح واحد على الخلاف فى ذلك (انظر المقادير الشرعية للكردي / ٢٢٦ وما بعدها) - الترقوة : عظام فى اهلئ الصدر .

روى البخارى عن عبد الرحمن بن عوف قال : كاتبت أمية بن خلف كتابا أن يحفظنى فى صاغيتى (١٧) بمكة وأحفظه فى صاغيته بالمدينة فلما ذكرت الرحمن قال : لا أعرف الرحمن • كاتبنى باسمك الذى كان فى الجاهلية وذكر الحديث « (١٨) •

٣ - وأما الاجماع : فقد تعامل بها الصحابه والمسلمون فى الصدر الاول ولا زال الناس يتعاملون بها دون أن ينكرها أحد فانهقد ذلك اجماعا على شرعيتها •

٤ - وأما العقيل : فان الانبيان قد يعجز عن مباشرة أعماله بنفسه للمرض أو للسفر أو لقصر النظر وقلة الخبرة والتجربة • فكان فى حاجة الى أن يوكل غيره لمباشرة أعماله فكان لابد من شريعتها لحاجة الناس اليها ••

هذا : والأصل أن الوكالة جائزة ومنذوبة اذا دعت الحاجة اليها • ولكنها قد تكون واجبة وقد تكون مباحة ثم انها قد تكون مكروهه وقد تكون حراما • فتعريفها الأحكام الخمسة وبيان ذلك على النحو التالى :

١ - فهى تكون منذوبة •

وذلك كالتوكيل فى شراء ما لا يتم المندوب الا به •

٢ - وتكون مباحة اذا لم يكن للموكل حاجة اليها وطلبها الوكيل بلا غرض •

٣ - وقد تكون واجبة : وذلك اذا كان فيها رفع ضرر عن الموكل كما لو كان مضطرا الى طعام وقد عجز عن شرائه بنفسه • فانه يصبح واجبا عليه أن يوكل غيره بشرائه •

٤ - وقد تكون مكروهه • وذلك اذا كان فيها أعانة على مكروهه ••

(١٧) يقال صاغية الجل : أى الذين يميلون اليه ويأتونه •

(١٨) القرطبي : ٣٧٦/١٠

- ٥ - وقد تكون حراما : اذا كان فيها اعانة على الحرام .
كأن يوكل شخصا لضرب انسان أو قتله بغير حق (١٩)
أو كأن يوكله فى شراء على الشراء أو الخطبة على الخطبة .

البحث الثانى

أركان الوكالة

الوكالة كعقد من العقود التى شرعها الله لعباده -
تيسيرا لهم فى أنجاز أعمالهم وقضاء مصالحهم - يجب
أن يتوافر لها أركان أربعة ونفصل القول فى هذه الأركان
على النحو التالى :

الركن الأول : الموكل . وهو الشخص الذى يقيم غيره
مقام نفسه فى تصرف مشروع . . .

ويشترط فى الموكل أن يكون عاقلا . بمعنى أنه يجب
أن يكون ممن يملك التصرف وتاخره الأحكام بملك أو ولاية .
فلا تجوز الوكالة من مجنون جنونا مطبقا ولا من مغمى
عليه حال اغمائه . و لامن محجور عليه لسفه ولا من صبى
غير مميز لأن العقل شرط الأهلية فاذا فقد العقل انعدمت
الأهلية فلا يملك تصرفا .

أما الصبى المميز فيختلف حكم وكالته بالنسبة لتصرفه
وذلك لأن تصرفاته لا تخلو من أحد أمور ثلاثة : نافعة له .
وضارة به ، ودائرة بين النفع والضرر وبيان ذلك كما يلى :

١ - التصرفات النافعة : تجوز وكالته فيها بدون اذن
روليه لأنه يملكها بنفسه دون حاجة الى اذن وليه . وذلك
كأن يوكل فى قبول هبة أو صدقة . . .

٢ - التصرفات الضارة : لا تجوز وكالته فيها مطلقا
سواء باذن أم بدونه فليس له أن يوكل وكيلًا يتبرع له بماله أو

ليؤفف له أملاكه على جهة من جهات البر أو ليتنازل أو يسقط ديننا له على رجن . وذلك لانه لا يملك هذه التصرفات .

٣ - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر : وهذه أيضا لا تجوز وكالته فيها فان عقد عقد وكالة كان العقد موقوفا على أجازة وليه فان أجازة جاز . وان لم يجزه بطل . وذلك لأن الولي أدري الناس بمصلحة الصبي فله أن يجيز العقد أو يبطله حسب ما يراه من المصلحة .

وأما المحجور عليه لفسفه فله أن يوكل فقط فيما له التصرف فيه ، كطلاق وخلق وطلب قصاص (٢٠) .

حكم وكالة المرتد والمرتدة والكافر والذمي :

أ - وكالة المرتد : اذا وكل المرتد فعقد وكالته موقوف . فان عاد الى الاسلام صح عقده ونفذ . وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب مرتدا ففى المسألة خلاف بين الفقهاء على قولين :

الأول : وهو قول أبى حنيفة وبعض الشافعية : بطل عقد وكالته .

الثانى : هو قول صاحبى الامام أبى حنيفة : صح عقده نفذ .

وجه القول الأول : أن تصرفات المرتد موقوفة لوقف أملاكه فاذا مات مرتدا أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة لعدم صحة تصرفه .

وجه القول الثانى : أن تصرفات المرتد نافذة لثبوت أملاكه فينفذ تصرفه (٢١) .

(٢٠) البدائع ٢٠/٦ ، مجمع الأنهر ٢/٢٢١ ، ٢٢٢ ، ابن عابدين ٥١٠/٥ ، الاختيار ٢/٢١٦ ، ٢١٧ ، نهاية المحتاج ١٥/٥ ، المغنى ٨٨/٥
(٢١) المغنى : المكان السابق ، نهاية المحتاج ١٨/٥

ب - وكالة المرتدة : يجوز للمرتدة أن توكل وعقدها صحيح نافذ وذلك لأن تصرفاتها نافذة على عكس المرتد .
ج - وكالة الكافر والذمي :

يرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز أن يوكل الكافر مسلماً وذلك لأن الوكالة نوع من الولاية ولا ولاية لكافر على المسلم ولهذا أجازوا أن يوكل المسلم ذمياً (٢٢) .

الرتن الثاني : الوكيل : وهو الشخص الذي يقبل أن يتصرف في ملك غيره بأذنه نيابة عنه .

ويشترط في الوكيل شرطان : العقل والعلم ونوضح كلاهما فيما يلي :

الشرط الأول : فلا بد أن يكون الوكيل عاقلاً . فلا يجوز أن يكون مجنوناً أو غير مميز .

أما الصبي المميز ففيه خلاف بين الفقهاء على قولين :
الأول : وهو قول الأحناف : يجوز أن يكون الصبي المميز وكيلاً .

الثاني : وهو قول الشافعي : لا يجوز أن يكون الصبي المميز وكيلاً .
الألمة :

دليل القول الأول : استدلل الأحناف على ما ذهبوا إليه بالسنة .

وهي ماروي ن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت يا رسول الله ان أوليائي غيب ، فقال : ليس فيهم من يكرهني ، ثم قال لعمر بن أم سلمة قم فزوج أمك مني . فزوجها من رسول الله ﷺ وكان عمر صبياً ، (٢٣) .

(٢٢) ابن عابدين ٥١٣/٥ ، البدائع ٢٠/٦ ، الشرح الصغير : ٧٢٥/٢

(٢٣) فتح القدير ١٠٣/٦

وجه الدلالة : أن رسول الله قد وكل عمر بن أم سلمة بتزويج أمه فدل ذلك على أنه يجوز أن يكون الصبى المميز وكيفا .

دليل القول الثانى : واستدل الشافعى ومن وافقه على أنه لا يجوز أن يكون الصبى المميز وكيفا بالسنة أيضا وهى : ما روى أن رسول الله ﷺ قال : رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتتم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ « (٢٤) » .

وجه الدلالة أن رسول الله ﷺ أخبر بأنه لا تكليف على الصبى مطلقا مميذا وغير سبىز : ولا تكليف على المجنون والنائم . فدل ذلك على أنه لا يجوز أن يكون الصبى وكيفا .

المناقشة : وقد ناقش الشافعى الحديث الذى استدل به الاحناف بأن ابن الجوزى قد نظر فى هذا الحديث وقال أن عمر كان يوم أن تزوج رسول الله ﷺ بأمه أم سلمة ابن ثلاث سنوات فقط فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فلا يصح الحديث أن يكون دليلا على جواز أن يكون الصبى وكيفا .

وناقش الأحناف دليل الشافعى : بأن العقل شرط لصحة التصرفات الشرعية وهو معدوم فى المجنون موجود فى الصبى فكان قياس الصبى على المجنون بعدم جواز أن يكون وكيفا قياسا مع الفارق .

الترجيح : وبناء على ما سبق بيانه من خلاف الفقهاء فى هذه المسألة ودليل كل على ما ذهب اليه ومناقشة ما استدل به .

فاننا نرجح ما ذهب اليه الأحناف وجواز أن يكون الصبى وكيفا لقوة ما استدلوا به والقول بأن عمر بن أم سلمة كان عمره ثلاث سنوات فقط قول ضعيف لا يعول عليه .

ذلك ان ابن عبد البر قال : ان عمر بن أم سلمه ولسد فى السنة الثانية للهجرة الى الحبشة . على انه قد ورد ان عمر بن أم سلمه سأل رسول الله عن القبلة للصائم فقال له سل هذه فاخبرته أمه أم سلمه ان رسول الله يصنع ذلك فقال عمر يارسول الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال ﷺ اما واهى انى لاتقاكم لله . وأخشاكم له « (٢٥) .

وظاهر من هذا أن عمر بن ام سلمه كان كبيرا لا صغيرا .
واذا كان الراجح هو لقول بجواز أن يكون الصبى وحيدا . الا انه لا ينبغي أن يكون وكيفا وكافة مطلقه فى الأمور الخطيرة .
بل ينبغي ان يسند اليه من الأعمال . ما يستطيع القيام به .
لأنه مهما كان فان عقله مازال قاصرا وخبرته قليلة ودرايته بالأمور محدوده .

الحكم اذا كان الوكيل مرتدا :

سبق أن بينا أنه اذا وكل المرتد فعقد وكالته موقوف واذا مات أو لحق بدار الحرب مرتدا فالمسألة خلافية بين الفقهاء .
أما بالنسبة للوكيل : فان الردة لاتؤثر فى عقد وكالته وذلك لانه بالنسبة للموكل توقف تصرفاته لوقف أملاكه .
أما الوكيل فانه يتصرف فى ملك موكله فينفذ تصرفه .
واذا لحق الوكيل المرتد بدار الحرب أو مات بطلت وكالته .

الشرط الثانى : العيم : يشترط لصحة الوكالة علم الوكيل بالعقد وذلك لأن عقد الوكالة لابد فيه من ايجاب وقبول .

فاذا وكل رجلا ببيع سلعته فباعها الوكيل لرجل . وكان الوكيل والمشتري لا يعلمان بعقد الوكالة فان البيع يكون موقوفا على اجازة أحدهما الموكل أو الوكيل بعد علمه .

لأن حكم الأمر لا يلزم الا بعد العلم بالأمور به (٢٦)

الركن الثالث : الصيغة (وهى الايجاب والقبول) .

ينبغي أن يكون الايجاب والقبول بلفظ صريح كأن يقول
وكلتك فيقول قبلت ويجوز أن تكون الصيغة بالاسارة المفهوم
بالنسبة للأخرس أو بالكتابة اذا كان الوكيل غائبا .

وبالجملة فان عقد الوكالة ينعقد بكل ما يدل عليه بناء
على القول بأن العبرة فى العقود للمعانى لا للالفاظ .

وقد وكل رسول الله ﷺ عروة - أو حكيم بن حزام كما جاء
فى بعض الروايات - بلفظ الشراء حين قال له : « ائت الجلب
فاشتر لنا شاه » كما مر .

وصيغة الوكالة قد تكون منجزة أو مضافة الى زمن أو
معلقة على شرط . بيان ذلك كما يلى :

١ - الصيغة المنجزة : كأن يقول الموكل وكلتك ببيع دارى
٢ - الصيغة المضافة الى زمن : كأن يقول : وكلتك فى
ادارة أموالى ابتداء من أول الشهر القادم .

٣ - الصيغة المعلقة على شرط : كأن يقول ان لم أحضر
من السفر غدا فأنت وكيلى فى ادارة أموالى . أو كأن يقول له :
اذا جاء رمضان فأنت وكيلى .

وهذه الصيغة قد اختلف فيها الفقهاء على قولين :

الأول : وهو قول أبو حنيفة وأحمد : يجوز أن تكون
الصيغة معلقة على شرط .

الثانى : وهو قول الشافعى : لا يجوز أن تكون الصيغة
معلقة على شرط . لكن ان تصرف صح تصرفه لوجود الاذن .

الأدلة :

استدل اصحاب القول الأول : بالسنة وهى :

ما روى أن رسول الله ﷺ قال :

« أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة »

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ قد علق صحة الامارة

لكل واحد من الصحابة الثلاثة على قول الآخر .

فدل ذلك على جواز أن تكون الصيغة معلقة على شرط فى

عقد الوكالة بوصفها عقد من العقود التى شرعها الله عز

وجل .

واستدل أصحاب القول الثانى : بأن تعليقها على شرط

يجعل العقد محتملا الوجود وعدمه . وفى هذا نوع من الجهالة

والابهام .

المناقشة : يناقش الشافعى فيما ذهب اليه من عدم

جواز أن تكون الصيغة فى عقد الوكالة معلقة على شرط . وما

استدل به على ذلك . بأنه غير واضح لأنه جعل التصرف

صحيحا فى حالة الاذن فكيف يصح التصرف لوجود الاذن

وببطل العقد لتعليق الايجاب والقبول على شرط . ؟ (٢٧)

الركن الرابع : الموكل به : وهو الأمور التى تجوز فيها

الوكالة .

ويشترط فى الموكل به أن يكون مملوكا للموكل . وأن يكون

معاوما للموكل وللموكل كما سبق .

أما كونه معاوكا للموكل . فلأنه لا يجوز للانسان أن يوكل

فيما لايمالك .

وأما ما كونه معلوما له : فلأنه لا يجوز للانسان أن يوكل

فى مجهول جهالة فاحشة خلافا للمالكية .

(٢٧) المغنى ٩٢/٥ ، الشرح الصغير ٧٢٠/٢ ، مجلة الأحكام العدليه :

٢٨٢/ الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨ .

ذلك أن الجهالة أنواع ثلاثة : فاحشة ويسيرة ووسط .

١ - الجهالة الفاحشة : كجهالة الجنس لايجوز التوكيل فيها لأنه لايمكن للوكيل امتثال ما وكله به لتفاوته تفاوتاً فاحشاً وذلك كما اذا وكله فى شراء سيارة ولم يبين له جنسها

٢ - الجهالة اليسيرة : كجهالة النوع والصفة : فهذه يجوز التوكيل فيها كما اذا وكله بشراء شاة للأضحية .

وقد صح أن رسول الله ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية .

٣ - الجهالة المتوسطة : كأن يوكله فى شراء منزل . فان سمى الثمن جازت الوكالة لأنه يلحق بمجهول النوع .

وان لم يسم الثمن ألحق بجهالة الجنس لأنه بالتسمية أصبح معلوما النوع عادة .

وبالجملة : فانه يصح التوكيل فى الخصومات والحقوق .

وانشاء العقود وفسخها وقبضها وكل ما يباشره الانسان لادارة أمواله . (٢٨)

الوكالة بالأجرة . وهل يجبر الوكيل على مباشرة ما وكل به ؟

وبعد أن انتهينا من الكلام عن أركان الوكالة . نبين هنا مسألتين : الوكالة بالأجرة واجبار الوكيل على الوكالة :

١ - الوكالة بالأجرة :

الأصل فى الوكالة أن تكون بلا أجرة فهى عقد من عقود التبرع الا أنه لما كان الوكيل قد يحبس نفسه على مصلحة موكله . جاز له أن يطلب أجرا على وكالته . خاصة بعد أن كثرت المشاكل فى هذا العصر وانشغل الناس بأعمالهم .

(٢٨) الاختيار ٢/٢٢٠ ، نهاية المحتاج ٥/٢٧ ، الشرح الصغير

٧١٨/٢ ، أنظر أيضا : التجارة فى الاسلام - لعبد السميع المصرى ٩٧/ .

مختصر المعاملات الشرعية للخفيف ١١٨/ الطبعة الرابعة .

والقول بعدم الأجرة أو الجعل يجعل الناس يحجمون عن قبول الوكالة فيسد باب من أبواب المعاملات ويقع الناس فى الحرج المرفوع عنهم بنصوص الشريعة .

وقد صح أن رسول الله وكل بجعل وبغير جعل . .
فقد وكل أبا رافع فى قبول النكاح . ولم يجعل له اجرا .
وكان صلى الله عليه وسلم يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عماله -
أى أجرة - ولهذا قال له أبناء عمه : لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدى اليك ما يؤد الناس ونصيب ما يصيبه الناس ؟ يعنىان الأجرة (٢٩) .

٢ - اجبار الوكيل على مباشرة ما وكل به :

وإذا كانت الوكالة فى الأصل عقد تبرع . فإنه لا يجوز اجبار الوكيل على مباشرة ما وكل به او اتمامه فيجوز له الا يتم العمل وأن يرجع فى التزامه لأن الوكالة عقد غير ملزم لطرفيه . الا أن الفقهاء يرون اجبار الوكيل اذا كانت الوكالة ببيع الرهن أو كانت بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أو كانت بالهبة من فلان والبيع منه أو كانت بقضاء الدين من فلان اذا غاب الموكل فإنه فى هذه الأحوال يلزم الوكيل بمباشرة ما وكل فيه .

أما اذا كانت الوكالة بأجرة : فإنه يلتزم بالقيام بما وكل به و اتمامه . لأن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة اجاره .
وإذا سكت كلاهما عن الأجرة حكم العرف . فان كان العرف يقضى باعطاء الوكيل اجرا كان له أجر المثل والا فلا .
هذا : وتجدر الإشارة الى أن بد الوكيل يد أمانته سواء كانت الوكالة بأجرة أم بدون أجره .

ذلك لأنها تفضل واحسان فلا يضمن الوكيل اذا لم يقصر لأن الضمان منفر للناس عن قبول الوكالة وفى هذا ضرر .

أما اذا تعدى بأن قصر فى الحفظ أو كان الموكل به سئعة فأنفقها على نفسه أو ضاع منه المال ولا يعرف كيف ضاع .
فانه يضمن (٣٠) .

المبحث الثالث

أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة الى أقسام متعددة : فهي قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة وقد تكون عامة وقد تكون خاصة .
وقد يكون الوكيل فردا وقد يكون جماعة . فمتى يلتزم الوكيل بتعليمات واوامر موكله ومتى لا يلتزم ؟ ومتى يتصرف بحريته ومتى يحتاج الى اذن من الآخرين :
نبين ذلك فيما يلى :

١ - الاطلاق والتقييد : اذا كانت الوكالة مطلقة كان يقول له : وكلتك فى ادارة أموالى أو بيع سيارتى . أو أدت وكيلى فى بيع عقارى . فهي جارية على هذا الاطلاق .
أما اذا قيدها : بأن قال له وكلتك فى بيع سيارتى بعشرة الاف جنيه أوكلتك فى استلام شقتى من جمعية كذا أو وكلتك فى الدفاع عنى فى قضية معينة .
فعلى الوكيل أن يلتزم بما قيده به موكله .
لأنه يستمد سلطته منه مباشرة . وعليه أيضا أن يلتزم بما جرى به العرف .

فلا يبيع بغير نقود ولا مع تأجيل الثمن أجلا بعيدا .

تفويض الكيل :

وسواء كانت الوكالة مطلقة أم مقيدة عامة أو خاصة فانه يجوز للموكل أن يفوض الوكيل فى التصرف الذى وكله فيه .
وذلك كأن يقول له أعمل فيه برأيك .

وكان يأذن له فى التوكيل اذنا صريحا .
ففى مثل ذلك يجوز للتوكيل أن يتصرف فيما وكل فيه
كيف شاء وفى حدود ولايته فان شاء باشره بنفسه . وان
شاء وكل غيره بمباشرة .
وفى هذه الحالة يكون التوكيل الثانى وكيلا للموكل وليس
للتوكيل الأول .

وقد فصل الشافعية فى هذه المسألة وقالوا : ان الموكل قد
يقصد بالاذن نفسه . وقد يقصد به وكيله . وقد لا يقصد
نفسه ولا وكيله فيكون الاذن عاما مطلقا .

١ - فان قصد به نفسه : بأن قال وكل عنى . كان التوكيل
الثانى وكيلا للموكل .

٢ - وان قصد به وكيله : بأن قال له وكل عن نفسك كان
التوكيل الثانى وكيلا للأول .

٣ - وأما اذا أطلق الاذن ولم يعين نفسه ولا وكيله . فان
هذا الاطلاق ينصرف الى الموكل . فاذا وكل التوكيل الأول .
كان التوكيل الثانى وكيلا للموكل . (٣١)

وهذا بالنسبة لما اذا فوضه أو أذن له .

أما اذا لم يفوضه أو لا مياذن له أو نهاه عن توكيل شخص
آخر أو كان هناك شرط بعدم توكيله لشخص آخر : فليس
للتوكيل أن يوكل . لأن الموكل اذا رضى برأيه هو لا برأى غيره .

فاذا وكل التوكيل الأول دون اذن أو تفويض ولم يكن هناك
نهى . أو شرط بعدم التوكيل . فباشر التوكيل الثانى التصرف
الموكل فيه فأجازة التوكيل الأهل جاز عند الامام أبى حنيفة
وصاحبيه . وتتعلق حقوق العقد بالعقد الا فى الطلاق .

والعتاق والابراء عن الدين والخصومة وقضاء الدين .
ويرى الامام رفر أن التوكيل الثانى باطل لعدم التفويض
والاذن وبالتالي فانه اذا وكل الوكيل الأول لم يكن للوكيل
الثانى مباشرة التصرف الموكل فيه .

وفى حالة ما اذا باشر التصرف شخص أجنبى فان هذا
التصرف يعتبر جائزا اذا أجازاه الوكيل الأول . الا فى
الشراء .

هذا : وينبغى أن يلاحظ هنا . أن التفويض يعد كالأذن
الا فى حالة الطلاق والعتاق لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غيره
مقامه .

كذلك فانه يلاحظ : أن الوكيل وكالة مطلقة أو عامة (٣٢)
انما يملك المعاوضات ولا يملك التبرعات ولا الطلاق ولا
العتاق .

تعدد الوكلاء :

للموكل أن يوكل أكثر من وكيل فله أن يوكل وكيابين أو
ثلاثة . فاذا وكل وكيابين فهل لأحدهما ن ينفرد بالتصرف دون
اذن الآخر ؟ نفصل القول فى ذلك فنقول :

انه اذا وكل وكيابين فلا يخلو الأمر من أن يوكلهما فى عمل
واحد أو متكرر .

١ - فاذا وكلهما فى عمل واحد فاما أن يوكلهما بعقدين
منفردين أو بعقد واحد .

(أ) فان وكلهما بعقدين منفردين جاز لكل منهما أن
ينفرد فى مباشرة التصرف الذى وكل فيه دون أخذ رأى
الآخر ودون علمه . فاذا باشره فلا يجوز للآخر مباشرته وذلك
لتتمام التصرف من الأول .

(٣٢) الاختيار ٢/٢٢٥ . ابن عابدين ٥/٥٢٨ ، الأشباه لابن نجيم

٢٤٩/ ، نهاية المحتاج ٥/٣٨ ، المغنى ٥/٩٧-٩٩ .

فمثلا اذا وكلها بعقدين منفردين ببيع سيارته . فباع الأول ثم باع الثانى نفذ تصرف الأول وبطل تصرف الثانى واذا كان هناك شرط من الموكل بعدم الانفراد . وجب العمل به فان خالف الشرط ضمن . ولا يلزم الموكل ما استقل فيه برأيه كما يقول المالكية . (٣٣)

(ب) وأما اذا وكلهما فى عمل واحد وبعقد واحد .

فليس لأحدهما أن يتصرف دون اذن الآخر أو علمه . الا فى الخصومة والطلاق ورد الوديعة وقضاء الدين وذلك لأن الموكل ما رضى الا برأيهما معا . واجتماع الرأى له أثر فى توفير المصلحة . فكان لابد من رأى الآخر .

٢ - واذا وكلهما بعمل متعدد سواء بعقدين منفردين أو بعقد واحد فلكل منهما الانفراد بالتصرف . (٣٤)

المبحث الرابع

« حكم العقد وحقوقه »

الوكيل قد يضيف العقد الى نفسه وقد يضيفه الى موكله . فمتى ترجع حقوق العقد الى الوكيل ومى ترجع الى الموكل ؟
نفصل القول فى ذلك على النحو التالى :

أولا : الحكم اذا أضاف الوكيل العقد الى نفسه :

اذا أضاف الوكيل العقد الى نفسه فهل ترجع الحقوق اليه أم الى موكله ؟ خلاف بين فقهاء نحصره فى قولين :

الأول : وهو قول جمهور الفقهاء . أن الحقوق تنطق بالموكل (٣٥) .

(٣٢) الشرح الصغير : ٧٢١/٢

(٣٤) الاخنيار . ٢٢٥/٢ . ابن عابدين . ٥٢٥/٥ ، المغنى : ٩٦/٥

(٣٥) نهاية المحتاج : ٤٧/٥ ، جواهر الاكليل ١٢٦/٢ ، الشرح

الصغير . ٧٢٤/٢ ، المغنى : ١٠٦/٥

الثانى : وهو قول الأحناف : أن الحقوق تتعلق بالوكيل (٣٦) .

الأدلة

استدل جمهور الفقهاء بما يلى :

١ - قالوا ان حقوق العقد تابعة لحكم التصرف . والحكم (وهو الملك) يتعلق بالموكل فكذا توابعه .

٢ - القياس على الوكيل بالنكاح والرسول : فكما أن حقوق العقد تتعلق بالموكل فيهما بالاتفاق . فكذا اذا أضاف الوكيل العقد الى نفسه فى غيرهما من العقود .

واستدل الأحناف : على ما ذهبوا اليه من أن حقوق العقد ترجع الى الوكيل . فقالوا .

ان الوكيل هو العاقد حقيقة وحكما .

أما حقيقة : فلأن العقد يقوم بالكلام . وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الايجاب والقبول . وليس لكونه وكىلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء .

وأما حكما : فلأن الوكيل يستنى عن اضافة العقد الى الموكل فهو ليس سفيرا ومعييرا لأنه لو كان كذلك لما استغنى عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح .

وعلى هذا : فانه اذا كان الوكيل الذى يضيف العقد الى نفسه هو العاقد حقيقة وحكما . كان أصيلا فى الحقوق فنتعلق حقوقه به .

فيطالب بتسليم المبيع وقبض الثمن اذا باع . ويتسلم الثمن وقبض المبيع اذا اشترى . ويخاصم بالعيب اذا باع . ويخاصم به اذا اشترى .

(٣٦) البدائع : ٢٤/٥ ، ابن عابدين . ٥١٤/٥ ، مجمع الأنهر ٢/٢٦٦

الاختيار : ٢/٢١٨ ، ٢١٩ . مجلة الأحكام العدلية المادة ١٤٦١/٠

الناقشة :

يناقش ما استدل به جمهور الفقهاء على النحو التالى :

- ١ - القول بأن الحقوق تابعة للحكم الذى هو الملك .
والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه : قول غير سائيم .
لأن الملك انما يثبت للموكل خلافة عن الوكيل .
بمعنى أن الوكيل خلف عن الموكل فى حق استفادة التصرف .

- وذلك خلف عن الوكيل فى حق ثبوت الملك .
وذلك لأن تصرف الوكيل له جهتان :

جهة حصوله بعبارته • وجهة نيابته • واعمالها ولو من وجه واحد أولى من افعال أحدهما • فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته • لبطل توكيل الموكل •

- ولو أثبتناهما للموكل لبطلت عبارة الوكيل •

لذا فقد أثبتنا الملك للموكل • لأنه الغرض من التوكيل • فتعين أن تكون الحقوق للوكيل باعتبار النيابة والوكالة • ولا شئ فى هذا : لأنه يجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب • كالعبد الذى يقبل الهبة والصدقة • فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب •

- ٢ - القياس على الرسول والوكيل بالنكاح قياس فاسد من وجهين :

الأل : الفرق بين الرسالة والوكالة • كما سبق بيانه

الثانى : أن النكاح أمر له شأنه وخطره فوجب أن ترجع الحقوق الى الموكل وليس الى الوكيل • (٣٧) •

الترجيح : وبناء على ما سبق بيانه من خلاف الفقهاء فى هذه المسألة وأدلة كل فريق على ما ذهب اليه . ومناقشة أدلة الجمهور فانه يتبين لنا أن القول الراجح هو ما ذهب اليه الأحناف . من رجوع حقوق العقد الى الوكيل .

ولهذا كان للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل .
لأنه أجنبي عن العقد . فان دفعه اليه جاز وتسقط مطالبته .

مسألان

وإذا علمنا أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل فى هذا النوع وهو اضافة الوكيل العقد الى نفسه . فانه تجدر الاشارة الى أن فصل القول فى مسألتين : هما . وكالة الصبى .

والوكالة فى العقود التى لا تتم الا بالقبض وذلك على النحو التالى :

١ - وكالة الصبى :

فإذا كان الوكيل صبيا أو عبداً فإن عقودهما جائزة .

ولكن تتعلق حقوق العقد بموكلهما . وذلك لأن الصبى أو العبد هو العاقد . والعاقد الآخر انما اعتمد رجوع الحقوق الى الموكل . فلو لم نقل برجوع الحقوق اليه لكان فى ذلك ضرر بالمتعاقد الآخر . لأن الوكيل قد لا يملك الثمن .

٢ - الوكالة فى العقود التى لا تتم الا بالقبض :

إذا كان العقد من العقود التى لا تتم الا بالقبض . كالهبة والعارية والرهن والقرض والشركة والمضاربة فلا يخلو الحال من أن يكون الوكيل وكيلا عن الملك أو الممتلك .

(١) فان كان وكيلا عن الملك : كما اذا قال بعت السيارة أو أعرت هذا الكتاب .

فإذا تم العقد بالقبض كان حكمه وحقوقه للموكل وكان الوكيل سفيرا ومعيرا فقط .

(ب) وان كان وكيلا عن الممتلك : كما اذا قال : قبلت الهبة أو العارية . فإذا تم العقد بتسليم الشيء الموهوب أو

المعار . كان حكم السند وحقوقه للوكيل ، وصار كأنه أصيل .
وذلك لان تمليك الملك قد وقع له وليس لموكله .

ولذلك فان الوكيل اذا كان وكيلا عن الزوج وأضاف العقد الى نفسه بأن قال : طالقك . فان الطلاق يقع . ويرجع حكم العقد وحقوقه الى المطلق . (وهو الموكل) أما اذا كان الوكيل وكيلا عن الزوجة فى الحالتين :

(أى الزواج والطلاق فلا بد وان يضيف العقد اليها) .
وفى هذه الحالة ترجع الحقوق الى الموكلة . وليس الى الوكيل . (٣٨)

وقد نقل صاحب فتح القدير (الكمال بن الهمام) ما جاء فى كتاب العناية : « حيث قسم فيه الحقوق الى نوعين » :

حق للوكيل وحق على الوكيل .

١ - فالحق الذى يكون للوكيل : كقبض المبيع والمطالبة بالثمن والمخاصمة بالعيب . فان هذه الحقوق تكون للوكيل لكن لا تجب عليه . فلو امتنع عن ولايتها لا يجبره الموكل لأنه متبرع .

وعلى هذا : فانه يجوز للموكل فى هذه الحالة ان يوكل وكيلا آخر لولاية هذه الأمور .

واذا مات الوكيل الذى له هذه الحقوق انتقلت الى ورثته .
•• فان امتنعوا . وكلوا موكل مورثهم (أى وكلوا الموكل الأصلى) بمعنى أن هذه الحقوق تعود الى الموكل بعد أن كانت للوكيل .

ويرى الامام الشافعى : أن هذه الحقوق تكون للموكل

ولا تنتقل الى الورثة . وليس الموكل فى حاجة الى توكيل من الوكيل أو الورثة لولاية هذه الأمور .

٢ - وأما الحق الذى يكون على الوكيل :
فان الوكيل فيه يكون مدعى عليه وتامدعى أن يجبر الوكيل
على تسليم المبيع وتسلم الثمن ، (٣٩) .

ثانيا : الحكم اذا أضاف الوكيل العقد الى موكله :

اذا أضاف الوكيل العقد الى موكله . بان ذكر اسم موكله
فى عبارته دلالة على أنه يتصرف له .
فان حقوق العقد فى هذه الحالة تكون راجعة الى الموكل .
وذلك كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمدة .

فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر . ولا يلزم وكيل المرأة
بتسليمها الى زوجها . لأن الوكيل فى هذه الحقوق سفير
محض . أى حاك لقول الغير وهو الموكل . ومن حكى قول
الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير .

وذلك لأن الوكيل فى هذا النوع لا يستغنى عن اضافة
العقد الى الموكل . فلو أضاف مثل هذه العقود الى نفسه خرج
عن حكم الوكالة وصار كالرسول فى باب البيع أى سفيرا
محضاً . (٤٠)

المبحث الخامس

« أنواع الحق باعتبار ما يجوز التوكيل فيه وما لا يجوز

الحق نوعان : حق الله تعالى : كالحود . وحق العبد :
كالبيع والشراء والتقاضى والقصاص وكل من حق الله وحق
العبد يتنوع الى أنواع ، فهل يجوز التوكيل فى اثبات حق الله
تعالى وحق العبد ؟
وهل يجوز التوكيل فى استيفائهما ؟ نبين ذلك فى
مطلبين :

(٣٩) فتح القدير : ١٧/٥ طبعة المكتبة التجارية .

(٤٠) المرجع السابق / ١٩ .

المطلب الأول : الوكالة في حق الله تعالى :
الوكالة في حق الله تعالى قد تكون باثباته وقد تكون
باستيفائه :

١ - التوكيل في اثبات حق الله تعالى :

اختلف الفقهاء في جواز التوكيل في اثبات حق الله
تعالى وعدم جوازه على أقوال ثلاثة :

الأول : وهو قول الحنابلة والمالكية يجوز التوكيل في
اثباته (٤١) .

الثاني : وهو قول الشافعية : لا يجوز التوكيل في
اثباته (٤٢) الا بالنسبة لحد القذف .

الثالث : وهو قول الأحناف : أن حق الله قد لا يحتاج فيه
الى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر .

وقد يحتاج فيه الى الخصومة . كحد القذف والسرقة .
فان كان حق الله لا يحتاج فيه الى التوكيل بالخصومة فانه
لا يجوز التوكيل باثباته .

وان كان يحتاج فيه الى الخصومة . فقد اختلف فيه
الأحناف على قولين :

الأول : وهو قول الامام أبى حنيفة ومحمد : يجوز-
التوكيل باثباته .

الثاني : وهو قول أبى يوسف : لا يجوز التوكيل
باثباته . ولا تقبل البيينة فيه الا من الموكل . (٤٣)

(٤١) المغنى : ٩١/٥ ، الشرح الصغير : ٧١٨/٢ .

(٤٢) نهاية المحتاج : ٢٥/٥ ، المهذب للشيرازى : ٤٣٩/٢ .

(٤٣) البدائع : ٢١/٦ .

الأدلة :

وقد استدل كل فريق على ما ذهب اليه بأدلة نبينها على الوجه التالي :

(أ) دليل الحنابلة والمالكية : استدل هؤلاء على ما ذهبوا اليه من جواز التوكيل فى اثبات حق الله تعالى ، بالسنة وهى : ما روى أن رسول الله ﷺ قال :

« اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها • فغدا اليها أنيس فاعترفت فأمر برجمها » •

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ قد وكل أنيسا فى اثبات حد الزنا واستيفائه • فدل ذلك على جواز التوكيل فى اثبات حق الله تعالى •

(ب) دليل الشافعى : واستدل الشافعى لما ذهب اليه من عدم جواز التوكيل فى اثبات حق الله بالمعقول فقال :

ان الحدود تدرأ بالشبهات والتوكيل يوصل الى الايجاب وهذا تضاد فلا يجوز (٤٤) •

(ج) دليل الأحناف : استدل الامام أبى حنيفة ومحمد على ما ذهبوا اليه من جواز التوكيل بالاثبات حق الله الذى يحتاج فيه الى الخصومة : بالمعقول فقالا :

ان التوكيل بالاثبات تنعدم فيه الشبهة فيجوز التوكيل بالاثبات ، ولكن لا يجوز بالاستيفاء لوجود الشبهة •

واستدل أبو يوسف على ما ذهب اليه من عدم جواز التوكيل بالاثبات فى حق الله الذى يحتاج فيه الى الخصومة : بالقياس فقال : انه لا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص والقذف (باعتبار أن فيهما حق الله) فقياسا عليهما لا يجوز التوكيل بالاثبات حق الله الذى يحتاج فيه الى الخصومة •

٢ - التوكيل بالاستيفاء :

التوكيل باستيفاء حق الله تعالى لا يخلو من أن يكون الموكل حاضرا أو غائبا .

فان كان الموكل حاضرا : جاز التوكيل باستيفاء حق الله عند جمهور الفقهاء وقد استدلوا لذلك : بالسنة والآثار والمعقول :

(أ) أما السنة فهي : ما سبق بيانه من قول رسول الله ﷺ : « واغديا أنيس الى امرأة هذا فانه توكيل بالاثبات وبالاستيفاء .

(ب) وأما الآثار فمنها :

ما ورد من أن عثمان بن عفان رضى الله عنه قد وكل عليا بن أبى طالب فى اقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة « فهو أيضا توكيل بالاستيفاء .

(ج) وأما المعقول : فهو أن الحاجة تدعو الى جواز التوكيل باستيفاء الحدود لأن الامام أو الحاكم لا يمكنه استيفاءها بنفسه فلا بد من أن يوكل من يقوم باستيفائها نياية عنه . (٤٥)

وان كان الموكل غائبا : لم يجز التوكيل فى استيفاء القصاص والقذف عند بعض الحنابلة والشافعية والأحناف . (٤٦)

الوكالة فى العبادات :

العبادات أنواع ثلاثة :

١ - مالية فقط : كالزكاة والمنذورات والكفارات وهذه يجوز فيها الوكالة .

(٤٥) المرجع السابق : نفس المكان .

وانظر البدائع : ٢١/٦ ، الشرح الصغير : ٧١٧/٢ ، نهاية المحتاج

١٥/٥ ، المهذب ٣٤٩/١ .

(٤٦) المراجع السابقة : نفس المكان .

٢ - بدنية فقط : كالصلاة والصيام : وهذه لا تجوز فيها الوكالة . الا فى ركعتى الطواف والاعتكاف المنذور والصلاة المنذورة كما قال الحنابلة (٤٧) .

٣ - مالية وبدنية معا : كالحج . فتجوز فيه الوكالة والنيابة . فاذا حج عنه كان حجه صحيحا ووقع لموكله . وذلك لما روى أن امرأة من خثعم - جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله . ان فريضة الحج قد أدركت أبى شيخا كبيرا لا يستطيع أن يستطيع أن يستمسك على الرحلة أفجزينى أن أحج عنه ؟

قال : رأيت لو كان على أبىك دين فقضيته أكان يقبل منك ؟ قالت نعم قال : فالله أحق أن يقبل « (٤٨) فهذا دليل على جواز النيابة فى الحج . وأن الحج يقع عن المحجوج عنه الا أنه لصحة الوكالة فى الحج شروط منها ما يلى :

١ - الموت أو العجز الى الموت . فلو زال العجز لزم الموكل اعادته .

٢ - نية الحج عن الموكل .

٣ - أن تكون نفقة الحج من مال الموكل .

٤ - أن يكون الحج قد وجب على الموكل . فلو كان الموكل فقيرا لا تجوز الوكالة لأن الحج لا يجب الا بعد توفر شرط الاستطاعة ومنها النفقة .

٥ - عدم مخالفة الموكل فيما أمره به . فلو أمره أن يحج عنه مفردا فيحج قارنا أو متمتعا لم يقع الحج للموكل .

٦ - أن يكون الوكيل مساما . فلا يحج كافر عن مسلم .

(٤٧) المغنى : ٩٢/٥ ، جواهر الاكليل ١٢٥/٢ .

(٤٨) نيل الأوطار : ١١/٦ ، ١٢ ، واختلف فى المسائل فقيل انه رجل من قبيلة خثعم وقيل انه امرأة .

٧ - أن يكون الوكيل بائعا عاقلا • فلا يجوز أن يكون صبيا أو مجنونا • (٤٩)

ولا يشترط نصحة الوكالة أن يكون الوكيل قد حج عن نفسه لأن الرسول ﷺ لم يسأل المرأة الخثعمية هل حجت عن نفسها أم لا •

المطلب الثاني : حق العبد

حق العبد نوعان :

النوع الأول : حق يجوز استيفاؤه مع الشبهة : كالديون وسائر الحقوق •

النوع الثاني : حق لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كإقتصاص والقذف والشهادة واليمين والتعزير والقسم والرضاع •

وهذا النوع • يجوز التوكيل باستيفائه حال حضور الموكل أما حال غيبته فخلافاً بين الفقهاء بالنسبة للإقتصاص والقذف على قولين :

الأول : وهو قول مالك وأحمد • يجوز التوكيل باستيفائهما (٥٠) •

الثاني : وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية ورواية لأحمد أنه لا يجوز التوكيل باستيفائهما (٥١) •

وجه القول الأول : أن ما جاز استيفاؤه في حضور الموكل يجوز استيفاؤه في غيبته •

والتوكيل باستيفاء الإقتصاص والقذف جائز بالاتفاق حال حضور الموكل فقياساً عليه يجوز في غيبته •

(٤٩) فتح القدير : ٢/٣٠٨ ، ٣٠٩ ، الاختبار : ١/٢٣٥ ، ابن عابدين :

٢/٦٠٠ •

(٥٠) جواهر الاكلیل : ٢/١٢٥ ، المغنى : ٥/٩٢ •

(٥١) الاختبار : ٢/٢١٧ ، نهاية المحتاج : ٥/٢٥ •

وجه القول الثانى : أن العفو من الموكل حال غيبته أمر
محتمل لأنه مندوب إليه بقوله تعالى •

« فمن عفا وأصلح فأجره على الله » •

وهذا الاحتمال شبيهة تمنع التوكيل بالاستيفاء •

الا أن الامام الشافعى يرى أنه بالنسبة لحد القذف
يجوز التوكيل باستيفائه مطلقا أى سواء كان الموكل حاضرا
أم غائبا • مستدلا لذلك بأن الاستيفاء حق للموكل فله أن
يستوفيه بنفسه أو بنائبه •

لكن يرد على قومه ان الموكل اذا كان حاضرا ربما صدق
الرامى فيما رماه به وربما ترك الخصومة وتنازل عن حقه
فيسقط باستيفائه فلا يجوز التوكيل به لهذه الشبهة • (٥٢)

ويجوز التوكيل باستيفاء التعزيز وبإثباته بلا خلاف •

هذا بالنسبة للقصاص والقذف والتعزير •

أما بالنسبة للشهادة : فإنه لا يجوز التوكيل
باستيفائها • لأن الوكالة تتعلق بعين الشهادة لأنها اخبار
عما رآه أو سمعه • وهذا المعنى لا يتحقق فى التوكيل • فلو
وكل فيها لكان التوكيل شاهدا على شهادته • لأنه يؤدى
ما سمعه من شاهد الأصل • وهو لا يجوز •

وأما بالنسبة لليمين : فإنه لا يجوز التوكيل فيها أيضا •
لأن الايمان تتعلق بعين الحالف • فأشبهت العبادات البدنية
فإنه لا يجوز التوكيل فيها فكذا الايمان •

وأما التوكيل فى القسم بين الزوجات وفى الرضاع فإنه
لا يجوز أيضا أما بالنسبة لعدم التوكيل فى القسم بين
الزوجات • فلأن القسم متعلق بحق الزوج •

وأما بالنسبة لعدمه فى الرضاع فلأنه يختص بالرضيع والمرضعة ومثله الظهر وسائر المعاصى لا يجوز فيها الوكالة .
لأنه منكر وزور .

الوكالة فى اثبات الاموال والخصومة :

يجوز التوكيل فى اثبات الاموال والخصومات .
لكن هل يشترط رضاء الخصم لصحة التوكيل بالخصومة ؟

خلاف بين الفقهاء نحصره فى قولين :

الاول : وهو قول الأئمة الثلاثة وابى يوسف ومحمد من الأحناف :

انه تجوز الوكالة بالخصومة سواء رضى الخصم أم لم يرض . (٥٣)

الثانى : وهو قول أبى حنيفة : لا تجوز الوكالة الا برضاء الخصم . الا اذا كان الموكل مريضا لا يستطيع الحضور الى مجلس الحكم فله أن يوكل ولو بدون رضا الخصم .

وكذلك اذا كان مسافرا . أو كانت المرأة الموكلة نفسه أو كانت لا تخالط الرجال (٥٤) .

وجه القول الأول : أن التوكيل فى حق الخصم فلا يعتبر فيه رضا من عليه . وأيضا فإنه حق تجوز فيه النيابة فكان لصاحبه التوكيل دون رضاه الخصم .

وجه القول الثانى : أن حضور الوكيل مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه . فليس له نقله الى غيره بغير رضاه خصمه .

(٥٣) ابن عابدين : ٥١٢/٥ ، مجمع الأنهر ٢/٢٢٤ ، البدائع :

٢٢/٦ جواهر الاكليل : ١٢٥/٢ ، المهذب للشيرازى : ٣٤٨/١ ، المغنى :

٠٩٠/٠

(٥٤) البدائع : ٢٢/٦ .

المبحث السادس

« الوكالة بالبيع والشراء »

ونتحدث عن ذلك فى خمسة مطالب .

المطلب الأول : انتقال ملكية المبيع بانسبة لعقد الوكالة

المطلب الثانى : حبس المبيع فى يد الوكيل لاستيفاء ثمنه

من الموكل .

المطلب الثالث : هلاك المبيع فى يد الوكيل .

المطلب الرابع : الوكيل بالبيع والشراء هل له ان

يشترى ؟

المطلب الخامس : هل الوكيل باخصومة يكون وكيلا

بالقبض ؟ فصل القول فى ذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : انتقال ملكية المبيع فى الوكالة .

سبق أن بينا أنه لصحة عقد الوكالة يجب أن يكون

الشيء الموكل فيه معلوما للوكيل . . وبناء عليه فانه اذا وكله

لشراء شيء فينبغى أن يذكر له صفته وجنسه وثمانه .

هذا - والوكيل بالشراء نه أن يشتري نقدا ونسيئة .

على ما عليه عادة التجار .

فاذا وكله بشراء سيارة فلن تنتقل ملكيتها هل الموكل

باعباره الأصل أم الركيل باعتباره طرفا فى العقد ؟ واذا

وكله فى بيع سيارته . فمن له حق المطالبة بالثمن ؟ الوكيل

أم الموكل ؟

فى هذه المسألة خلاف بين الفقهاء على قولين :

الأول : وهو قول الشافعى والحنابلة : تنتقل ملكية

الشيء المبيع الى الموكل فى حالة الشراء ولكل منهما المطالبة

بالثمن فى حالة البيع (٥٥) .

الثانى : وهو قول الامام أبى حنيفة : أنها تنتقل الى الوكيل ثم الى الموكل . وتكون المطالبة بالثمن ايضا للوكيل (٥٦) .

وجه القول الأول : أن الوكيل قد عقد عقدا صحيحا لموكله فتنتقل الملكية اليه قياسا على الأب والوصى .

والثمن دين للموكل . وللوكيل المطالبة به كسائر الديون الموكل فيها . وهو ايضا حق للموكل فله المطالبة به .

وجه القول الثانى : أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل - كما سبق - بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه هو . وليس فى ملك موكله . فتنتقل الملكية الى الوكيل اولا ثم الى موكله ثانيا . وما دامت الحقوق راجعة الى الوكيل فان له المطالبة بثمن الشيء المبيع لأن المطالبة بالثمن حق من حقوق العقد .

المطلب الثانى :

حبس المبيع لاستيفاء ثمنه من الموكل . اذا اشترى الوكيل لموكله وقبض المبيع فله أن يطالب الموكل بالثمن سواء كان قد دفعه الى البائع أم لا .

ذلك لما يلى :

١ - أنه يجرى بين الوكيل وموكله مبادلة حكمية وذلك من وجهين :

الأول : انهما اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان . والتحالف من خصوص المبادلة .

الثانى : ان للموكل أن يرد بالعيب على الوكيل فيعتبر الوكيل كبائع بالنسبة للموكل . والرد بالعيب أيضا من خصائص المبادلة .

٢ - أن حقوق العقد ترجع الى الوكيل . والموكل يعلم ذلك فيكون راضيا ضمنا بدفع الثمن من ماله .

وبناء على ذلك : فهل للوكيل حبس المبيع حتى يحصل على ثمنه من موكله ؟ أم ليس له ذلك ؟

خلاف بين فقهاء الأحناف على قولين :

الأول : وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه : للوكيل حبس المبيع حتى يحصل على الثمن من الموكل .

الثاني : وهو قول زفر : ليس للوكيل حق حبس المبيع .

الأدلة :

استدل الامام وصاحباؤه على ما ذهبوا اليه من جواز حبس المبيع بما يلي :

(أ) ان بين الوكيل وموكله مبادلة حكمية . على ما سبق بيانه .

(ب) القياس على البائع : فكما أن للبائع حق حبس المبيع حتى يحصل على الثمن من المشتري فكذلك للوكيل حق حبس المبيع حتى يحصل على الثمن من الموكل . سواء كان قد دفعه الى البائع أم لا .

واستدل الامام زفر على ما ذهب اليه من عدم جواز الحبس فقال ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل .

بدليل أنه اذا هلك المبيع في يد الوكيل في هذه الحالة كان كأنه قد هلك في يد الموكل . أي هلك أمانة .

وكانه قد سلمه اليه فيسقط حقه في الحبس .

الناقشة : يناقش ما استدل به الامام زفر بما يلي :

(أ) القول بأن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل . مما لا يمكن التحرز عنه . لأن الوكيل لا يتوصل الى الحبس مالم يقبض ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير قابضا .

وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ولا يسقط به حق الوكيل في الحبس .

(ب) أن الموكل ليس قابضاً بقبض الوكيل . لأن قبض الوكيل ابتداءً موقوف .

فهو أما لاتمام مقصود الموكل . وأما أنه أحياء لحق نفسه فإن حبسه عن موكله عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه . فلم يصير الموكل قابضاً بقبض وكيله .

وإن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً للموكل فيكون له (٥٧) .

الترجيح : وبناءً على ما سبق بيانه من خلاف الفقهاء في هذه المسألة ودليل كل على ذهب إليه ومناقشة ما استدل به الإمام زفر .

فانه يتضح لنا أن ما ذهب إليه الإمام وصاحباؤه هو الراجح نظراً لقوة ما استدلوا به . ذلك أن للوكيل أن يحصل على حقه بشتى الوسائل وحبس المبيع من هذه الوسائل التي يتوصل بها الوكيل إلى حقه .

المطلب الثالث : هلاك المبيع في يد الوكيل .

وإذا كان من حق الوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن فماذا لو هلك في يده ؟

فرق بين هلاكه في يده قبل حبسه وبعد حبسه .

فإذا هلك في يده قبل حبسه : هلك بمانته فلا ضمانه . ويظل حق الوكيل في الثمن فيطالب به موكله . لأنه يعتبر قابضاً بقبض وكيله (٥٨) .

أما إذا هلك المبيع في يد الوكيل بعد حبسه . فانه يكون مضموناً عليه . إلا أن فقهاء الأحناف قد اختلفوا في نوع هذا الضمان على أقوال ثلاثة :

(٥٧) فتح القدير ٢٧/٦ ، ٢٨ ، مجمع الأنهر : ٢٣١/٢ ، ابن عابدين :

٥١٦/٥ . الاختبار : ٢٢٢/٢ .

(٥٨) ابن عابدين : ٥١٦/٥ ، مجمع انهر : ٢٣١/٢ ، المغنى : ١١١/٥ .

نهاية المحتاج : ١٧/٥ .

الأول : وهو قول أبى حنيفة ومحمد : ان مضمون عليه ضمان المبيع فيسقط الثمن سواء كان قليلا أم كثيرا . ولا يطالب به الموكل .

الثانى : وهو قول أبى يوسف : أنه مضمون ضمان المرهن . بمعنى انه يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين . فمثلا اذا كان الثمن خمسة عشر ألفا من الجنيهات . وقيمة المبيع عشرة الاف . رجع الوكيل على موكله بخمسة آلاف . الثالث : وهو قول زفر . انه مضمون ضمان الغصب . أى يجب مثله أو قيمته بالغا ما بلغت . فلا يرجع الوكيل على موكله ان كان ثمنه أكثر . ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته أكثر (٥٩) .

الأدلة :

دليل القول الأول : استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا اليه من أن الضمان ضمان المبيع بالقياس على البائع . فكما أن البائع له حق حبس المبيع ليستوفى ثمنه فاذا ملك فى يده ضمنه وسقط الثمن . فكذلك الوكيل اذا ملك المبيع فى يده بعد حبسه سقط الثمن عن الموكل .

دليل القول الثانى : استدل أبو يوسف لما ذهب اليه من أن الضمان هنا هو ضمان الرهن . بالمعقول فقال :

ان الهالك مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونا قبل الحبس . وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن .

دليل القول الثالث : واستدل زفر على ما ذهب اليه من أن الضمان هو ضمان الغصب بالمعقول أيضا فقال :

ان الحبس متع بغير حق لأن قبض الوكيل قبض الموكل وعلى هذا فليس للوكيل حق الحبس فاذا حبسه صار غاصبا فيضمنه ضمان الغصب .

المناقشة : نوقش أصحاب القول الأول فيما ذهبوا اليه من سقوط الثمن بهلاك المبيع . بأنه لو كان الأمر كذلك ، للزم الضمان سواء حبس المبيع أو لم يحبسه لأنه مضمون على البائع حتى ولو لم يحبسه فلا يصح قياسهم .

الترجيح : وبعد بيان آراء فقهاء الأحناف فى نوع الضمان اذا هلك المبيع فى يد الوكيل بعد حبسه . ودليل كل رأى ومناقشة أصحاب الرأى الأول .

فانه يتضح لنا . أن القول بأن هلاك المبيع فى يد الوكيل مضمون عليه ضمان المبيع هو القول الراجح رغم ما ورد عليه من مناقشة .

ذلك أنه بالقبض والحبس تبين أن الوكيل كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فاذا هلك ضمنه ضمان المبيع . أما اذا لم يحبسه وهلك عنده فقد تبين أنه كان عاملا لموكله . فأشبهه الرسول . والرسول لا يضمن .

فكذلك الوكيل فى حالة عدم حبس المبيع . لأن المبيع فى هذه الحالة يعتبر أمانة . والأمانات لا تضمن . الا بالتعدى . والوكيل لم يتعد .

المطلب الرابع : الوكيل بالشراء . هل له الشراء من نفسه وأقاربه ؟ .

لا خلاف بين الأحناف فى أن الموكل اذا أطلق الوكالة . كان للوكيل أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له كوله وزوجة وشريكه فيما يشترك معه فيه .

وكذلك اذا أذن له فى التعامل معهم .

ويتفق المالكية مع الأحناف فى جواز التعامل معهم فى حالة الاذن صراحة أو دلالة ما لم يحاب (٦٠) .

ولا خلاف بين الأحناف أيضا فى عدم جواز الشراء من هؤلاء بأكثر من القيمة • وفى عدم جواز الشراء من نفسه أو أبنه الصغير وهو ما قال به الشافعية أيضا (٦١) •

وأما الخلاف فيما اذا قيد الوكالة بالشراء من غير هؤلاء أو لم يقيدها • ولكنه اشترى منهم بمثل القيمة أو بغبن يسير • حيث اختلف الأحناف فى هذه المسألة على قولين : الاول وهو قول الامام أبى حنيفة : لا يجوز للوكيل الشراء من هؤلاء بمثل القيمة أو بغبن يسير •

الثانى : وهو قول الصحابين : يجوز للوكيل الشراء منهم بمثل القيمة وجه القول الأول : أنه اذا قيد الوكالة وجب على الوكيل أن يلتزم بما قيده به •

وجه القول الثانى : أن البيع بمثل القيمة شئ متعارف عليه لدى التجار •

هذا : وقد نقل صاحب فتح القدير عن كتاب الذخيرة ما يلى :

« الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته : ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف • وان كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع •

وان كان بغبن يسير فلا يجوز عند الامام ويجوز عند صاحبيه وأما بمثل القيمة فروايتان عن أبى حنيفة :

الأولى : عدم الجواز • وهى رواية الوكالة والبيع •

الثانية : الجواز • وهى رواية المضاربة •

ووجه التفرقة : أن المضارب أعم من الوكيل • لأنه قد

يستبد بالتصرف على وجه لا يملك صاحب المال تهيه •

وقد يكون نائبا محضاً فى بعض الأحوال •

ففظرا لشبهه بمن يستبد بالتصرف • يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة • ولشبهة بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير •

أما الوكيل : فهو نائب محض فى تصرف خاص فتلحقه التهمة فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل • وان كان بمثل القيمة (٦٢) وهو تفصيل دقيق يتفق مع ما سبق أن بيناه •

المطلب الخامس • الوكالة بالخصومة والقبض :

الموكل اذا وكل بالخصومة فهل للوكيل قبض العين والدين المتنازع عليهما بعد الحكم بهما للموكل ؟

أم أنه لا يكون الا وكيلا بالخصومة فقط ؟ •

خلاف بين الفقهاء على قولين :

الأول : وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه ومالك وأحمد والشافعى فى وجه له • أن الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض فله قبض العين والدين المتنازع عليهما بعد الحكم بهما لموكله •

الثانى : وهو قول زفر والشافعى فى وجه آخر :

أن الوكيل بالخصومة ليس وكيلا بالقبض (٦٣) •

الأدلة :

وقد استدل كل فريق على ما ذهب اليه بأدلة تبينها على الوجه التالى :

أولا : أدلة الفريق الأول : استدل هؤلاء على ما ذهبوا اليه بالمعقول من وجهين •

١ - الركيل بالشئ مأمور باتمامه واتمام الخصومة يكون بالقبض : لأن الخصومة اذا لم يصاحبها قبض الدين

(٦٢) فتح القدير ٦/٦٧ ، ٦٨ •

(٦٣) المرجع السابق / ٩٦ ، ابن عابدين : ٥٢٩/٥ ، مجمع الانهر

٢/٢٤١ ، جواهر الاكليل ٢/١٢٦ ، المهذب : ١/٣٥١ ، المغنى : ٥/١٠٠

أو العين المتنازع عليها ستظل قائمة لأنه إذا لم يقبضها يتوهم عليها الإنكار أو يماطل صاحبها فيحتاج إلى المرافعة باثبات الخصومة : والموكل إنما وكله بفصل الخصومة وحل النزاع . فدخل الفصل بالقبض ضمنا .

٢ - الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما أمر به : وقد أمر بالخصومة وهي لا تتم إلا بالقبض فكان القبض واجبا عليه لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

ثانيا : أدلة الفريق الثانى : استدل هؤلاء بالعقول أيضا من وجهين .

١ - أن الموكل قد رضى بخصومة الوكيل . والقبض غير الخصومة لأن الخصومة هي قول يستعمل لإظهار الحق . والوكيل بالمرافعة وكيل باثبات الحق بناء على ما لديه من نصوص وأدلة ومستندات أما القبض فهو فعل حسى ولم يرض به الموكل . لأنه عادة يختار الخصومة أمهر الناس وأقدرهم عن فن المرافعة أما القبض فيختار له أتقى الناس وعلى ذلك : فمن يصلح للخصومة لا يصلح للقبض لأنه لا يرض بأمانته عادة .

٢ - أن التوكيل بالقبض غير ثابت لا نصا ولا دلالة . أما نصا : فلأنه لا نص فيه من كتاب أو سنة . وأما دلالة : فلأن الإنسان قد يوكل بالخصومة وكيلا ولكنه لا يرض بقبضه (٦٤) .

الناقشة :

أولا : مناقشة أصحاب القول الأول :

يناقش هؤلاء فى استدلالهم على ما ذهبوا إليه من أن الركيل بالخصومة وكيل بالقبض على النحو التالى :

١ - القول بأن الوكيل بالشئ مأمور باتمامه يتنافى مع القول بأن حكم الوكالة شرعا هو الجواز وعدم اللزوم . وعلى ذلك فالوكيل غير ملزم باتمام ما وكل فيه . لأن الوكالة عقد تبرع . الا على القول بأنه اذا كنت الوكالة بأجرة أجبر الوكيل على الاتمام .

٢ - القول بأن الخصومة لا تتم الا بالقبض قول غير واضح فى مقصوده . فقد يكون المقصود به الوكيل وقد يكون الموكل . ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال به .

ثانيا : مناقشة الفريق الثانى :

يناقش هؤلاء فى استدلالهم على ما ذهبوا اليه من أن الوكيل بالخصومة ليس وكيلا بالقبض أيضا على النحو التالى :

١ - القول بأن التوكيل بالقبض غير ثابت لا نصا ولا دلالة قول غير سليم فهو لم يثبت نصا حقيقة . ولكنه ثبت دلالة بقولهم ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

٢ - الموكل حين فوض الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل باقامة الدعوى والمرافعة دخل ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة الا به - وهو القبض - يكون واجبا . وبذلك يسقط استدلالهم .

الترجيح :

وبعد أن بينا آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلة كل فريق على ما ذهب اليه ومناقشة هذه الأدلة .

فانه يتبين لنا أن قول الجمهور بأن الوكيل بالخصومة وكيل أيضا بالقبض هو القول الراجح نظرا لقوة ما استدلوا به وخلوه من المعارض .

ومع ذلك فان قول الامام زفر والشافعى بأن الوكيل بالخصومة ليس وكيلا بالقبض هو الذى يجب المصير اليه

والفتوى به نظرا لفساد الزمان وانعدام الذمم . ولذلك فقد جرت عادة الناس أن يأتمنوا على المال مالا يأتمنونه على الخصومة .

المبحث السابع

انتهاء عقد الوكالة

ينتهي عقد الوكالة ويبطل بواحد من الأمور الآتية :
العزل . وموت الموكل أو الوكيل أو حنون أحدهما جنونا مطلقا أو وردة أحدهما ولحاقة بدار الحرب . ويتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل . وبهلاك الموكل به أو استحقاقه . ونفصل القول في هذه الأمور على النحو التالي :

أولا : العزل : ينعزل الوكيل وتبطل وكالته بعزل الموكل له أو بعزله لنفسه لأن الوكالة عقد غير لازم . ويشترط لصحة العزل شرطان :

علم الوكيل بالعزل ، وألا يتعلق بالوكالة حق الغير .

الشرط الأول : علم الوكيل بالعزل : وهو ما يقول به الأحناف (٦٥) وبعض المالكية والحنابلة وهو أيضا قول لبعض الشافعية وذلك لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به وعلم الوكيل بالعزل يتحقق بأمر منها :

المشافهة والكتابة اليه وارسال رسول يبلغه بالعزل .
فاذا كان الوكيل حاضرا : فقال له الموكل عزلتك . تم العزل وأنتهت الوكالة .

وإذا كان الوكيل غائبا : فكتب اليه بالعزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه تم العزل وانتهت الوكالة أيضا وكذا لو أرسل اليه رسولا يبلغه .

(٦٥) البدائع : ٢٨/٦ ، ابن عابدين : ٥٢٦/٥ ، ٥٢٧ ، نهاية المحتاج :

٥٣/٤ ، جواهر الاكلیل : ١٢٢/٢ ، المغنى : ١٤٤/٥ .

فاذا لم يكتب اليه أو برسلا اليه رسولا • ولكن بلغه بالعزل رجل عدل أو رجلا عدلان انعزل فى قول الجميح سواء صدقه الوكيل أم لم يصدقه •

أما اذا كان المبلغ غير عدل فان صدقه الوكيل انعزل وان لم يصدقه فخلافا بين فقهاء الأحناف على قولين :

الأول : وهو قول الامام أبى حنيفة : لا ينعزل حتى ولو ظهر صدق الخبر •

الثانى : وهو قول صاحبين ينعزل (٦٦) الوكيل بخبر غير العدل وان لم يصدقه • وجه قول الامام : أن الاخبار بالعزل يشبه الشهادة والشهادة يشترط لها العدالة فكذلك الوكالة •

ووجه قول صاحبين : أن الاخبار بالعزل من باب المعاملات فلا يشترط العدالة ولا العدد •

وعلى هذا فلو أخبره واحد غير عدل انعزل •

لكن ما الحكم اذا عزل الموكل الوكيل ولم يعلم بالعزل ولم يخبره به احد ؟ هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على قولين :

الأول : وهو قول الأحناف والشافعى فى أحد الوجهين ومالك وأحمد فى رواية عنهما • أن الوكيل لا ينعزل وتصرفه صحيح •

الثانى : وهو قول الشافعى فى الوجه الآخر وأحمد ومالك فى رواية أخرى : أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل له حتى ولو لم يخبره أحد بالعزل ولم يعلم هو به (٦٧) •

(٦٦) يلاحظ أن الفقهاء مختلفون فى ثبوت العزل بخبر الواحد فعند

الشافعى وأحمد لا يثبت العزل بخبر واحد •

وعند أبى حنيفة يثبت بخبر الواحد ولى غير ثقة •

(٦٧) فتح القدير : ٢٥/٦ ، مجمع الأنهر : ٢٤٧/٢ ، جواهر الاكليل

١٣٢/٢ ، نهاية المحتاج : ٥٥/٥ •

الأدلة : استدل كل فريق على ما ذهب اليه بأدلة بينها على الوجه الآتى :

أولا : أدلة القول الأول : استدل هؤلاء بالمعقول فقالوا .

١ - ان عزل الوكيل بدون علمه ضرر به من وجهين :

الأول : من حيث ابطال ولايته . ذلك أن عزله ابطال لولايته وابطالها تكذيب له وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر به .

الثانى : من حيث رجوع الحقوق اليه . كتسليم المبيع وقبض الثمن فلو عزل دون أن يعلم . فلو تصرف فتصرفه لنفسه ويضمن ما نفذه وما سلمه . وهذا ضرر به والضرر مرفوع بنصوص الشريعة .

٢ - العزل خطاب ملزم للوكيل يمنعه من التصرف . وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع . فان أهل قياء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه الى الكعبة . وأجاز الرسول ﷺ : صلاتهم لأنهم لم يعلموا .

وأىضا فان كثيرا من الصحابة شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم . قال تعالى : « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا » فقد نفى الله الأثم عنهم بعد علمهم بالحرمة .

ثانيا : أدلة القول الثانى : واسدل هؤلاء لما ذهبوا اليه من أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل له حتى ولم يخبره أحد . استدلوا بالمعقول أيضا فقالوا :

١ - ان نفوذ الوكالة انما هو لحق الموكل . وبالعزل يسقط حق نفسه . وللانسان اسقاط حق نفسه قياسا على ما اذا طلق الانسان زوجته أو أعتق عبده دون علمهما . فان الطلاق والعتاق ينفذ فكذلك الوكالة . فلو عزل الموكل وكييله نفذ عزله وبطلت تصرفاته .

٢ - ان الوكالة أصلا للموكل وليست عليه . فاذا لم ينفرد بالعزل قبل علم الوكيل كانت الوكالة عليه وليست له وهو لا يجوز .

الشرط الثانى : الا يتعلق بالوكالة حق الغير . فان تعلق بها حق الغير لا ينعزل حتى يحصل الغير على حقه ثم ينعزل الوكيل وتنتهى الوكالة .

ثانيا : موت الموكل أو الوكيل أو جنون أحدهما جنونا
مطبعا : تبطل الوكالة وينتهى العقد اذا مات الموكل أو الوكيل أو جن أحدهما جنونا مطبعا . لأن الموت والجنون كلاهما مبطل للأهلية . وقد اختلف فقهاء الأحناف فى حد الجنون المطبق على قولين :

الأول : وهو قول أبى يوسف وأبى حنيفة فى رواية : أن حد الجنون المطبق شهر .

الثانى : وهو قول محمد وأبى حنيفة فى رواية أخرى : أنه سنة وجه القول الأول : أن الشهر أقل ما تسقط به عبادة الصيام فتقدر به مدة الجنون المطبق .

وجه القول الثانى : أن السنة مسقطة لكل العبادات ومنها الصوم فكان التقدير بالسنة أولى (٦٨) .

ثالثا : ارتداد أحدهما ولحاقه بدار الحرب :

قد يرتد الموكل أو الوكيل فيموت على رده أو يلحق بدار الحرب . وقد يعود الى الاسلام بعد الرده . فمتى يكون تصرفه صحيحا ومتى لا يكون صحيحا ؟ . ومتى تعود الوكالة ومتى لا تعود ؟ نبين ذلك فيما يلى :

أ - ارتداد الوكيل ولحاقه بدار الحرب :

إذا ارتد الوكيل أصبح تصرفه موقوفا . فان عاد الى

الاسلام زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلا (٦٩) .
وإذا حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد الى الاسلام فهل
تعود الوكالة ؟ . خلاف بين الأحناف على قولين :

الأول : وهو قول أبى يوسف : أن الوكالة لا تعود اليه .
إذا كان الوكيل ارتد ثم عاد الى الاسلام .

الثانى : وهو قول محمد : أن الوكالة تعود اليه .
وجه قول أبى يوسف : أن الوكالة عقد حكم ببطلانه
بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود قياسا على النكاح .
فانه إذا حكم بلحاقه طَلقت زوجته فان عاد الى الاسلام
لا تعود اليه زوجته فكذلك الوكالة .

وجه قول محمد : أن نفس الردة لا تنافى الوكالة لأن
الوكالة لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب .

إلا أنه لا يجوز تصرفه فى دار الحرب لتعذر التنفيذ
نظرا لاختلاف الدارين . فاذا عاد زال المانع فتعود اليه
الوكالة .

(٦٩) تصرفات المرتد على أربعة أوجه :

الأول : نافذ بالاتفاق كالطلاق .

الثانى : باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة . لأنه يشترط لصحتها
اتحاد الملة والمرتد لا ملة له .

الثالث : موقوف بالاتفاق ، كشركة المفاوضة . لأنه يشترط لصحتها
المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد .

الرابع : مختلف فيه وهو ما باعه أو اشتراه أو وهبه . وكذلك الوكالة

... فان أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان لحق بدار الحرب أو قتل

مرتدا بطلت وكالته عند الامام ولا تبطل عند صاحبيه . وهل المراد مجرد

اللحاق أم الحكم بلحاقه ؟ يرى البعض أن المراد بلحاقه بدار الحرب أن

يحكم بلحاقه حاكم . لأن اللحاق لا يثبت الا بحكم ويرى آخرون أن المراد

مجرد اللحاق فيه تبطل الوكالة (فتح القدير ١٢٨/٦) .

ب - ارتداد الموكل ولحاقه بدار الحرب :

وإذا ارتد الموكل وُحِق بدار الحرب فتصرفاته موقوفة
أيضاً : فإن عاد الى الاسلام فهل تعود اليه الوكالة ؟ .

خلاف بين فقهاء الأحناف على قولين :

الأول : وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد فى
رواية : لا تعود اليه الوكالة .

الثانى : وهو قول محمد فى رواية أخرى . تعود اليه .
وجه القول الأول : أن لحاقه بدار الحرب يعتبر كالموت .
وبالموت لا يحتمل العود فكذلك بالملحق .

ووجه القول الثانى . أن بطلان الوكالة انما هو لبطلان
ملكية الموكل فاذا عاد الى الاسلام عادت اليه أمواله
بحقوقها (٧٠) .

الحكم اذا كان الموكل امرأة فارتمت :

اذا كان الموكل امرأة فارتمت عن الاسلام . فلا تبطل
وكالتها ويظل الوكيل على وكالته الى أن تموت أو تلحق
بدار الحرب وذلك لأن ردتها لا تؤثر فى عقودها نظراً لأنها
لا تقتل أما الرجل فانه يقتل فلهذا اختلفوا (٧١) .

رابعاً : تصرف الموكل فيما وكل به بنفسه قبل تصرف
الوكيل :

اذا تصرف الموكل فى الشئ الموكل فيه كأن باعه قبل
أن يبيعه الوكيل بطلب الوكالة واعتبر هذا فسخاً لا يعقد من
جانبه .

خامساً : هلاك الشئ الموكل به أو استحقيقه :

اذا هلك الشئ الموكل به أو استحقيق بطلت الوكالة .
وذلك لعجز الوكيل عن مباشرة التصرف ولزوال ملكية الموكل .

فمثلا اذا وكله بطلاق امراته غطقتها الموكل ثلاثا او واحدة وانتهت عدتها بطلت الوكالة . لان المراه لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة ولذلك فانه اذا طلقها واحدة فقد لا تبطل الوكالة لأنه يبقى له عليها طلقتان . ا

ومثل ذلك فى بطلان الوكالة ما اذا وكله ببيع سيارته فهلكت وذلك لفوات محل الوكالة . وهكذا .

هذا : وتجدر الاشارة الى أن هذه الأمور التى تبطل الوكالة خلاف العزل . وهى على ما سبق بيانه الموت والجنون والرده وتصرف الموكل فيما وكل فيه بنفسه وهلاك الشيء الموكل به .

هذه الأمور لا يحتاج فيها الى علم الوكيل حتى نحكم ببطلان العقد فسواء علم الوكيل بواحد من هذه الأمور أو لم يعلم بطلت وكالته . فعلم الوكيل ليس شرطا لبطلان عقد الوكالة (٧٢) الا بالنسبة للعزل .

(والله أعلم)

دكتور

متولى موسى متولى طعواش

مدرس الفقه العام بالكلية

رقم الأيداع ٦٢٥٩ لسنة ١٩٨٩